

## CHAPITRE II

### LA DEFERENCE, UNE SOLUTION A PRECISER

## INTRODUCTION

451. **Introduction** - Nous avons expliqué pourquoi l'abstention est la méthode que nous entendons privilégier pour la résolution des conflits de procédures. Il reste maintenant à définir de façon plus précise les contours de cette technique. Quelle forme doit revêtir l'exception de déférence internationale et à quelle(s) condition(s) doit-elle être subordonnée ? Voilà l'objet des pages qui suivent. D'emblée précisons qu'il est illusoire de proposer une et une seule solution 'idéale' qui s'imposerait de façon absolue quelles que soient les circonstances. S'il est une chose que cette étude a déjà montré, c'est bien la diversité des situations, tant au niveau factuel que géographique, qui forment le terrain d'action des conflits de procédures. Pour ne prendre qu'un exemple, il semble évident que l'exception d'abstention se déclinera dans des modalités différentes selon qu'elle est adoptée unilatéralement par un Etat – et dès lors susceptible de jouer *erga omnes*, au profit d'une procédure pendante dans n'importe quel pays – ou au contraire qu'elle s'intègre dans une convention conclue entre deux ou plusieurs pays et faite de concessions réciproques.

Dans le premier cas l'abstention est appelée à jouer 'sans filet', alors que dans l'autre elle ne pourra être invoquée qu'en faveur des tribunaux d'un Etat déterminé, dont le for de l'abstention aura au préalable accepté de reconnaître les décisions. La différence est sensible et ne sera pas sans influencer la configuration de la règle d'abstention. C'est à la recherche de ces différentes configurations que ce dernier chapitre sera consacré. En filigrane on aura déjà aperçu ce qui constituera une de nos conclusions, à savoir que si l'abstention s'impose comme méthode de résolution des conflits de procédures, il faudra toutefois s'accommoder de l'existence de plusieurs versions de cette règle.

452. **Plan** - Pour tracer les contours de(s) la(es) règle(s) d'abstention, certaines questions s'imposent logiquement. Il en va ainsi de certaines interrogations inspirées par le régime des jugements étrangers. Dans les deux cas, il s'agit en effet pour le for de donner effet à l'activité judiciaire étrangère. On examinera dès lors comme pour l'exception de chose jugée les difficultés liées à la mesure de l'identité entre litiges.

La différence entre l'abstention et l'effet reconnu aux jugements étrangers, qui tient au degré d'effacement du for, plus prononcé dans l'un que dans l'autre, incite toutefois à nuancer le parallèle entre les conditions posées aux deux techniques. On ne saurait faire l'économie d'une réflexion spécifique sur la démarche particulière de l'abstention. Pour s'en tenir à un exemple, il faudra se demander quel rôle doivent jouer au sein de l'exception de déférence, les perspectives de reconnaissance de la future décision du tribunal à qui l'exception profite, une question qui est par hypothèse inconnue de la théorie des jugements étrangers.<sup>2030</sup>

De manière schématique, on peut distinguer trois catégories de questions : dans un premier temps, nous examinerons le *domaine* de la règle d'abstention, ce qui permettra d'aborder notamment la question de l'identité des procédures. Il faudra ensuite s'attaquer au *mécanisme proprement dit* de l'abstention, c'est-à-dire à la question de savoir lequel des deux tribunaux concurrentement saisis va effectivement s'effacer devant l'autre. Pour

---

<sup>2030</sup> On verra d'ailleurs que le lien habituellement fait entre effet des jugements étrangers et abstention n'est pas sans appeler quelques nuances.

terminer, nous inviterons le lecteur à se pencher sur les *limites* éventuelles de l'exception de déférence.

## SECTION I : LE DOMAINE DE L'ABSTENTION

453. **Introduction et plan** - Avant de s'interroger sur la question de savoir lequel des deux tribunaux saisis doit s'effacer devant l'autre, il faut préciser dans quelles circonstances une telle obligation ou possibilité peut naître. Deux questions, d'importance inégale, doivent à cet égard être examinées. La première a trait à la *compétence* respective des deux tribunaux, la seconde à l'*identité* requisé entre les litiges. L'examen de ces deux questions permettra de délimiter plus précisément le domaine d'application d'une éventuelle exception de déférence.

### § 1. Examen de la compétence des fors

454. **Introduction** - Pour mieux cerner le domaine d'application de la déférence internationale, il faut tout d'abord s'interroger sur l'existence même d'un conflit de procédures. A la différence de la doctrine du *forum non conveniens*, qui vise indifféremment les conflits de procédures et les conflits de compétence<sup>2031</sup> - ce qui n'est pas sans expliquer, pour partie au moins, son ambiguïté à l'égard des premiers - l'exception de déférence envisagée dans cette étude ne se conçoit que dans les relations entre tribunaux également et effectivement saisis.<sup>2032</sup> Une fois ceci posé, la question de la compétence des juridictions concurrentes vient naturellement à l'esprit. Nous examinerons dès lors tout d'abord s'il est nécessaire que ces juridictions soient compétentes pour envisager l'application du mécanisme de déférence. Cette question en appelle logiquement une seconde, qui tient à l'examen par le for de l'abstention de la compétence du tribunal concurrent. Nous examinerons ces deux questions successivement.<sup>2033</sup>

#### A. Nécessité de deux fors compétents

455. **Une exigence évidente** - On a déjà insisté sur le lien entre les règles de compétence et les conflits de procédures (*supra*, n° 29). La question de la compétence des fors concurrents semble dès lors facile à résoudre : il n'y a de conflit véritable que lorsque les deux juridictions peuvent légitimement prétendre prendre connaissance de la cause. Cette limitation semble évidente. Elle fait d'ailleurs partie de la plupart des manifestations

<sup>2031</sup> L'exception de for plus approprié est en effet susceptible d'être invoquée même en l'absence de saisine concurrente d'un for étranger. Pour que le juge anglais ou américain accueille l'exception, il suffira au défendeur de montrer que le for étranger dont il prétend qu'il est plus approprié, peut se déclarer compétent pour connaître de la cause.

<sup>2032</sup> On se demandera à cet égard comment le tribunal peut avoir connaissance de l'existence d'une procédure concurrente. Cette question n'a de sens que si le tribunal a l'obligation de soulever *d'office* l'exception de déférence. Si tel n'est pas le cas, la partie qui invoque l'exception aura soin de fournir la preuve de la saisine concurrente du for étranger, par exemple en soumettant une copie de l'assignation. A défaut, le tribunal peut également espérer trouver des indices dans les conclusions des parties. Si le contexte le permet, on pourrait créer un *registre* des procédures en cours, pour faciliter l'administration de l'abstention, V. par exemple la section 16 de l'*Uniform Child Custody Jurisdiction Act* de 1968 (sur lequel, *infra*), qui prévoit la création d'un 'Child custody Registry'.

<sup>2033</sup> Le thème de la compétence des tribunaux reviendra ultérieurement dans le cadre de l'examen des limites de la déférence, *infra*, n° 744.

de la déférence : l'*exceptio litis pendis*,<sup>2034</sup> le déclinatoire de connexité internationale<sup>2035</sup> et la doctrine du *forum non conveniens*<sup>2036</sup> ne se conçoivent pas sans for étranger compétent pour connaître de la cause.<sup>2037</sup> L'expression 'déclinatoire' fréquemment utilisée dans ce contexte fait d'ailleurs apparaître qu'il s'agit bien de ne pas exercer une compétence existante.<sup>2038</sup>

L'exigence d'une compétence concurrente du for étranger semble s'imposer. On peut toutefois se demander s'il n'est pas quelque peu *formaliste* de restreindre le champ d'application de l'exception de déférence en exigeant une compétence concurrente dans les deux camps. Pour les parties impliquées dans des procédures concurrentes, il peut en effet être aussi onéreux de devoir convaincre un tribunal de son incompétence que d'invoquer une éventuelle exception de déférence. L'absence de compétence dans le chef d'un des tribunaux saisis ne protège en effet pas contre la duplication des coûts et des efforts.

S'il faut reconnaître que, pour les parties, la concurrence de procédures n'est pas moins nuisible lorsqu'un des fors s'avère incompétent, il serait déplacé de vouloir étendre le champ d'application de l'exception de déférence à cette situation. Contre la saisine d'un for incompétent, il n'est qu'un remède, à savoir plaider l'incompétence. Ceci suffira à faire face à la saisine malheureuse, sans qu'il soit besoin d'en appeler à une éventuelle

<sup>2034</sup> Pour le droit commun français, v. Cass. fr., 26 nov. 1974, *J.D.I.*, 1975, 108, note PONSARD ; *R.C.D.I.P.*, 1975, 491, note D. HOLLEAUX (la Cour décide que l'exception de litispendance peut être reçue "en raison d'une instance pendante devant un tribunal étranger également compétent [...]") (nous soulignons). V. également Cass. fr., 8 juin 1999, *R.C.D.I.P.*, 2000, 35 (Cour casse la décision entreprise parce que la Cour d'Appel n'avait pas recherché "si le tribunal étranger, premier saisi, n'était pas compétent [...]").

En droit commun allemand, la Cour fédérale ne semble pas s'être prononcée expressément sur cette exigence évidente.

<sup>2035</sup> Le déclinatoire européen de connexité exige également que les deux tribunaux soient compétents, comme l'explique par exemple H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 217, n° 301. Par exemple Cass. fr., 27 octobre 1992, *J.D.I.*, 1994, 171, note A. HUET ; *J.C.P.*, 1993, ed. G., IV, 1 ; *D.*, 1992, IR, 262 (pour approuver la décision de la Cour d'Appel de Douai qui avait accueilli l'exception de connexité en faveur des tribunaux néerlandais, la Cour constate que le tribunal d'Almelo "était compétent en application de l'article 2 de la Convention").

<sup>2036</sup> P. ex. *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] AC 460, 476 (la Chambre des Lords décide que l'exception du for le plus approprié ne peut être acceptée que lorsque "the court is satisfied that there is some other available forum, having jurisdiction [...]") (nous soulignons). V. p. ex. BRIGGS et REES, 1997, 194-195 ("The first requirement is that the foreign court be shown by the defendant to have jurisdiction over the [parties]") et la règle 31 formulée par Dicey et Morris, qui précisent que le tribunal anglais peut surseoir à statuer lorsque le for anglais est *non conveniens*, si le défendeur montre qu'il existe "another court with competent jurisdiction [...]") (13<sup>ème</sup> éd., 2000, 385, nous soulignons).

Le droit anglais se montre plus strict sur ce point que les tribunaux américains, puisque selon le premier le for étranger ne sera jugé accessible que si une partie peut le saisir "as of right", c'est-à-dire sans l'autorisation du tribunal. Il ne suffit donc pas au défendeur de promettre qu'il ne soulèvera pas l'incompétence du for étranger. *Comp.* cependant BRIGGS et REES, 1997, 195. La pratique américaine admet au contraire qu'une telle promesse suffit à démontrer que le for étranger est 'disponible', V. p. ex. *Re Union Carbide Gas Plant Disaster*, 809 F. Supp. 195 (2d. Cir. 1987) et les observations de Dicey et Morris, 13<sup>ème</sup> éd., 2000, 397, note 86.

<sup>2037</sup> L'exigence dans le cadre du *forum non conveniens* que le for alternatif à l'étranger soit compétent, s'explique aisément. Il y va en effet du souci d'éviter le conflit négatif de compétence qui pourrait résulter du dessaisissement du for. Comme l'explique M. Lagarde, l'exigence d'un for alternatif est nécessaire en raison du caractère unilatéral des règles de compétence et donc de l'impossibilité pour le for réputé moins approprié, de transférer directement le dossier à son collègue étranger qu'il juge mieux placé (*ac.*, *Recueil des cours*, 1986, t. 196, 148, n° 148).

<sup>2038</sup> Les traditions nationales se séparent certes sur la question, purement formelle, de savoir si le mécanisme de déférence fait partie de l'examen de la compétence, comme c'est le cas du *forum non conveniens*, ou constitue au contraire une condition distincte de la compétence au même titre que les autres exigences de recevabilité de l'action. Cette divergence n'enlève rien à la constatation que dans tous les cas, l'exception n'interviendra qu'une fois établie la compétence du for étranger.

déférence.<sup>2039</sup> La déférence ferait dans cette situation double emploi avec les règles de compétence. S'il est une amélioration éventuelle à apporter, elle ne passe pas par la coordination des procédures, mais concerne uniquement la possibilité pour les parties d'obtenir rapidement du tribunal une décision sur sa compétence, et de pouvoir tout aussi rapidement la contester.<sup>2040</sup>

En conclusion, il faut dès lors réserver l'exception de déférence aux seules procédures concurrentes mues entre fors compétents.

## B. Examen de la compétence du juge étranger

**456. Distinction entre deux types de contrôle** – Lorsque la question de la compétence du tribunal étranger se pose dans le cadre de la reconnaissance d'un jugement qu'il a prononcé, le for de la reconnaissance vérifiera s'il peut s'accommoder de la revendication de compétence dans le chef du tribunal étranger. Cette question conserve sa pertinence pour l'application de l'exception de déférence. Elle ne concerne toutefois pas directement la délimitation du *domaine* de la déférence. Il ne s'agit plus tant de savoir quand l'abstention peut être envisagée, mais plutôt à quelle(s) condition(s). Nous reviendrons dès lors ultérieurement sur ce que l'on pourrait appeler, à la suite de M. Holleaux, la *compétence-litispendance* ou la *compétence-abstention* du tribunal étranger.<sup>2041</sup>

Il est toutefois une autre question relative à la compétence du juge étranger qui mérite un examen sous l'angle du champ d'application de l'abstention. Puisque celle-ci ne se conçoit qu'au profit d'un tribunal étranger également compétent, il s'impose en effet de vérifier que le for étranger possède compétence sur le litige. A défaut, il n'y aurait pas de véritable conflit de procédures, et dès lors pas de raison d'envisager l'application d'une exception de déférence.

La distinction entre les deux approches de la compétence du juge étranger n'a pas toujours été bien perçue – même si les commentateurs l'ont depuis longtemps adoptée.<sup>2042</sup> Elle s'impose toutefois, ne fut-ce que pour éviter d'accueillir l'exception d'abstention alors que le for étranger n'est pas en mesure de prendre connaissance de la cause – ce qui pourrait conduire à un déni de justice.

<sup>2039</sup> Cons. toutefois la situation particulière dans laquelle les parties ont conclu une clause d'élection de for, *supra*, n° 119.

<sup>2040</sup> On sait en effet que dans certaines législations, le tribunal ne se prononcera sur les incidents liés à sa compétence qu'avec sa décision sur le fond du litige. Si les parties peuvent obtenir d'emblée une décision sur la compétence, il leur faudra parfois attendre la décision sur le fond pour utiliser une voie de recours.

<sup>2041</sup> M. Holleaux distinguait ainsi la question de la compétence du tribunal étranger concurrentement saisi de celle, plus classique, de la compétence indirecte, D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger...*, Paris, Dalloz, 1970, 164, n° 153.

<sup>2042</sup> V. déjà L. PALSSON, *loc. cit.*, *Scand. Studies in L.*, 1970, (59), 63-64, n° 3 (l'auteur enjoint de faire la distinction « between the question of recognizing the foreign *lis pendens* and that of the jurisdiction of the forum »). V. également D. HOLLEAUX, *loc. cit.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1971-73, (203), 211 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 1998, 445 et H. GAUDEMET-TALLON, note sous TGI Paris, 23 novembre 1983, *R.C.D.I.P.*, 1984, (510), 515 (l'auteur fustige une décision à la motivation ambiguë, en souhaitant que l'on fasse la distinction entre "[...] l'appréciation de la compétence directe [du juge étranger] pour constater la situation de litispendance internationale, puis celle de la compétence indirecte de ces mêmes juges pour accueillir l'exception de litispendance internationale".)

457. **Interdiction du contrôle de la compétence du for étranger au sein de l'espace judiciaire européen** – Le for de l'abstention vérifiera dans un premier temps que le tribunal étranger est compétent pour se saisir de l'affaire. Au contraire de l'examen de la compétence-abstention, la difficulté à ce premier stade n'est pas d'identifier les règles à l'aune desquelles s'effectuera le contrôle.<sup>2043</sup> La condition de la compétence du juge étranger se vérifiera naturellement à la lumière des règles de compétence du for étranger, seules habilitées à se prononcer sur cette compétence.<sup>2044</sup> La seule véritable question porte sur les *modalités* de ce contrôle : le for de l'abstention doit-il être autorisé à examiner si le tribunal étranger est compétent selon ses propres règles pour s'assurer qu'existe bien un conflit de procédures ?

On sait que les Conventions de Bruxelles et de Lugano attribuent au juge premier saisi un véritable monopole pour se prononcer sur sa compétence. L'exception de litispendance telle qu'elle est conçue au sein de l'espace judiciaire européen, ne permette pas en principe au juge second saisi d'examiner la compétence du juge premier saisi. Ce dernier est seul juge de sa propre compétence et sa décision s'impose aux autres tribunaux – il s'agit d'ailleurs là d'une règle générale, que l'on retrouve également dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des jugements.<sup>2045</sup>

On a déjà eu l'occasion d'expliquer que la Cour de Justice avait expressément confirmé ce principe dans l'arrêt *Overseas*.<sup>2046</sup> Selon cette jurisprudence, le tribunal second saisi ne peut s'interroger sur la compétence du tribunal premier saisi. La seule possibilité qui lui est offerte est de surseoir à statuer lorsqu'il existe un doute sur la compétence du premier juge.<sup>2047</sup> Il ne peut lui-même mettre en doute cette compétence.<sup>2048</sup>

<sup>2043</sup> Sur cette question au regard de la compétence-abstention, v. *infra*, n° 748.

<sup>2044</sup> P. ex. D. HOLLEAUX, *Le Traumatisme corréatif français D.I.P.*, 1972-73, 211, explique que " Il est trop connu que chaque Etat fixe unilatéralement [...] la compétence de ses juges ; et, si l'on retient l'idée que la notion de litispendance doit intervenir quand un conflit de procédures se produit [...], on arrive à ce corollaire du principe d'unilatéralité des règles étatiques de compétence directe, que la situation de litispendance internationale existe si deux juges de pays différents sont saisis, chacun étant doté de compétence directe d'après sa loi" (italique dans l'original).

<sup>2045</sup> *Supra*, n° 184.

<sup>2046</sup> C.J.C.E., 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance Ltd. v New Hampshire insurance Co.*, affaire C-351/89, *Rec.*, 1991, I-3317.

<sup>2047</sup> Cette possibilité était à l'origine laissée à l'appréciation du juge, elle est devenue obligatoire lors de la révision de la Convention de Bruxelles en 1989 avec la Convention de San Sebastian, tout comme elle l'était déjà dans la Convention de Lugano. V. Rapport Jenard/Möller, *J.O.C.E.*, 1990, C-187/70, n° 64 pour la Convention de Lugano et le rapport Almeida Cruz, Desantes Real et Jenard, *J.O.C.E.*, 1990, C-189/(35), 48, n° 28 pour la Convention de Bruxelles. Sur la transition entre les deux versions de l'article 21 V. p. ex. S. ISENBURG-EPPLE, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen vom 27.9.1968*, Frankfurt a.M., 1992, 71-73. V. par exemple Rb. Amsterdam, 28 octobre 1992, *N.I.P.R.*, 1993, 255, n° 169 (tribunal surseoit à statuer en attendant que le tribunal de Barcelone se prononce sur sa compétence) ; ArrondRb. Middelburg, 17 mai 1995, *J.P.A.*, 1995, 367 ; S. & S., 1996, 18 (tribunal surseoit à statuer en attendant que le tribunal de Gand se prononce sur sa compétence).

<sup>2048</sup> Il y est seulement fait exception dans le cadre du régime transitoire de la Convention de Bruxelles, lorsqu'il s'agit de décider si le juge étranger tire sa compétence de la Convention ou de son droit national, comme l'a décidé la Cour de Justice dans l'affaire *Freifrau von Horn c Cinnamon*, 9 octobre 1997, aff. C-163/95, *Rec.*, 1997, I-5451. La Cour reconnut aux paragraphes 23 à 26 que l'interprétation qu'elle donnait de l'article 21 conduisait le juge second saisi à procéder à un contrôle de la compétence du juge d'un autre Etat contractant, alors même que la Convention interdit en principe un tel contrôle. Elle s'en accommoda toutefois en soulignant le caractère provisoire de l'exception, qui disparaîtra une fois résolue les difficultés découlant de l'entrée en vigueur des différentes versions de la Convention. Comme le note Mme. *Gaudemet-Tallon*, "lorsqu'un juge est saisi alors que la Convention de Bruxelles n'est pas encore en vigueur dans son pays, il est normal que [le] principe de confiance [que se doivent les juges des Etats contractants quant à l'appréciation que chacun fait de sa compétence] ne joue pas [...]" ; H. GAUDEMET-TALLON, note sous C.J.C.E., von Horn, *R.C.D.I.P.*, 1998, (113), 116.

Cette solution radicale se comprend dans le contexte spécifique de l'espace judiciaire européen.<sup>2049</sup> Elle s'explique d'ailleurs aisément puisqu'au sein de cet espace il n'y a pas lieu de distinguer entre compétence-litispendance et compétence comme garantie de l'accessibilité du juge étranger : les deux se confondent en raison de l'existence de règles de compétence communes aux Etats membres. Dans l'hypothèse exceptionnelle où un juge européen peut procéder à un contrôle de la compétence-litispendance – ou de la compétence indirecte – d'un collègue étranger, à savoir pour vérifier le respect des attributions exclusives de compétence, son examen, portera à la fois sur la compétence-litispendance et sur l'existence d'une compétence comme condition de la saisine du juge, puisque dans les deux cas, la règle est la même.<sup>2050</sup> Dans les autres cas, l'interdiction du contrôle de la compétence-litispendance, qui participe de l'idée européenne de confiance réciproque entre juges, rend également impossible le contrôle de la compétence-accessibilité.

La formule se répétera logiquement dans le Règlement Bruxelles II,<sup>2051</sup> ainsi que, sous une forme sensiblement différente, dans le Règlement européen sur l'insolvabilité<sup>2052</sup> puisque ces deux instruments imposent le respect de règles de compétence communes.

**458. Inopportunité du contrôle de la compétence du juge étranger** - La solution européenne s'impose-t-elle en dehors du contexte spécifique de l'espace judiciaire européen? La nature même de la question appelle à notre avis une réponse affirmative. Que l'abstention constitue un effort unilatéral de coordination de la part d'un Etat ou s'insère dans une convention, la question demeure la même : il s'agit à ce stade de savoir si le juge étranger est compétent selon ses propres règles pour connaître de la cause. A moins de retomber dans les difficultés de ce que M. *Holleaux* a appelé – pour la question de la compétence indirecte – les doctrines de l'unilatéralité,<sup>2053</sup> il convient d'éviter de donner au for de l'abstention la possibilité de se prononcer directement sur la compétence du juge étranger – tout en réservant un éventuel contrôle de la compétence-litispendance (*infra*, n° 744). Comment envisager en effet que le premier contrôle, et au besoin corrige, l'application par le second de son propre droit? Là réside bien la difficulté majeure d'un examen par le for de l'abstention de la compétence du tribunal étranger au titre de l'existence d'une procédure concurrente.<sup>2054</sup> Le contrôle serait au minimum

<sup>2049</sup> On remarquera que si la Convention interdit le contrôle de la compétence, la Cour a jugé bon d'étendre le mécanisme de la litispendance aux situations dans lesquelles le juge premier saisi fonde sa compétence sur son droit national en vertu de l'article 4 de la Convention.

<sup>2050</sup> On comprend dès lors que dans l'arrêt *Overseas*, la Cour de Justice n'ait pas fait la distinction entre les deux questions, bien qu'il semble que la compétence du tribunal français premier saisi était contestée.

<sup>2051</sup> L'article 11 du Règlement, qui prévoit une règle de litispendance, ne se prononce pas expressément sur la question. On peut cependant déduire de l'économie de ses dispositions que ses auteurs ont entendu réduire le contrôle de la compétence au minimum, V. par exemple art. 17 en matière de reconnaissance et qu'il n'y a donc pas place pour un tel contrôle dans le cadre du jeu de l'exception de litispendance. Le considérant n° 17 du règlement souligne par exemple que « (17) Il y a lieu que l'Etat requis ne contrôle ni la compétence de l'Etat d'origine [...] ». Le règlement de Bruxelles II va encore plus loin que la Convention de Bruxelles puisqu'il ne laisse aucune place à un contrôle de la compétence indirecte (art. 17).

<sup>2052</sup> Selon l'article 16 du Règlement, la décision d'ouverture de la faillite doit être reconnue dans tous les Etats membres. Le considérant n° 22 du Préambule précise que cette décision "devrait être reconnue dans tous les Etats membres, sans que ceux-ci aient la faculté de soumettre la décision de cette juridiction à un contrôle ». Pour plus de détails, V. notre étude, *loc. cit.*, in *Het nieuwe Europese IPR : een verdrag naar verordening*, Anvers, Intersentia, 2001, spéc. n° 5-49.

<sup>2053</sup> Ces doctrines prétendaient rechercher la solution du problème de la compétence du juge étranger dans la *lex fori* étrangère, V. D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger...*, Paris, Dalloz, 1970, 7-120.

<sup>2054</sup> Cette difficulté explique la condamnation quasi-unanime des doctrines de l'unilatéralité, V. P. MAYER, *Droit international privé*, 1998, 240-241, n° 369 ; A. T. VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *Recueil des Cours*, 1980-II, t. 167, (9), 58-61.



déplacé, puisqu'il est présomptueux de penser que le for de l'abstention peut examiner la façon dont le tribunal étranger applique ses propres règles de compétence.<sup>2055</sup>

Il s'impose dès lors de laisser le tribunal étranger le soin de se prononcer sur sa propre compétence et d'accepter cette décision comme argent comptant. Ce tribunal dû-t-il se tromper et se reconnaître une compétence que son droit ne lui reconnaît pas, que le for de l'abstention ne pourrait rien y faire. Le droit international ne tolérerait aucune manière de réprimande. Et le conflit de procédures n'en existerait pas moins, puisque le for étranger s'est déclaré compétent.<sup>2056</sup>

En réalité, la vérification de l'accessibilité du tribunal étranger ne nécessite, de la part du for qui s'abstient, aucune investigation particulière. Il lui suffira en effet d'attendre que le tribunal étranger se prononce sur sa propre compétence. Cette décision apportera la preuve décisive qu'il existe bel et bien une procédure concurrente devant un tribunal étranger compétent. Au besoin le for de l'abstention surseoirait-il à statuer en attendant que la juridiction concurrente se prononce.<sup>2057</sup> La jurisprudence française a clairement aperçu l' inutilité du contrôle de la compétence-accessibilité : si dans les principes l'exception de litispendance ne peut être accueillie que si le juge étranger est compétent selon sa propre loi, dans les faits on dispense le juge français de se livrer à une telle appréciation. C'est ainsi que pour accueillir une exception de litispendance en faveur d'une procédure portugaise, le tribunal de grande instance de Paris s'est contenté de constater que "la juridiction portugaise se dit compétente en raison notamment de la nationalité des parties et de la nature de l'instance".<sup>2058</sup>

On retrouve le même système dans le cadre de la doctrine du *forum non conveniens* qui commande, avant d'examiner le caractère approprié des fors en présence, de s'assurer

<sup>2055</sup> V. pour la Convention de Bruxelles, C.J.C.E., 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance Ltd. v New Hampshire Insurance Co.*, affaire C-351/89, *Rec.*, 1991, I-3317, qui utilise ce même argument pour le cas où un tribunal de l'espace judiciaire européen fonde sa compétence sur son droit national en vertu de l'article 4. Selon la Cour, lorsque la compétence du juge premier saisi découle de sa loi nationale, il sera alors « incontestablement mieux placé pour statuer sur sa propre compétence » (attendu n° 23).

<sup>2056</sup> *Supra* à propos des conflits mettant en jeu une convention de juridiction. *Adde* sur ce problème, D. HOLLEAUX, *l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1971-73, 211 : "il serait d'ailleurs vain [...] de même prétendre contrôler l'application que la juge étranger fait de sa loi pour se déclarer compétent ; ce juge peut retenir le litige à tort selon sa loi, la situation de litispendance n'en existe pas moins". Dans le même sens du même auteur, *R.C.D.I.P.*, 1975, 496 (cette position de l'auteur se comprend si on la rapproche de sa fervente opposition au contrôle de la compétence indirecte dans le cadre de la reconnaissance des jugements étrangers, sur la pensée de M. Holleaux, V. P. GOTHOT, "Dominique Holleaux : le dogme, l'histoire et la critique", *R.C.D.I.P.*, 1990, 620 e.s.). V. aussi G. DROZ, 1972, n° 298. *Comp.* A. HUET, note sous TGI Paris, 12 février 1980, *J.D.I.*, 1980, (655), 657 (M. Huet accepte, à contre-cœur semble-t-il, que la compétence du juge étranger en tant que condition de l'existence d'une litispendance, doit être examinée selon les règles de compétence directe. Il exige toutefois que le tribunal français "constate expressément" que la règle étrangère de compétence directe attribue effectivement compétence au tribunal étranger. Soutenir le contraire, écrit encore M. Huet, "c'est en réalité anéantir l'exigence [...] d'une compétence concurrente du tribunal étranger et du tribunal français saisis [...]". V. du même, note sous Paris, 24 nov. 1977, *J.D.I.*, 1978, (306), 310-311).

<sup>2057</sup> Les tribunaux n'ont pas toujours la patience d'attendre que le juge étranger statue sur sa compétence. Ainsi, dans une affaire de divorce, le tribunal civil de Liège a-t-il, après avoir vérifié sa compétence, procédé à la vérification de la compétence du juge français concurrentement saisi pour s'assurer qu'il y avait bien litispendance (Civ. Liège, 3 mai 2001, *Revue en ligne du barreau de Liège*, [www.barreaudeliège.be], visité le 17 avril 2002).

<sup>2058</sup> TGI Paris, 12 février 1980, *J.D.I.*, 1980, 653, note A. HUET. V. également Paris, 25 juin 1993, *D.*, 1993, IR, 218 (Cour d'Appel admet l'existence d'une litispendance internationale au motif que le tribunal étranger a retenu sa compétence selon sa propre loi). La condition d'accessibilité du tribunal étranger n'empêche pas les tribunaux français de contrôler dans un second temps la compétence du tribunal étranger, V. *infra* n° 744. Dans l'espèce tranchée par le TGI de Paris, le juge français a d'ailleurs, après s'être assuré que le tribunal portugais était bien compétent selon son propre droit, ajouté que "le principe de la compétence ainsi retenue par le juge étranger n'est pas contraire à l'ordre public".

que le for étranger est 'available', c'est-à-dire peut prendre connaissance de la cause.<sup>2059</sup> Le juge anglais ne prétend pas procéder à un véritable contrôle de la compétence du juge étranger ; il se contente de s'assurer que celui-ci s'est déclaré compétent.

**459. Inopportunité du contrôle de la compétence du juge étranger (suite)** - En résumé il n'y a pas lieu de contrôler la compétence du juge étranger à ce premier stade. La seule question qui se pose est celle de l'accessibilité du juge étranger ; cette question participe plus de la constatation de l'existence de la situation de procédures concurrentes que d'un véritable examen de la procédure étrangère. Le for de l'abstention ne doit pas dans ce cadre se demander s'il va accorder un quelconque crédit à la procédure étrangère, il constate simplement qu'un conflit de procédures existe réellement parce que le tribunal étranger s'est déclaré compétent.<sup>2060</sup> Pour ce faire, seules les règles de compétence directe du for étranger sont déterminantes. Et il n'est pas besoin pour le for de se lancer dans l'évaluation de ce que le tribunal étranger a décidé.<sup>2061</sup> Cette décision est en elle-même déterminante et concluante.<sup>2062</sup> Ce n'est qu'une fois l'existence d'un conflit de procédures avéré qu'il faudra éventuellement s'interroger sur le respect que mérite la revendication de compétence dans le chef du tribunal étranger.

\* \*  
\*

<sup>2059</sup> P. ex. CHESHIRE et NORTH, 1999, 336-337; DICEY et MORRIS, 2000, 396-397.

<sup>2060</sup> V. encore M. Mayer, qui dans son précis (1998, 286, n° 444-1), explique d'abord justement que pour constater l'existence d'une situation de litispendance, il n'est point besoin de contrôler la compétence étrangère. Le simple fait que le tribunal étranger se soit reconnu compétent suffit à créer la litispendance. Si vérification de la compétence il y a, elle n'intervient toujours selon M. Mayer qu'au stade des conditions d'accueil de la litispendance et non pas pour examiner la simple existence d'une situation de litispendance.

<sup>2061</sup> On pourrait se demander à partir de quel moment on peut considérer que le tribunal étranger est compétent. Suffit-il qu'il ait repoussé une exception d'incompétence, et qu'en est-il lorsqu'une décision dans laquelle le juge constate sa compétence, est encore susceptible d'une voie de recours, voire à déjà été attaquée devant une instance supérieure ? On a vu que lorsqu'il existe un doute sur la compétence du juge étranger, le juge européen saisi d'une exception de litispendance doit surseoir à statuer en attendant que le tribunal étranger se prononce. Cette obligation de surseoir à statuer s'étend-elle à une éventuelle procédure d'appel ? Les avis sont partagés sur la question, v. H. GAUDEMET-TALLON, « Litispendance et connexité en droit européen et en droit international : la règle prior tempore... », *Dalloz Affaires*, 1996, 474, note 3, qui explique que la compétence du juge premier saisi est certaine dès lors que le juge de première instance s'est prononcé. Selon cet auteur il n'est pas nécessaire d'attendre que les voies de recours contre la décision aient été exercées. V. toutefois W. KENNET, "Lis Alibi Pendens - A View from the U.K.", *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al. (eds.), Brussel, Bruylant, 1999, (103), 117-118 et H. LINKE, « Ausgewählte Probleme der Rechtshängigkeit und der Urteilsanerkennung » in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe. Actes du colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen*, Cour de Justice des Communautés européennes (ed.), Londres, Butterworths, 1993, 182-183. *Adde Trib.* Arnhem, 23 mai 1996, *N.I.P.R.*, 1996, 972 (le tribunal se déclare incompétent en raison de l'existence d'une procédure concurrente engagée en Belgique, malgré le fait que le défendeur a déclaré qu'il interjettera appel contre la décision du tribunal de Tongres qui s'était déclaré compétent. En l'espèce, l'appel contre cette décision ne pouvait selon l'article 1050 C. Jud. Belge être soumis à la cour qu'avec la contestation de la décision sur le fond du juge de première instance).

<sup>2062</sup> En s'inspirant de la pratique des tribunaux anglo-saxons, on pourrait éventuellement étendre le champ des 'investigations' pour y inclure les autres obstacles à la saisine du for étranger, comme par exemple l'expiration du délai de prescription. V. CHESHIRE et NORTH, 1999, 337 e.s. sur la difficulté de séparer cet examen préliminaire de la détermination que le for étranger respecte les conditions d'une bonne administration de la justice. P. ex. *Mohammed v Bank of Kuwait and the Middle East KSC*, [1996] 1 W.L.R. 1483 (CA), qui a sans doute été 'réformé' par *Connelly v R.T.Z. Corp.* [1998] A.C. 854. *Adde* BRIGGS et REES, 1997, 196. Même dans cette conception plus étendue, il n'y a pas véritablement de contrôle. Le for peut se contenter d'attendre la décision du juge étranger sur ce point.

## § 2. Identité entre litiges

460. **Généralités** – Une fois établi que le tribunal étranger est compétent pour connaître de la cause, encore faut-il, pour que l'on puisse parler de *conflit* entre les deux procédures qu'elles concernent, au moins partiellement, les mêmes questions et les mêmes personnes. Toute la difficulté est de savoir quel est le *degré d'identité* requis pour que l'on puisse parler de conflit, et que l'on puisse dès lors envisager une mesure de coordination.

Comme le relève M. *Reymond*, “[p]arfois l’identité des litiges, tant objective que subjective, ne fait aucun doute, notamment lorsque le demandeur renouvelle son action contre le même demandeur, en déposant une seconde demande en tout point identique à la première”.<sup>2063</sup> Le plus souvent cependant cette question fera l’objet de controverses délicates à trancher.

Il est hors de question d’élaborer dans le cadre de cette étude une théorie générale de l’identité des litiges, dont l’ampleur dépasserait d’ailleurs de loin la seule déférence internationale, puisque cette question intéresse également le régime des jugements étrangers, et en particulier l’exception de chose jugée, ainsi que les règles relatives à la concentration des litiges. Une théorie de cette nature tiendrait d’ailleurs du droit judiciaire comparé, dont on a pu écrire qu’il était encore plus « broussailleux » que le droit judiciaire international.<sup>2064</sup>

De façon plus limitée, nous concentrerons nos investigations sur la question de l’identité *objective* des litiges, en laissant de côté la question, moins controversée, de l’identité *subjective*, à savoir celle qui doit exister entre les parties. Avant d’examiner comment doit être défini le dénominateur commun entre les litiges, il faut s’interroger sur le droit applicable à cette question.

461. **Remarque préliminaire : identité objective des litiges et droit applicable** – L’examen de droit comparé révélera, outre que les différentes juridictions n’accordent pas nécessairement la même importance à la question de l’identité des litiges, que la solution de cette question peut prendre diverses formes. Il n’est donc pas inutile de s’interroger sur le droit applicable à la comparaison entre litiges concurrents. On a déjà observé que si la *lex fori* possédait un titre naturel à régir les questions de procédure, cette règle générale n’était pas sans appeler d’importantes nuances. La comparaison de l’identité des litiges exige également une approche nuancée.

En principe, il revient à la loi du for de l’abstention de se prononcer sur la question. Elle seule servira de référence pour déterminer si la procédure concurrente est suffisamment similaire à celle engagée dans le for pour justifier une mesure de coordination. Le dénominateur commun est en effet une condition de la déférence dont il appartient au for de déterminer la portée, puisqu’elle va influencer directement sur le degré de déférence dont il témoigne à l’égard de la procédure étrangère.<sup>2065</sup> Il ne faut toutefois pas se

<sup>2063</sup> J.-M. REYMOND, *L’exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 193. L’auteur cite ATF 85 II 80.

<sup>2064</sup> H. BORN, M. FALLON, et J.-L. VAN BOXSTAELE, 2001, 426, n° 216.

<sup>2065</sup> La jurisprudence allemande est établie en ce sens, v. p. ex. KG (Berlin), 21 décembre 1993, *Fam RZ*, 1995, 1074 ; *IPRspr.*, 1994, 356, n° 157 (procédures concurrentes en divorce en Belgique et en Allemagne, le Kammergericht décide de la question d’identité d’objet doit être examinée à la lumière du droit allemand qui

méprendre sur la portée de la *lex fori* : si elle possède le monopole pour déterminer quel est le degré de similitude requis, elle ne saurait être invoquée pour mesurer la portée exacte de la procédure étrangère. Seule la loi étrangère possède un titre pour tracer les limites de cette procédure. Vouloir étendre l'emprise de la *lex fori* à cette question ferait naître le risque de conférer à la procédure étrangère plus d'effet qu'elle n'en revendique.<sup>2066</sup>

**462. Remarque préliminaire : identité objective des litiges et droit applicable (suite)** – L'application de principe de la *lex fori* ne va pas sans poser de sérieuses difficultés lorsque l'exception de déférence fait partie d'une disposition conventionnelle. Elle pourrait en effet conduire à conférer à cette exception un champ d'application à géométrie variable selon le juge auquel elle est soumise, comme l'ont d'ailleurs montré les premières expériences avec la litispendance européenne.<sup>2067</sup> Le recours au droit national est cependant fréquent dans l'application du droit conventionnel bilatéral, ce qui n'est pas sans réduire la plupart du temps l'efficacité des mécanismes de coordination qu'il prévoit.<sup>2068</sup>

Il n'est à notre connaissance que la litispendance européenne qui ait échappé à l'emprise du droit national. On verra en effet que la Cour de Justice a développée une conception *autonome* de l'identité des litiges, qui permet de soustraire l'opération de comparaison de toute référence aux conceptions nationales.<sup>2069</sup>

---

s'applique aux questions de procédure en tant que *lex fori* : « Die Frage ob ein Streitgegenstand mit einem anderen identisch ist, ist ein Verfahrensfrage, und nach deutschem Recht zu beantworten ». Dans le même sens, OLG Frankfurt, *WM*, 2001, (1108), 1109.

<sup>2066</sup> *Comp.* avec la suggestion de NIBOYET-HOEGY, d'avoir recours, pour mesurer la portée objective d'une procédure, non pas à la loi du for, mais bien à la loi applicable au droit litigieux. C'est donc le droit applicable au fond du litige qui serait décisif en la matière (*l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-1996, 82-83 et les commentaires critiques de P. LAGARDE, 90). *Cors.* pour la détermination de l'autorité de la chose jugée du jugement étranger, BATIFFOL et LAGARDE, II, 606-607, n° 736-1, qui précisent que l'objet du jugement étranger doit être examiné dans la loi étrangère, même si la loi du for peut intervenir pour limiter les effets revendiqués par le for étranger, et la remise en question, peu convaincante, de cette position traditionnelle par M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris, Economica, 1986, 211-245.

<sup>2067</sup> La jurisprudence des juridictions nationales s'en remettrait en effet dans les premières années au droit national pour l'interprétation de l'exigence de l'identité au sens de l'article 21, v. LG Köln, 28 juillet 1978, *Répertoire de jurisprudence communautaire*, Série 'D', I-21-B3 (le tribunal fait appel à la conception allemande du 'Streitgegenstand' pour l'interprétation de l'identité objective entre les deux demandes, et décide qu'il n'y a pas identité entre une action en dommages et intérêts et une action déclaratoire visant à faire constater l'existence d'une obligation de compenser le dommage). Dans le même sens, OLG München, 13 février 1985, *R.D.I.P.P.*, 1986, 931, *IPRax*, 1989, 80, note Jayme/Aull ; *Répertoire de jurisprudence communautaire*, Série 'D', I-21-B.10 (la Cour décide que la condition de l'identité entre les deux litiges doit, à défaut d'indication dans l'article 21, être interprétée à la lumière des conceptions nationales de chaque tribunal. Elle en conclut qu'il n'y a pas identité entre une action visant à obtenir l'exécution d'un contrat et une action déclaratoire en constatation de la nullité du même contrat) ; OLG Hamm, 25 sept. 1985, *IPRax*, 1986, 233, note R. GEIMER p. 208 (référence au droit allemand pour décider qu'il n'y a pas d'identité entre une action déclaratoire et une action condamnatoire, selon la Cour il faut qu'il y ait identité non seulement en vertu du droit allemand mais également du droit italien).

<sup>2068</sup> On se rappellera l'étonnante décision de la Cour de Cassation belge qui a cru bon de faire application du droit belge pour interpréter les notions de cause et d'objet qui apparaissent dans l'exception de litispendance prévue par la convention belgo-allemande, déguisant cette interprétation nationale en invoquant le « sens juridique usuel » des termes de la convention (Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, 806, ccls. W. J. van der Meersch ; *Ann. Cass.*, 1972, 824 ; *R.W.*, 1972-73, 1667 ; *J.T.*, 1972, 501 ; *R.C.J.B.*, 1973, 233, note F. RIGAUX et les explications de R. LEDOUX, « Les disparités des traités d'exequatur au sujet de la litispendance », *J.T.*, 1972, 725-726). Selon la Cour, « il ne ressort ni de la convention [...] ni d'aucun élément du rapport autorisé des négociateurs que le terme 'cause', dans l'article 15 de celui-ci, doive recevoir une interprétation s'écartant de son sens juridique actuel ».

<sup>2069</sup> C'est peu dire que cette conception autonome ne remporte pas l'assentiment général. Au contraire, elle fait l'objet de nombreuses critiques, qui ne font d'ailleurs pas toujours la distinction entre la conception large de l'identité objective et les conséquences qui en découlent du fait de la primauté accordée au juge premier saisi. *Cors.* la démonstration de CH. DOHM, *Die Einrede ausländischer Rechtshängigkeit in deutschen internationalen Zivilprozessrecht*, Berlin, Ducker & Humblot, 1996, spéc. pp. 75-79, qui prend argument de la parenté entre la litispendance et l'exception de chose jugée pour plaider pour l'application de la *lex fori* afin de déterminer l'identité entre litiges.

Que la détermination du dénominateur commun soit l'affaire du droit national ou fasse l'objet d'une approche autonome, dans tous les cas, il faudra construire une théorie de l'identité des litiges. Pour ce faire, la plupart des droits nationaux ont trouvé inspiration dans leur pratique nationale. Nous allons tout d'abord constater l'échec de ces conceptions dérivées (A) avant de suggérer une approche différente (B).

#### A. L'impasse des doctrines dérivées

463. **Introduction** – On a déjà évoqué le lien qui unissait, dans la pratique du vieux continent, l'exception de litispendance au régime des jugements étrangers et en particulier à l'exception de chose jugée. Cette filiation n'a pas été sans déteindre sur la définition des limites objectives assignées à la première. Dans l'ensemble, et dans un louable souci de cohérence, les tribunaux se sont laissés guider par les notions dégagées en droit judiciaire interne pour mesurer l'objet des procédures. Cette approche, que l'on pourrait qualifier de doctrine 'dérivée' de l'identité, est typique des jurisprudences française (i) et allemande (ii). On va voir qu'elle fait en réalité peser une lourde hypothèque sur l'exception de déférence.

##### (i) LES LIMITES OBJECTIVES DE L'EXCEPTION DE LITISPENDANCE INTERNATIONALE EN DROIT FRANÇAIS : LES EXIGENCES DE CAUSE ET D'OBJET

464. **Une double condition pour définir l'identité objective** – En droit interne, la litispendance française ne peut être invoquée, selon l'article 100 NCPC, que lorsque [...] le *même* litige est pendant devant deux juridictions ». En l'absence de disposition spécifique visant les litiges internationaux, la jurisprudence a, pour déterminer l'identité objective des litiges, fait appel aux termes de l'article 1351 du Code civil, qui exige que la chose demandée et que la cause soient les mêmes. Partant, l'exception de litispendance internationale est limitée par une double exigence tenant à la *cause* et à l'*objet* des procédures. C'est ainsi que le tribunal de grande instance de Paris a, pour accueillir une exception de litispendance invoquée en faveur d'une procédure américaine, constaté que "les demandes introduites [...] tant en France qu'aux Etats-Unis, ont pour objet la réparation des mêmes dommages et que ce sont les mêmes fautes qui sont alléguées à l'appui de ces demandes; qu'ainsi l'objet et la cause des deux instances sont identiques"<sup>2070</sup>.

V. le compte-rendu approuvé par M. LENENBACH, *Z.Z.P.*, 1998, 111-116. Il semble que la critique de M. Dohm vise avant tout l'interprétation extensive de la Cour de Justice, et non pas le recours à un concept autonome d'identité. M. Dohm semble opposé à l'interprétation extensive que la Cour donne de l'identité entre litiges, qu'il accuse de porter atteinte au droit d'action des justiciables. Il se trompe peut être de cible en s'en prenant à l'interprétation autonome.

<sup>2070</sup> TGI Paris, 23 novembre 1983, *R.C.D.I.P.*, 1984, 510, note H. GAUDEMET-TALLON. V. également Paris, 24 novembre 1977, *J.D.I.*, 1978, 306, note A. HUET; *R.C.D.I.P.*, 1978, 527, note I.F. (qui rejette l'exception de litispendance au motif que "l'objet et la cause juridique n'étaient pas les mêmes dans les deux instances [...]"), en première instance dans cette affaire, TGI Paris, 7 juillet 1976, *R.C.D.I.P.*, 1977, 725, note I. FADLALLAH (la question de l'identité entre les procédures ne semble pas avoir été soulevée en première instance); Paris, 20 janvier 1988, *J.D.I.*, 1989, 1032, note E. LOQUIN (le tribunal relève, sans critiquer cette décision, qu'un tribunal belge a en l'espèce rejeté l'exception de litispendance en l'absence d'identité d'objet et de cause, le demande soumise au tribunal français portant sur une provision et celle engagée en Belgique visant à obtenir la désignation d'un expert); Paris, 25 juin 1993, *D.*, 1993, IR, 218 (constate l'identité de cause et d'objet entre deux demandes de divorce dont l'une pendante aux Etats-Unis. En l'espèce l'exception de litispendance fut rejetée faute de compétence du juge américain).

En pratique le juge français devra dès lors examiner la *cause* et l'*objet* des deux procédures pour déterminer s'il peut faire confiance au for étranger. La jurisprudence montre que ceci ne va pas sans peine. Il n'est en effet pas toujours facile de déterminer, dans les termes utilisés par les plaideurs à l'étranger, quelle est la cause et quel est l'objet de leur action. Il faudra parfois au juge beaucoup de perspicacité pour appliquer ce modèle à des conclusions formulées selon le vocabulaire et les formes imposées par le droit étranger. Là n'est toutefois pas la principale difficulté de cette conception dérivée. C'est en effet la référence aux concepts mêmes d'objet et de cause qui peut être source de difficultés, comme on va l'examiner successivement pour chacun de ces concepts.

**465. L'objet des demandes, une source de difficultés** - Le principal obstacle résulte en effet de l'ambiguïté fondamentale des termes utilisés, en premier lieu du concept d'*objet*. On sait qu'en droit de la procédure, l'objet de la demande est la prétention de celui qui l'introduit, ce qu'il souhaite voir décider par le juge - par exemple la rupture du lien conjugal par le prononcé du divorce, la résiliation d'un contrat ou la condamnation de l'adversaire au paiement d'une somme d'argent.<sup>2071</sup> Exiger que deux procédures portent sur un objet identique, revient dès lors à n'admettre le parallélisme que lorsque les parties cherchent à obtenir la même chose du juge. Prise à la lettre, l'exigence d'identité d'objet conduira par exemple à décider que deux demandes de dommages et intérêts formulées par deux contractants qui se reprochent mutuellement une faute dans l'inexécution du contrat, ne partagent pas le même objet lorsque les parties revendiquent un montant différent.

Une telle approche revient à priver en pratique le mécanisme de coordination d'une grande partie de son efficacité. Il n'y aurait en somme possibilité de s'abstenir que lorsque les deux demandes émanent de la même partie - encore une partie pourrait-elle échapper à la déférence en prenant soin de formuler ses deux demandes de façon différente. Dès qu'elles sont le fait des deux adversaires, on peut s'attendre à ce que les prétentions qu'ils formulent ne coïncident pas exactement puisque par hypothèse, les intérêts des parties au litige sont opposés. Il en est d'autant plus ainsi que les demandes auront été formulées sur base du vocabulaire juridique de chaque for, qu'elles seront adaptées à la terminologie et aux concepts locaux, ce qui nécessairement fera apparaître des différences. Même si l'on concevait l'objet comme un concept de pur fait exclusif de toute coloration juridique,<sup>2072</sup> rares seront les hypothèses où les prétentions des deux parties, considérées uniquement sous l'angle des faits, coïncideront exactement.

D'ailleurs, comme on l'a fait remarquer, si l'une des parties cherche à obtenir une décision devant un tribunal étranger, la raison en est précisément que les règles juridiques étrangères lui permettent d'espérer obtenir un résultat différent.<sup>2073</sup> En somme la condition d'identité d'objet, directement importée des doctrines internes, constitue le

<sup>2071</sup> Pour le droit belge, V. A. FETWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2<sup>ème</sup> éd., Liège, Faculté de droit de Liège, 1987, 58-60, n° 54. En droit français, H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, T. 3 : *procédure de première instance*, Paris, 1991, 58-65, n° 64-68 (ces auteurs analysent de façon détaillée les difficultés qui naissent de la définition de l'objet comme la prétention formulée par le demandeur. L'article 4(1) NCPC dispose que l'objet du litige est déterminé par "les prétentions respectives des parties").

<sup>2072</sup> Comme le faisait Motulsky, qui voyait dans la prétention la demande d'une partie au juge d'accorder "un résultat économique et social". Sur les difficultés de cette conception, v. H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, 60-62, n° 66. En droit belge, J. VAN COMPERNOLLE, "L'office du juge et le fondement du litige", *R.C.J.B.*, 1982, 14, n° 7-9 (qui semble adopter la conception 'a-juridique' de M. Motulsky).

<sup>2073</sup> E. GROFFIER et GOLDSTEIN, *Droit international privé*, T.I, *Théorie générale*, Cowansville, Yvons Blais, 1998, 326, n° 137.

véhicule idéal pour les tribunaux qui veulent se débarrasser d'une encombrante exception de déférence sans en condamner le principe.

466. L'objet des demandes, une source de difficultés (suite) - Et l'on doit constater que la jurisprudence française ne s'est pas privée de se réfugier derrière l'absence d'identité d'objet pour rejeter l'exception de litispendance. Le contentieux du divorce international fournit une excellente illustration des limitations qu'impose l'exigence de l'objet. Les tribunaux sont ainsi unanimes pour estimer qu'une demande en divorce formée à l'étranger et une instance de conversion de séparation de corps formée en France ne partagent pas le même objet.<sup>2074</sup> Cette appréciation s'impose logiquement, puisque formellement au moins, les prétentions des deux époux sont différentes. On ne s'étonnera dès lors pas de voir que les tribunaux belges font preuve d'une même rigueur dans l'interprétation de l'exception de litispendance prévue conventionnellement.<sup>2075</sup>

C'est au nom de la même absence d'identité entre les objets des instances, condition posée expressément par le législateur pour l'exception de litispendance (art. 3137 C. civ.), que les tribunaux québécois refusent eux aussi de surseoir à statuer sur une demande en séparation de corps lorsque le tribunal étranger est saisi d'une demande en divorce.<sup>2076</sup> A la décharge des tribunaux québécois, il faut ajouter que certaines décisions témoignent d'un plus grand enthousiasme à l'égard de la coordination internationale, en laissant entendre dans le même contexte que l'article 3137 peut être invoqué dès lors que les requêtes sont « analogues », voire même « connexes » et pas seulement identiques.<sup>2077</sup>

<sup>2074</sup> Paris, 16 février 1979, *Gaz. Pal.*, 1979, 2, 385, note R.S. (pas d'identité d'objet entre une demande en divorce engagée en France et une instance en séparation de corps en Espagne). Le TGI de Créteil est allé plus loin puisqu'il a nié l'identité entre une demande de divorce et une demande de conversion de séparation de corps, TGI Créteil, 16 mai 1974, *Gaz. Pal.*, 1975, 1, 140.

<sup>2075</sup> P. ex. Bruxelles, 3 février 1998, *Act. Div.*, 2000, 55, qui écarte le jeu de l'exception de litispendance prévue par la convention belgo-italienne du 6 avril 1926 en constatant l'absence d'identité entre une demande de divorce en Belgique et une demande en homologation d'une convention en séparation de fait en Italie.

<sup>2076</sup> C.S. Montréal, 20 novembre 1996, *Droit de la famille* n° 2573, n° 500-04-008203-961, *J.E.*, 1997-207 (en l'espèce, un couple s'étant marié au Vermont et y avait toujours vécu, se sépare et l'épouse vient vivre à Montréal où elle intente une demande en séparation de corps. L'époux quant à lui avait demandé le divorce devant les tribunaux du Vermont. Le juge rejette l'exception de litispendance en décidant que l'objet des deux demandes n'est pas le même. Notons également qu'il refuse de considérer les tribunaux du Vermont comme étant les plus appropriés.

V. également la décision de la Cour d'Appel, *Droit de la famille* 2561, [1997] R.D.F. 3 (pas identité d'objet entre une action en divorce intentée en France et des demandes relatives à la garde d'enfant et la pension alimentaire, intentées au Québec avant l'action en divorce) ; Cour d'Appel, *Droit de la famille* 2454 [1997] R.J.Q. 2509 (reçoit l'exception de litispendance et surseoit à statuer sur des mesures accessoires à une séparation de corps demandée au Québec parce qu'une demande en divorce avait été intentée antérieurement en Californie). V. également, sous l'empire de l'ancienne législation, CA Québec, 22 janvier 1992, *York-Hammer Developments Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.*, [1992] R.D.J. 374 (Cour décide qu'il n'y a pas identité d'objet entre une action visant à faire déclarer qu'une police d'assurance est nulle ab initio et une autre qui vise à obtenir la confirmation de la validité de cette même police ainsi que des dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat).

<sup>2077</sup> Cour sup. Québec, 17 août 1999, *D. (S.) c. G. (H.)*, *Droit de la famille* 3392, [1999] R.D.F. 676. En l'espèce, la Cour supérieure du Québec a accepté de surseoir à statuer sur une demande de mesures provisoires visant à obtenir la garde des enfants parce que l'épouse avait entamé une procédure similaire devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick. Or les demandes se greffaient au Québec sur une demande en séparation de corps et au Nouveau-Brunswick sur une demande en divorce. La Cour expliqua que « contrairement à la séparation de corps, [le divorce] constitue une procédure maîtresse devant conduire ultimement à la dissolution du lien matrimonial entre les parties [...] ». V. également Cour Suprême Montréal, 16 août 1994, *Droit de la famille* n° 2032, *R.J.Q.*, 1994, 2218 (un couple de belges avait émigré au Québec. Des difficultés professionnelles avaient créé une certaine tension au sein du couple, l'épouse retourna en Belgique où elle intenta une procédure en divorce, en demandant également la garde des enfants. L'époux contesta la compétence des tribunaux belges et demanda la séparation de corps au Québec. Constatant que les tribunaux belges étaient mieux placés pour connaître de la cause, la Cour surseoit à statuer sur base de l'article 3137 C. civ. Québec, acceptant donc que les deux procédures portaient sur des objets identiques. V. les commentaires critiques de S. HEYEUR, « Le droit de la famille en droit international privé », in *Développements récents en droit familial 2000*, Service de la formation permanente Barreau du

467. **L'objet des demandes, une source de difficultés (suite)** – L'affaire *In Any Events* soumise à la Cour d'Appel du Québec illustre bien les difficultés soulevées par la condition d'identité d'objet.<sup>2078</sup> En l'espèce, une société québécoise réclamait de son assureur des dommages et intérêts pour la perte d'une scène mobile détruite dans un accident. Dans le même temps, cette société avait assigné les locataires de la scène devant les tribunaux de Floride, lieu de l'accident, demandant réparation du dommage. Sur ces deux procédures se greffaient en outre divers recours en garantie. Dans les deux cas, le propriétaire de la scène cherchait à obtenir une indemnisation pour le même dommage, résultant d'une faute unique. La question de l'identité d'objet se posait toutefois car l'instance engagée au Québec portait en outre sur une substantielle indemnisation additionnelle, pour le dommage économique et le manque à gagner résultant de la perte de la scène.

La Cour se montra de bonne volonté et souligna qu'il n'était pas nécessaire d'exiger une identité absolue entre les objets des demandes.<sup>2079</sup> Elle fit à juste titre remarquer que la condition de l'objet serait "assez difficile à vérifier dans une situation internationale, parce qu'il est possible qu'une condition devant un tribunal comprenne implicitement celle recherchée devant un autre".<sup>2080</sup> En l'espèce la Cour conclut que l'incertitude régnant sur les deux procédures rendait impossible d'assimiler totalement leurs objets. Elle rejeta en conséquence l'exception de litispendance.<sup>2081</sup> Cette décision illustre non seulement la difficulté de la comparaison des objets d'instances engagées dans des juridictions différentes. Elle montre également que cette condition peut laisser subsister des procédures concurrentes qui se recoupent pour une grande partie, sans coïncider exactement.<sup>2082</sup>

Or, comme on l'a relevé, "[i]l est bien contestable de ne vouloir accueillir la litispendance internationale que si le jugement étranger paraît devoir être la copie de ce qu'aurait été le jugement français".<sup>2083</sup> Certes, on ne peut nier qu'une demande en divorce n'a pas le même objet qu'une demande en séparation de corps, puisque seule la première a pour enjeu la dissolution complète du lien conjugal. Faut-il pour autant refuser toute

---

Québec (ed.), Cowansville, Yvon Blais, 2000, (139), 146-148 (estime qu'il n'y a pas identité d'objet et donc pas lieu à sursis entre une action en divorce et une action en séparation de corps).

<sup>2078</sup> CA Québec, 19 mai 1999, *Stageline Mobile Stage, Inc. c. In Any Events, Inc.*, Montréal 500-09-007336-985, [1999] R.J.Q. 1344.

<sup>2079</sup> [1999] R.J.Q. 1344, 1352, § 35.

<sup>2080</sup> [1999] R.J.Q. 1344, 1352, § 35.

<sup>2081</sup> Cette conclusion fut sans doute facilitée par la circonstance que la Cour se montra d'autre part prête à accueillir le déclinatoire pour cause de *forum non conveniens*. V. également C. S. Montréal, *Opron, Inc. v. Aero Systems Engineering Inc.*, 11 février 1999, [1999] R.J.Q. 757 (Cour constate qu'il n'y a pas d'identité d'objet entre une demande de dommages et intérêts intentée au Minnesota et la requête visant à nommer un arbitre. La Cour constate qu'il « n'y a donc virtuellement aucune possibilité de jugements contradictoires »); C. Q. Montréal, 2 novembre 1999, *Sabril L.S. Corp. c. Asset Development Corp., J.E.*, 1999-2211 (pas d'identité d'objet entre une demande de compte pour services de confection de vêtements et une action en dommages et intérêts pour inexécution contractuelle); Cour Supérieure de Longueuil, 28 septembre 1998, *Barré c. J. J. MacKay Canada Ltée, J.E.*, 1999-27 (rejette l'exception de litispendance faute d'identité entre une demande de dommages et intérêts pour licenciement injustifié et une demande de dommages et intérêts pour rupture de contrat et concurrence déloyale).

<sup>2082</sup> Les difficultés relatives à l'identité objective sont quelque peu atténuées en droit québécois du fait de l'existence parallèle de deux exceptions, l'une portant sur la litispendance et l'autre sur le *forum non conveniens*. Les tribunaux – et les plaideurs – jouent souvent sur les deux tableaux et incorporent des raisonnements tirés du *forum non conveniens* lorsqu'ils examinent la litispendance, ce qui leur permet de passer outre les limites objectives de celle-ci.

<sup>2083</sup> H. GAUDEMET-TALLON, "La litispendance internationale dans la jurisprudence française", in *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, (122), 133.



possibilité de coordination entre deux procédures qui concernent en définitive le même couple en crise ? On reviendra sur cette question. Qu'il suffise à ce stade de constater que si une telle coordination était jugée nécessaire, il faudrait adopter une interprétation résolument extensive de la notion d'objet, qui aboutirait à en dénaturer la portée.

**468. La cause des demandes, une condition à l'origine de nombreuses difficultés** – Si l'exigence d'identité d'objet n'est pas d'une appréciation facile, que dire alors de l'identité de *cause*, un concept dont MM. *Solus* et *Perrot* expliquaient fort justement qu'il est "très malléable" et d'une "consonance métaphysique qui échappe à toute certitude".<sup>2084</sup>

Force est tout d'abord de constater qu'il n'existe pas de définition universellement acceptée de la 'cause' de la demande : alors que le droit positif français semble avoir adopté, à la suite de M. *Motulsky*, une conception purement factuelle, définissant la cause comme l'ensemble des faits allégués par les parties à l'appui de leurs prétentions,<sup>2085</sup> cette conception est décriée en doctrine.<sup>2086</sup> Le droit belge semble par contre en être resté à une conception mixte de la cause, entendue comme l'ensemble des faits allégués par les parties, tels qu'ils sont juridiquement qualifiés. A son tour cette conception est vigoureusement rejetée par un auteur comme M. *Fetwaëis*.<sup>2087</sup> En définitive la lecture des commentaires sur le sujet laisse une impression de désaccord profond. Ceci n'a pas empêché les tribunaux français d'exiger la présence d'une cause identique pour satisfaire les conditions de la litispendance. Et tout comme l'identité d'objet, celle de la cause se révèle être un obstacle difficile à franchir pour l'abstention internationale.

Si l'on s'en tient à une interprétation factuelle du concept, l'identité de cause ne se vérifiera que rarement.<sup>2088</sup> Il faudrait en effet pour qu'il y ait identité que coïncident les faits allégués par chacune des parties. Or celles-ci prendront soin de sélectionner parmi l'ensemble des faits ceux qui justifient les reproches adressés à l'adversaire, comme le montre la jurisprudence en matière de divorce international. La Cour de Colmar a par exemple jugé que les demandes en divorce présentées par chacun des époux devant des tribunaux différents n'avaient pas la même cause, car les griefs soulevés dans les deux espèces étaient différents.<sup>2089</sup> Cette décision a trouvé écho dans d'autres affaires.<sup>2090</sup>

<sup>2084</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *ac*, 65, n° 69.

<sup>2085</sup> *Idem*, 68, n° 71.

<sup>2086</sup> MM. *Solus* et *Perrot* expriment par exemple de "sérieuses réserves" (*ac*, 68, n° 71) et concluent que le système français est "inutilement dogmatique et artificiel par bien des aspects".

<sup>2087</sup> L'auteur embrasse l'enseignement de Motulsky et voit dans la cause "le complexe de faits générateurs de la prétention", le choix et l'application de la norme juridique étant étranger à la notion de cause, *ac*, 60-83, n° 55-63.

<sup>2088</sup> M. *Barbanck* pointe également du doigt « the existence of litigation in different countries that may follow different procedural rules and reflect different legal traditions [...] ». Il en déduit qu'il faut adopter une certaine « réserve ou modestie » lorsque l'on s'attache à déterminer le contenu des procédures parallèles (*lc*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 233).

<sup>2089</sup> Colmar, 19 février 1974, *D.*, 1974, somm. 134.

<sup>2090</sup> P. ex. Paris, 24 novembre 1977, *J.D.I.*, 1978, 306, note A. HUET ; *R.C.D.I.P.*, 1978, 527, note I.F. ; *Gaz. Pal.*, 1978, 1, 201, note Sarraute (une requête en divorce devant les tribunaux français n'a pas la même cause qu'une instance en divorce engagée auparavant en Suède, la requête française se fondant sur l'article 242 du Code civil (divorce pour faute) alors que la requête suédoise était fondée sur base d'une séparation des conjoints depuis au moins deux années) ; Lyon, 8 octobre 1980, cité par H. GAUDEMET-TALLON, *lc*, in *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, (122), 132 (la Cour d'Appel rejette l'exception de litispendance au motif que « les causes et les effets du divorce étant différentes en droit français et en droit tunisien, les instances engagées par l'un et l'autre époux pour obtenir le divorce en vertu respectivement de la loi française et de la loi tunisienne ne constituent pas un même litige »).

469. **La cause des demandes, une condition à l'origine de nombreuses difficultés (suite)** – Les difficultés ne sont pas moindre si l'on adopte une définition mixte de la cause, comme le montre une décision de la Cour de cassation belge dans un litige mettant en jeu l'exception de litispendance prévue par la Convention belgo-allemande.<sup>2091</sup> En l'espèce, deux citoyens allemands s'étaient établis en Belgique après leur mariage. L'épouse demanda le divorce en Belgique, ce à quoi l'époux répliqua qu'il avait déjà saisi les tribunaux allemands d'une demande similaire. Il demandait dès lors le bénéfice de l'exception de litispendance prévue par l'article 15 de la Convention belgo-allemande du 30 juin 1958.<sup>2092</sup> La Cour, avec l'appui du ministère public, définit la cause comme "le fondement juridique" de la demande.<sup>2093</sup> En l'espèce elle constata que les "demandes réciproques en divorce portent devant le juge des actions différentes; que la cause de la demande du mari et celle de la demande de la femme différent", pour en conclure au rejet de l'exception de litispendance.<sup>2094</sup> Le procureur général alla même plus loin : analysant les causes de divorce prévues par la loi, il nota que même lorsque les deux époux se fondent sur la même disposition, par exemple celle permettant le divorce pour faute de l'autre époux, la cause sera distincte et différente dans chacune des demandes lorsque chaque époux invoque l'adultère de l'autre. A ses yeux, "ce sont là des causes différentes"<sup>2095</sup> parce que "qualifiées de la même manière par la loi, elles ne sont pas le fait de la même personne". Il en conclut qu'entre époux, "la cause de la demande ne sera jamais la même".<sup>2096</sup>

Voilà, d'un trait de plume, une disposition conventionnelle approuvée par deux législateurs, privée d'une grande partie de son efficacité pour le contentieux conjugal! A suivre cette thèse, l'épouse trahie pourrait engager une nouvelle action en divorce à chaque fois que son époux volage la trompe! Malheureusement les juridictions du fond n'ont pas osé condamner un raisonnement dont on perçoit immédiatement l'absurdité. La Cour d'Appel de Bruxelles a ainsi considéré, dans une espèce mettant en jeu la même exception de litispendance, qu'une action en divorce fondée sur l'adultère d'un conjoint ne partageait pas une cause commune avec une autre instance engagée en Allemagne et fondée sur le trouble de la vie commune.<sup>2097</sup>

<sup>2091</sup> Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, 806, ccls. W. J. van der Meersch ; *Arr. Cass.*, 1972, 824 ; *R.W.*, 1972-73, 1667 ; *J.T.*, 1972, 501 ; *R.C.J.B.*, 1973, 233, note F. RIGAUX.

<sup>2092</sup> On remarquera que la Cour, suivant en cela son procureur-général (ccls. W. J. van der Meersch, *Pas.*, 1972, I, 810), prétend interpréter les termes de cette disposition selon leur signification juridique usuelle, c'est-à-dire en fait selon les conceptions du droit interne belge : *Pas.*, 1972, I, 819.

<sup>2093</sup> *Pas.*, 1972, I, 819.

<sup>2094</sup> *Pas.*, 1972, I, 819.

<sup>2095</sup> *Pas.*, I, 817.

<sup>2096</sup> *Pas.*, I, 817.

<sup>2097</sup> Bruxelles, 24 avril 1997, *R.T.D.F.*, 1997, 370 ; *J.L.M.B.*, 1998, 359. Selon la Cour, «[...] le trouble de la vie conjugale étant la 'cause' de la demande introduite devant le juge allemand par l'appelante, et l'adultère étant la 'cause' de la demande introduite par l'actuel intimé devant le juge belge, le premier juge a, à juste titre, considéré que les deux demandes avaient une cause différente [et] qu'il n'y avait pas litispendance [...]». *Comp.* toutefois Civ. Liège, 3 mai 2001, *Revue en ligne du barreau de Liège*, [www.barreaudeliège.be], visité le 17 avril 2002 (instances concurrentes en divorce engagée en France et en Belgique, toutes deux pour faute du conjoint. Le tribunal décide qu'il y a identité de parties, d'objet et de causes).

Cette jurisprudence connut un écho au Luxembourg, v. Luxembourg, 7 novembre 1991, n° 529/91, citée par F. SCHOCKWEILER, *Les conflits de lois et les conflits de de juridictions en droit international privé luxembourgeois*, par J.-CL. WITVINUS, Luxembourg, éd. P. Bauler, 1996, 171-172 (demandes en séparation de corps présentées par les deux époux devant des tribunaux différents n'ont pas la même cause si les griefs soulevés sont différents).

La même chose vaut pour la Suède, dans un litige où était soulevée l'exception de litispendance prévue par la convention helvético-suédoise, la Cour Suprême a rejeté l'exception à défaut d'identité entre les deux procédures,

Comme le note Mme. *Gaudemet-Tallon*, une telle interprétation “revient pratiquement à nier le principe même de la litispendance car les systèmes juridiques en présence seront toujours différents”.<sup>2098</sup> Les conséquences de cette jurisprudence sont pour le moins désastreuses. En règle générale, la décision d'un des tribunaux saisis prononçant le divorce des époux sera en effet reconnue dans le for concurrent sans que la différence de cause ne fasse obstacle à cette reconnaissance.<sup>2099</sup> Il s'en suit que le rejet de la litispendance impose au for de l'abstention de poursuivre une procédure qui pourrait bien se révéler vaine – produisant un gaspillage de ressources dont M. *Palsson* observa avec raison qu'il est contraire à l'économie de procédures.<sup>2100</sup>

## (II) LES LIMITES OBJECTIVES DE L'EXCEPTION DE LITISPENDANCE INTERNATIONALE EN DROIT ALLEMAND : LE 'STREITGEGENSTAND'

470. Un concept unitaire qui se décline en deux éléments – Les tribunaux allemands se sont, tout comme leurs collègues français, laissé inspiré par un concept issu du droit interne de la procédure pour définir les limites objectives de la litispendance internationale. En l'occurrence, c'est la notion de *Streitgegenstand* qui a eu les honneurs de la jurisprudence.<sup>2101</sup> Le concept de *Streitgegenstand* joue un rôle pivot dans de nombreux contextes, par exemple pour déterminer les limites de l'exception de chose jugée ou apprécier la possibilité de modifier une demande.<sup>2102</sup> Ceci explique sans doute que les commentateurs rivalisent d'érudition et de sagacité à son sujet, chacun y allant de sa théorie pour lui donner un contenu concret.<sup>2103</sup> Il semble que la Cour fédérale ait

---

les deux époux alléguant l'adultère dans le chef du conjoint (décision citée par L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S. L.*, 1970, 100-101).

<sup>2098</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *l.c.*, *Mélange Dominique Holleaux*, 133. De la même, *Juris-classeur Droit international*, Fasc. 547-10, p. 20, n° 108-111 et la conclusion que « ces solutions sont sans aucun doute condamnables car elles aboutissent en réalité à nier toute possibilité de litispendance internationale puisque les systèmes juridiques en présence seront toujours différents ».

<sup>2099</sup> Les manuels classiques de droit international privé restent trop souvent muets sur la question de la portée de l'exception de chose jugée étrangère, et en particulier le point de savoir si le crédit accordé à la décision étrangère est limité aux instances portant sur le même objet et la même cause. Le sujet a eu plus de succès dans la doctrine allemande, v. H. SCHACK, 1996, 353 e.s. et les références citées *supra*, n° 353.

On notera toutefois que lorsque la reconnaissance des jugements étrangers est subordonnée à un contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine, comme c'est le cas en France (sur l'historique de cette condition, v. E. PATAUT, *op. cit.*, Paris, LGDJ, 1999, 337-386), la jurisprudence tempère les rigueurs de ce contrôle par le biais de la notion d'équivalence substantielle entre la loi effectivement appliquée par le juge étranger et celle qui aurait été compétente selon les règles de conflit du for. Les tribunaux français acceptent ainsi de reconnaître les divorces prononcés à l'étranger en application de la loi locale au motif de l'équivalence entre la cause de divorce retenue et celle prévue par la loi française (p. ex. Trib. Civ. Seine, 4 novembre 1954, *J.D.I.*, 1955, 650, note Ponsard ; *R.C.D.I.P.*, 1956, 690, note Y. Loussouarn). La souplesse des tribunaux français contraste avec la rigueur de ces mêmes tribunaux lorsque la question se pose au stade de la litispendance. Elle s'explique sans doute par la pression de l'impératif de reconnaissance d'une décision ayant constitué des droits acquis, comme l'explique M. *Audit* (1997, 395, n° 464) ainsi que par le sentiment du caractère quelque peu suranné de la condition (mais v. l'intéressante tentative de réhabilitation par E. PATAUT, *op. cit.*, 1999, 418-438).

<sup>2100</sup> L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S. L.*, 1970, 102-103.

<sup>2101</sup> Paradoxalement le Code de Procédure civile n'utilise pas le concept de 'Streitgegenstand' pour définir les limites de la litispendance interne, v. § 261 ZPO qui évoque le concept de 'Streitsache' et celui d'Anspruch'.

<sup>2102</sup> L. ROSENBERG et K. H. SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1986, 564-565.

<sup>2103</sup> Deux auteurs se partagent les honneurs et peuvent revendiquer la paternité d'une des théories dominantes. Ils y ont d'ailleurs tous les deux consacré leur thèse. Il y a d'une part le procéduraliste K. H. SCHWAB (cf. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Berlin/München, Beck, 1954, 200 p. V. du même également, "Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess", *JuS*, 1965, 81-86) et d'autre part le comparatiste bien connu W. J. HABSCHEID (*Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Bielefeld, Dr. Heimat-Verlag, 1956, 328 p. et plus récemment : « Die neuere Entwicklung der Lehre vom Streitgegenstand »,

consacré une double définition qui voit dans l'objet du litige l'ensemble des faits allégués par le demandeur ('Sachverhalt', 'Lebensvorgang' ou encore 'Tatsachenkomplex') et d'autre part les prétentions qu'il exprime ('Antrag'), c'est-à-dire ce qu'il cherche à obtenir.<sup>2104</sup>

Alors que le concept utilisé, que l'on peut traduire littéralement par 'objet du litige', laissait penser que les limites objectives de l'instance seraient appréhendées de façon unitaire, la définition retenue par la Cour réintroduit une double exigence fort proche de celle qui prévaut en droit français. La démarche n'est pas unique. On la retrouve par exemple en droit suisse : bien que l'article 9 de la loi sur le droit international privé se contente d'exiger que les actions aient le même 'objet' ('Gegenstand' en allemand), la doctrine et la jurisprudence expliquent qu'il y a lieu de distinguer deux éléments constitutifs de l'objet, à savoir d'une part l'ensemble des faits allégués à l'appui de la demande et d'autre part les prétentions juridiques invoquées par les parties.<sup>2105</sup>

**471. Disparition de l'exigence de la 'cause' et plus grande coordination** – Si les tribunaux allemands (et suisses) s'en tiennent à une double exigence, elle se révèle toutefois plus souple que la traditionnelle distinction entre *objet* et *cause* de la demande. On se félicitera en particulier de la référence au concept de 'Lebensachverhalt', qui vise l'ensemble des circonstances de faits à la base de l'action. S'agissant d'un concept essentiellement factuel, son application pratique devrait soulever moins de difficultés que l'interprétation du concept quasi-métaphysique de 'cause'.<sup>2106</sup>

---

*Festschrift für K. H. Schwab zum 70. Geburtstag*, P. GOTTWALD et H. PRÜTTING (éds.), München, Beck, 1990, 181-195). En général pour un aperçu des diverses théories, v. E. BEYS, *Z.Z.P.*, 1992, 145 e.s.

<sup>2104</sup> V. surtout BGH, 19 février 1953, *BGHZ*, 9, 22 et les autres références citées par S. BURCKHARDT, *Internationale Rechtshängigkeit und Verfahrensstruktur bei Einbeurteilungen* Thèse Heidelberg, s.n., s.l., 1997, 33, note 161.

M. Schwab défend une définition plus synthétique du 'Streitgegenstand', qu'il réduit à l'*Antrag* ou plus précisément à « das Begehren der im Klageantrag bezeichneten Entscheidung », L. ROSENBERG et K.H. SCHWAB, *o.c.*, 1986, 569, c'est-à-dire l'objet poursuivi par le demandeur, en faisant abstraction du complexe factuel sur lequel celui-ci est basé (p. 567-568). Il reconnaît cependant que d'autres théories ont été développées et ont les faveurs d'autres auteurs. Sur la conception de M. SCHWAB, v. G. LÜKE, « Zur Streitgegenstandslehre Schwabs – eine Zivilprozessuale Retrospektive », in *Festschrift für K. H. Schwab zum 70. Geburtstag*, P. GOTTWALD et H. PRÜTTING (éds.), München, Beck, 1990, 309-320.

<sup>2105</sup> La doctrine explique que le concept d'objet doit se comprendre dans le contexte de la jurisprudence antérieure qui faisait du 'Streitgegenstand' une condition de la litispendance, p. ex. S. BERTI, « Artikel 9 », in *Internationales Privatrecht*, H. HONSELL et al (éds.), Bale, Helbing & Lichtenhahn, 1996, 86-87 (selon qui « Die Klage im Ausland muss den identischen Streitgegenstand wie die Klage im Inland haben ») ; I. SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 1990, Dilke Verlag, St Gallen, 314, n° 672 ; G. WALTER, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, Bern, Verlag Paul Haupt, 1997, 448 ; WITTIBSCHLAGER, 1994, 79. Le message du gouvernement fédéral du 10 novembre 1982 accompagnant le projet de codification évoquait d'ailleurs à propos de la condition d'identité une 'gleiche Streitsache', (p. 42). Or le Tribunal fédéral avait fait reposer la notion d'objet sur deux éléments, le 'Tatsachen' et le 'Rechtsschutzbegehren'. Selon le Tribunal, il y avait identité « wenn die Parteien des Vorprozesses dem Richter den gleichen Anspruch aus dem gleichen Entstehungsgrund erneut zur Beurteilung unterbreiten ». (ATF 97 II 396). V. également ATF 112 II 72 qui définit l'identité « wenn der Anspruch dem Richter aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf den gleichen Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird ». Autre définition du Streitgegenstand : ATF 123 III 19 (« Der Begriff der Anspruchsidentität [...] wird durch die Rechtsbehauptungen bestimmt, die von den im abgeschlossenen Verfahren gestellten und beurteilten Begehren erfasst werden. La question de l'identité des litiges est considérée comme relevant du droit fédéral, sur la controverse qui a précédé l'adoption de la LFDIP, v. WITTIBSCHLAGER, 1994, 79-80 et O. VOGEL, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, Bern, Stämpfli, 1997, 105-106. Tout comme en droit allemand, il n'y a pas en droit suisse unanimité sur la portée exacte du concept de 'Streitgegenstand', v. les différentes théories présentées par O. VOGEL, *o.c.*, 1997, 204-205.

<sup>2106</sup> Si la référence au concept de cause est également absente du droit suisse, cela n'a pas empêché un auteur de la réintroduire par le biais de l'interprétation du concept d'objet. M. Dutoit explique en effet que l'identité d'objet « implique la présence de conclusions identiques fondées sur les mêmes faits et la même cause juridique », *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle, Helbing & Lichteahn, 1996, art. 9, n° 2. Cet auteur conclut d'ailleurs que l'article 9 ne saurait être invoqué à défaut « d'identité formelle entre les deux demandes ».

La disparition du concept de 'cause' a certainement un effet appréciable sur la coordination des procédures de divorce. On a vu que les tribunaux français pouvaient se montrer formalistes au point de refuser le bénéfice de la litispendance à une procédure de divorce engagée antérieurement à la procédure française lorsque le fondement invoqué à l'appui des demandes n'était pas identique (*supra*, n° 466). Débarrassé de l'encombrant héritage de la 'cause', la jurisprudence allemande a pu adopter une position plus souple sur cette question.

La Cour fédérale allemande a ainsi imposé le respect de la litispendance pour mettre fin aux doubles procédures de divorce sans s'arrêter au détail des griefs invoqués par les époux. Dans une espèce qui mettait aux prises un couple germano-helvétique, l'époux avait demandé le divorce devant les tribunaux de Cologne, alors que l'épouse avait déjà porté une demande similaire à la connaissance des tribunaux suisses.<sup>2107</sup> La Cour a accepté qu'en l'espèce il y avait identité entre les procédures, en notant notamment que "tant dans la procédure engagée dans le canton de Zug que dans la procédure allemande, il y va de la même manière du divorce des parties". Et la Cour de poursuivre en expliquant que « le mariage ne peut être dissout que de manière uniforme ».<sup>2108</sup> Ce faisant la Cour invite les tribunaux à procéder à une appréciation globale de l'identité des litiges en cause, sans s'appesantir sur la formulation exacte des demandes.<sup>2109</sup>

Les tribunaux du fond ont suivi la voie tracée par la haute Cour et se montrent prêts à accepter l'identité entre deux actions en divorce même si les griefs invoqués par les époux sont différents.<sup>2110</sup>

<sup>2107</sup> BGH, 18 mars 1987, *N.J.W.*, 1987, 3083, note R. GEIMER ; *FamRZ.*, 1987, 580, note P. GOTTWALD ; *IPRax*, 1989, 104, note K. SIEHR.

<sup>2108</sup> "In dem Verfahren vor dem Kantonsgericht Zug und dem vorliegenden Verfahren geht es in gleicher Weise um die Scheidung der Ehe der Parteien. Der Ehe kann nur einheitlich geschieden werden".

<sup>2109</sup> V. également OLG Frankfurt, 5 juillet 1988, *N.J.W.*, 1989, 671 ; *IPRspr.*, 1988, 397, n° 180 (la Cour accepte l'autorité de chose jugée d'une décision turque rejetant une demande en divorce. Selon la Cour cette décision s'oppose à la nouvelle demande en divorce formulée par l'épouse parce que celle-ci porte sur le même objet) ; OLG Hamburg, 3 juillet 1990, *IPRax*, 1992, 38, note T. RAUSCHER ; *IPRspr.*, 1990, 378, n° 191 (rejette l'exception de litispendance invoquée en faveur d'une procédure en divorce intentée en Yougoslavie, mais note toutefois que l'objet des deux demandes est identique, deux procédures en divorce ont le même Streitgegenstand) ; AG Tübingen, 5 octobre 1990, *IPRax*, 1992, 50 (résumé) ; *IPRspr.*, 1990, 386, n° 192 (accepte l'identité d'objet entre des demandes en divorce en France et en Allemagne).

<sup>2110</sup> P. ex. OLG Düsseldorf, 20 mars 1985, *IPRax*, 1986, 29 (accepte l'exception de litispendance en faveur d'une procédure en divorce intentée antérieurement en Turquie par l'époux, qui souhaitait le divorce aux torts de son épouse. Le jugement ne permet pas de dire de quelle nature était la procédure de cette dernière. La Cour observe toutefois que le cas d'espèce peut être distingué de celui tranché par l'OLG de Karlsruhe (*infra*), car celui-ci mettait en jeu deux procédures de nature différente). V. également AG Landsuhl, 7 février 1994, *IPRax*, 1995, 108 et obs. W. HAU, « Rechtshängigkeitssperre durch paralleles Scheidungsverfahren in Tennessee », *IPRax*, 1995, 80-82 (tribunal accepte, au moins implicitement, qu'il y a identité entre une demande en divorce formulée par l'épouse en Allemagne et une demande similaire introduite par l'époux au Tennessee) ; OLG Celle, 21 octobre 1992, *IPRax*, 1994, 209 (et la note de T. RAUSCHER, pp. 188-191) ; *N.J.W.-RR*, 1993, 1413 ; *FamRZ.*, 1993, 439 ; *IPRspr.*, 1992, 481, n° 213 (OLG refuse l'exception de litispendance invoquée en faveur d'une procédure en divorce entamée antérieurement en Belgique, mais constate toutefois qu'il y a identité entre les objets des litiges, sans préciser plus avant quels étaient les griefs invoqués par les deux époux. En l'espèce la Cour justifie le refus de la litispendance en notant le défaut de compétence indirecte dans le chef du tribunal belge) ; OLG Stuttgart, 10 décembre 1991, *IPRspr.*, 1991, 409, n° 198 (accepte sans autre motivation l'identité entre deux procédures de divorce en France et en Allemagne) ; OLG München, 26 juin 1991, *IPRax*, 1992, 174, note H. Linke ; *FamRZ.*, 1992, 73 ; *IPRspr.*, 1991, 394, n° 194 (litispendance entre une demande formulée par l'épouse en paiement d'une pension alimentaire pour le fils et la même demande en cours en Pologne dans le cadre d'une procédure en divorce) ; KG Berlin, 21 décembre 1993, *FamRZ.*, 1995, 1074 ; *IPRspr.*, 1994, 356, n° 157 (accepte l'identité d'objet entre une procédure en divorce en Belgique et une en Allemagne).

Cette jurisprudence, plus flexible, permet d'accueillir la litispendance lorsque les demandes concurrentes diffèrent sur des points de détail. La Cour Supérieure de Jena a ainsi dans une affaire tranchée en 1998 accepté de surseoir à statuer en raison de la saisine antérieure d'un tribunal hongrois.<sup>2111</sup> En l'espèce l'époux avait demandé le divorce en Hongrie. La Cour constata que les deux procédures étaient l'oeuvre de deux parties différentes, mais que ceci ne signifiait pas qu'il n'y avait pas identité entre les deux causes puisqu'un "même mariage ne peut être dissout qu'une fois".<sup>2112</sup> Ce faisant la Cour reconnaissait implicitement qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter aux griefs invoqués par les époux.<sup>2113</sup>

Si la jurisprudence suisse n'a pas encore eu l'occasion de donner forme à la condition d'objet prévue par l'article 9 de la loi fédérale, on peut penser que les tribunaux se montreront tout aussi disposés que leurs collègues allemands à dépasser la simple forme des demandes pour ne retenir que leur substance. La jurisprudence antérieure du Tribunal Fédéral, dont on s'accorde à dire qu'elle reste d'actualité,<sup>2114</sup> était d'ailleurs établie en ce sens. Le Tribunal Fédéral avait enjoint les juridictions suisses à ne pas avoir égard au simple libellé des actions pour déterminer si elles partageaient le même *Streitgegenstand*.<sup>2115</sup>

Une première décision a d'ailleurs donné suite à cette invitation en accueillant l'exception de litispendance en faveur d'une procédure de divorce engagée en Yougoslavie, mettant fin à une procédure parallèle de divorce pendante en Suisse.<sup>2116</sup>

**472. Identité des prétentions dans la jurisprudence allemande – le cas des demandes déclaratoires** – L'absence d'exigence d'identité de cause confère à la litispendance internationale en droit allemand un champ d'application sensiblement plus étendu que celui qui lui est attribué par les tribunaux français. Il demeure que l'exception

<sup>2111</sup> OLG Jena, 20 octobre 1998, *FamRZ.*, 1999, 1211 ; *IPRspr.*, 1998, 352, n° 179.

<sup>2112</sup> *IPRspr.*, 1998, n° 179, p. 352 : "eine Ehe nur einheitlich geschieden werden kann".

<sup>2113</sup> V. également BGH, 12 février 1992, *FamRZ.*, 1992, 1058 ; *N.J.W.-RR.*, 1992, 642 ; *IPRax.*, 1994, 40, note H. LINKE ; *IPRspr.*, 1992, 476, n° 211 (examine une exception de litispendance en faveur d'une requête en divorce dont ont connaissance les tribunaux français et constate qu'il y a identité d'objet et de parties. Le BGH ajoute : « Daß jeweils ein anderer Ehegatte des Verfahren eingeleitet hat, ist unbeachtlich, da die Ehe nur einheitlich geschieden werden kann ») ; OLG Stuttgart, 10 décembre 1991, *IPRspr.*, 1991, 409, n° 198 (accepte sans autre motivation l'identité entre deux procédures de divorce en France et en Allemagne) ; OLG München, 26 juin 1991, *IPRax.*, 1992, 174, note H. Linke ; *FamRZ.*, 1992, 73 ; *IPRspr.*, 1991, 394, n° 194 (litispendance entre une demande formulée par l'épouse en paiement d'une pension alimentaire pour le fils et la même demande en cours en Pologne dans le cadre d'une procédure en divorce) ; KG Berlin, 21 décembre 1993, *FamRZ.*, 1995, 1074 ; *IPRspr.*, 1994, 356, n° 157 (accepte l'identité d'objet entre une procédure en divorce en Belgique et une en Allemagne). V. déjà BGH, 26 octobre 1960, *N.J.W.*, 1961, 124 (accepte implicitement qu'il y a identité entre une procédure en divorce en Angleterre et une autre en Allemagne, même si en l'espèce l'exception est rejetée en raison de la suspension illimitée de la procédure anglaise). *Comp* OLG Karlsruhe, 21 décembre 1990, *IPRax.*, 1992, 171, note SONNENBERGER ; *IPRspr.*, 1990, 397, n° 196 (Pour déterminer laquelle des deux procédures, allemande ou française, a été initiée en premier, la Cour constate que la procédure en divorce française a été précédée d'une tentative de conciliation, mais qu'il ne faut pas tenir compte de cette procédure annexe car elle n'a pas le même objet que la procédure allemande visant à obtenir le divorce).

<sup>2114</sup> En ce sens, O. VOGEL, "Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft in internationalem Verhältnis", *S.J.Z.*, 1990, (77), 81.

<sup>2115</sup> TF, 7 décembre 1971, ATF 97 II 390, 396 : « Der blosse Wortlaut der Rechtsbegehren ist nicht entscheidend. Massgebend ist vielmehr, ob auch dieselben Tatsachen und rechtlich erheblichen Umstände, mit denen der Kläger den Anspruch begründet, schon im Vorprozess zum Klagegrund gehörten ». V. aussi TF, 15 janvier 1997, ATF 123 III 16, 19 : « Der Begriff der Anspruchsidentität ist nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen [...]. Der neue Anspruch ist deshalb nicht verschieden, wenn er in diesem bereits enthalten war, wenn im neuen Verfahren bloss das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt wird [...]. »

<sup>2116</sup> Obergericht Zürich, 10 mai 1990, *Blätter Züricher Rechtsprechung*, 1990, 198, n° 87 et les observations de A. BUCHER, *R.S.D.I.E.*, 1992, 185 En l'espèce la Cour n'a pas abordé expressément la question de l'identité d'objet.

de litispendance ne sera accueillie que si les conséquences juridiques de l'accueil des demandes – concept désigné de manière lapidaire par le terme 'Antrag' – sont identiques. On peut y voir à peu de chose près le pendant de la condition d'objet en droit français, à savoir les prétentions exprimées par les parties. L'application de cette condition conduit à restreindre singulièrement la portée de la litispendance allemande.

La jurisprudence prend ainsi appui sur l'exigence d'identité des prétentions pour refuser de considérer comme concurrentes une demande de divorce et une demande de dissolution du mariage ('*Eheaufhebung*'). Dans une espèce tranchée par la Cour d'Appel de Karlsruhe par exemple, le couple vivait à Strasbourg où le mari avait demandé le divorce.<sup>2117</sup> L'épouse demanda ensuite la dissolution ('*Eheaufhebung*') du mariage devant les tribunaux de Karlsruhe, où elle avait déménagé. La Cour refusa de donner suite à l'exception de litispendance invoquée par l'époux, en observant que les demandes n'étaient pas identiques.<sup>2118</sup> On constate la même rigueur lorsque l'une des procédures vise à obtenir la simple séparation de corps : les tribunaux refusent d'accepter l'identité avec une procédure en divorce.<sup>2119</sup>

Avant que l'exception de litispendance ne soit codifiée, les tribunaux suisses avaient pareillement décidé que l'action en séparation de corps ouverte dans un pays étranger ne fondait pas l'exception de litispendance à l'encontre d'une action en divorce engagée en Suisse.<sup>2120</sup>

**473. Identité des prétentions dans la jurisprudence allemande – le cas des demandes déclaratoires (suite)** – C'est sans doute la jurisprudence relative aux actions déclaratoires qui illustre le mieux les limites qu'imposent à la litispendance l'exigence d'identité des prétentions. La jurisprudence est sans appel : elle refuse d'accepter qu'il y a identité d'objet entre une procédure condamnatoire et une autre visant à obtenir une simple déclaration. Ainsi l'existence d'une action déclaratoire engagée antérieurement dans un for étranger ne sera pas de nature à empêcher l'introduction d'une nouvelle action en Allemagne lorsque celle-ci tend à obtenir un remède positif.<sup>2121</sup>

<sup>2117</sup> OLG Karlsruhe, *IPRax*, 1985, 36 et les observations de P. SCHLOSSER, p. 16 ; *IPRspr.*, 1984, 165.

<sup>2118</sup> "Die Streitgegenstände einer Ehescheidung- und einer Eheaufhebungsklage sind verschieden, so daß der Einwand der Rechtshängigkeit ausscheidet". La Cour semble avoir été conduite par le souci de permettre à l'épouse de pouvoir invoquer les conséquences de la dissolution du mariage et d'exclure celles du divorce, elle y décèle un intérêt spécifique dans le chef de l'épouse. V. aussi OLG Karlsruhe, 22 avril 1993, *FamRZ.*, 1994, 47 ; *IPRspr.*, 1993, 361, n° 163 (pas d'identité entre une demande en divorce en Allemagne et une demande en annulation du mariage aux Etats-Unis. La Cour constate que cette dernière demande se rapproche plus d'une *Aufhebungs-klage* que d'une *Nichtigkeitsklage* et que la première doit céder la place à une véritable demande en divorce, mais la Cour laisse ouverte la possibilité d'un sursis à statuer sur la base du § 148 ZPO) et OLG Düsseldorf, 20 mars 1985, *IPRax*, 1986, 29.

<sup>2119</sup> AG Siegburg, 11 juin 1996, *N.J.W.-RR.*, 1997, 388 ; *FamRZ.*, 1997, 503 ; *IPRspr.*, 1996, 405, n° 170 (refuse la litispendance avec une demande antérieure de séparation de corps en Italie car « Das Trennungsverfahren (demande en séparation de corps) nach italienischem Recht hat einen völlig anderen Zweck als ein Scheidungsverfahren. Es dient lediglich dazu, die Voraussetzungen für ein späteres Scheidungsverfahren zu schaffen, die nach deutschem Recht in dieser Form nicht erforderlich sind »). Dans le même sens, OLG Frankfurt aM, *FamRZ.*, 1975, 632 (France) et KG, *N.J.W.*, 1983, 2326 (Italie).

<sup>2120</sup> V. TF, ATF 65 II 177, *J.d.T.*, 1939, I, 418 ; *S.J.*, 1940, 572 (action en séparation de corps en Italie, le tribunal fédéral accepte le principe de la litispendance, mais rejete l'exception en l'espèce pour défaut d'identité d'objet) ; ATF, 109 II 80 ; *S.J.*, 1984, 329 (action en séparation de corps en Italie et action en divorce en Suisse n'ont pas le même objet). V. les observations de Reymond, *L'exception de litispendance*, 199, qui approuve cette jurisprudence et ce afin d'éviter de priver un des époux de la sanction judiciaire de ses droits.

<sup>2121</sup> V. OLG Köln, *VersR.*, 1973, (1065), 1066.

Cette jurisprudence s'explique en réalité par la méfiance avec laquelle sont traditionnellement perçues les actions déclaratoires, que l'on soupçonne de créer des litiges virtuels ou hypothétiques, voire de constituer des manœuvres abusives.<sup>2122</sup> Cette méfiance explique pourquoi les tribunaux accueillent l'exception de litispendance lorsque le juge allemand est saisi d'une demande déclaratoire alors qu'une action condamnatoire a été engagée antérieurement devant un juge étranger.<sup>2123</sup> Dans ce cas, on aurait pu penser que le for garderait la maîtrise de sa procédure puisque les deux demandes sont réputées avoir un objet différent. L'accueil de l'exception de litispendance dans cette situation particulière révèle bien qu'au-delà de l'argument de l'identité des actions, les tribunaux raisonnent en termes de '*Feststellungsinteresse*' : la demande déclaratoire perd sa raison d'être lorsque ultérieurement une des parties engage une procédure condamnatoire. Celle-ci clarifiera la relation entre parties, de sorte que le demandeur n'a plus de raison de craindre l'incertitude sur cette question. Ce schéma est exporté, non sans mal,<sup>2124</sup> dans le contentieux international privé. Le résultat s'explique dès lors tant en termes d'identité d'objet, que d'intérêt dans le chef du demandeur.

Le droit suisse soumet les actions déclaratoires au même régime. Avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le droit international privé, le tribunal fédéral avait ainsi décidé que "quand la première action tend à faire constater l'inexistence d'un droit et la seconde à faire condamner le défendeur à fournir une prestation, cette exception [de litispendance] manque en droit faute d'identité entre les deux actions".<sup>2125</sup> En l'espèce un débiteur avait saisi les tribunaux allemands d'une action en déclaration de non-existence d'une dette. Le créancier réclama ensuite le paiement de la somme due devant les tribunaux suisses. Le débiteur ne pu empêcher l'action sur base de la litispendance.<sup>2126</sup>

<sup>2122</sup> En droit interne allemand, le législateur a d'ailleurs soumis l'action déclaratoire à un régime particulier. En sus des conditions générales de recevabilité, le demandeur devra selon le § 256 ZPO démontrer qu'il possède un intérêt particulier à obtenir un jugement déclaratoire, le *Feststellungsinteresse*. Cet intérêt n'est réputé exister que lorsque règne une incertitude sur la nature exacte des relations entre parties. Selon le § 256, "(1) Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung ihrer Unechtheit kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde". En droit suisse, la plupart des codes cantonaux de procédure civile exigent également que le demandeur fasse montre d'un intérêt légitime et pertinent. Selon le Tribunal fédéral, cet intérêt n'existe que lorsqu'il existe une incertitude sur la relation juridique entre les parties, et que cette incertitude représente une contrainte ou une limitation déraisonnable des droits du demandeur, TF, 7 mars 1994, ATF, 120 II 20, 22 V. aussi B. BODMER, *Die allgemeine Feststellungsklage im schweizerischen Privatrecht*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1984, 123 p., spéc. pp. 50 e.s. ainsi que P. WIDMER et B. MAURENBRECHER, "What's Negative about Negative Declarations", in *The International Practice of Law Liber Amicorum for T. Bär and R. Karrer*, P. VOGT (éd.), Bâle, Helbing und Lichtenhan, 1998, (263), 266-268.

<sup>2123</sup> LG Hamburg, *IPRspr.*, 1976, n° 160 (procédure en Floride).

<sup>2124</sup> M. Schack explique en effet qu'en matière de contentieux international, il faut se garder de raisonner selon les termes du Code de procédure civile allemand. Si celui-ci prévoit un régime plus strict pour les actions déclaratoires, il permet en effet également au demandeur dont l'action déclaratoire s'est vue 'rattrapée' par une demande ultérieure, de former une demande reconventionnelle déclaratoire ('Feststellungswiderklage', § 256-II ZPO), lorsqu'il estime nécessaire que le tribunal se prononce par voie déclaratoire : « Bis zum Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klageantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde ». Rien ne garantit que la procédure étrangère qui a vu naître l'action condamnatoire donner une même possibilité au demandeur (H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, München, Beck, 2001, 32, n° 53).

<sup>2125</sup> TF, 30 octobre 1979, ATF 105 II 229, 233 ; *J.d.T.*, 1980, I, 280.

<sup>2126</sup> La Convention germano-helvétique du 2 novembre 1929 ne prévoyait pas expressément d'exception de litispendance. Le Tribunal décida toutefois que dans ce cas, il fallait faire application de l'exception de litispendance de droit commun, pour éviter les conflits de décisions car la Convention prévoyait la reconnaissance de plein droit - le tribunal fédéral cite l'opinion de B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976,



Cette jurisprudence n'a, semble-t-il, pas encore été confirmée sous l'empire de la nouvelle loi. On s'accorde toutefois pour dire que les tribunaux continueront à soumettre les actions déclaratoires à ce régime plus strict.<sup>2127</sup> On en s'étonnera dès lors pas de constater que l'Allemagne et l'Autriche ont suggéré, lors des récents travaux de révision de la Convention de Bruxelles, de 'neutraliser' l'effet de la litispendance européenne à l'égard des actions dénégatoires.<sup>2128</sup>

### (III) REJET DES CONCEPTIONS DÉRIVÉES

474. **Introduction** - Tant en France qu'en Allemagne, les tribunaux se sont laissés inspirés par les conceptions en vigueur en droit interne pour donner forme à l'exigence d'identité objective entre procédures.<sup>2129</sup> Au terme de cet aperçu, on peut conclure que les résultats sont dans l'ensemble décevants et inutilement compliqués. L'abondance de jurisprudence et de commentaires sur cette question confirme le malaise général qui règne sur la question des limites exactes de l'identité objective.

L'examen a montré que les droits nationaux ont adopté des points de référence différents pour définir le dénominateur commun qui sert de base à la comparaison des procédures concurrentes. Si cette diversité ne présage rien de bon pour d'éventuelles tentatives d'unification, les concepts utilisés n'en posent pas moins problème au sein même des pratiques nationales.

La conception *française* qui lie les limites de la litispendance à l'objet et la cause des demandes est sans doute la plus *néfaste*. L'importation dans le contentieux international de la distinction tripartite entre objet, cause et parties, développée pour les besoins de l'exception de chose jugée en droit interne, fait fi des différences qui séparent les deux

(295), 303 et 307 en ce sens. V. les commentaires approuvés de J.-M. REYMOND, *op. cit.*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 221, qui remarque toutefois que la majorité des commentateurs critiquent cette décision, p. 219-221.

Dans une autre espèce, le tribunal fédéral a décidé qu'il n'y avait pas identité lorsqu'une partie revendiquait la propriété d'un bien et que l'autre se prévalait d'un droit de gage sur le même bien (TF, 20 novembre 1958, ATF 84 I 225, il ne s'agissait pas d'une question de litispendance).

<sup>2127</sup> B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1997, ad. art. 9, n° 2 ; Y. DONZALLAS, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Berne, Staempfli, I, 1996, 548, n° 1453 ; S. WITTIBSCHLAGER, 1994, 83 ; P. WIDMER et B. MAURENBRECHER, *l.c.*, in *The International Practice of Law Liber Amicorum for T. Bär and R. Karer*, P. VOGT (éd.), Bâle, Helbing und Lichtenhan, 1998, (263), 267. M. Buber explique lui aussi que l'article 9 semble s'inspirer d'une notion étroite, qui n'accepte l'identité des demandes que si celles-ci portent sur les mêmes prétentions, fondées sur le même état de fait. Il exprime toutefois le vœux que les tribunaux suisses assouplissent les conditions de la litispendance, dans le souci d'éviter des procédures parallèles. M. Buber ajoute qu'un tel assouplissement est d'autant plus nécessaire que la loi fédérale sur le droit international privé ne prévoit pas de déclinatoire de connexité (1998, 105, n° 298). Cette observation pourrait tout aussi bien être faite à l'égard du projet belge de code de droit international privé, cf. *infra*, n° 475.

<sup>2128</sup> Dans une proposition soumise les 7-11 décembre 1998 au 'Groupe de révision des Conventions de Bruxelles et de Lugano' (Document JUSTCIV 141, 14377/98), les délégations allemande et autrichienne proposaient d'ajouter une nouvelle phrase au premier alinéa de l'article 21, selon laquelle « Une demande qui vise à faire constater l'absence d'obligation ou de contrat n'a pas le même objet et la même cause qu'une demande formée ultérieurement qui vise à obtenir l'exécution de l'obligation ou du contrat ». Sur cette proposition, v. K. OTTE, H. PRÜTTING et H. DEDEK, "The GROTIUS Program: Proposals for Amending Article 21 and 22 of the Brussels Convention", *Eur. Rev. Private L.*, 2000, (257), 269.

<sup>2129</sup> Cette démarche est quasi-naturelle lorsque l'on se préoccupe de définir l'identité entre actions. Elle n'est pas le fait des seuls juridictions de tradition civile. M. Redish s'est également inspiré des trois modèles en vigueur en droit interne pour définir les limites du modèle de la 'tolérance zéro' qu'il a développé pour les conflits de procédures au sein de l'espace judiciaire américain. Il explique que « Each of these approaches seeks to determine the presence of parallelism through the incorporation by reference of different bodies of preexisting law » (M. REDISH, *l.c.*, *Notre Dame L. Rev.*, 2000, 1362-1367).

contextes. Si, dans l'ordre interne, les deux procédures répondront par hypothèse aux mêmes canons, dans les espèces internationales, elles emprunteront des formes et un vocabulaire nécessairement différent qui rendra difficile la comparaison sur base d'une conception purement nationale.<sup>2130</sup> Pour s'en tenir à la conception française, il peut s'avérer très difficile de repérer dans le système juridique étranger quel est l'objet et quelle est la cause de la demande.<sup>2131</sup>

La Cour d'Appel du Québec s'est fait l'écho de ces difficultés dans l'affaire *In Any Event* déjà évoquée (*supra*, n° 465). Se penchant sur la formulation adoptée par le législateur québécois, qui a substitué l'exigence d'une identité de 'faits' à celle d'identité de cause (*infra*, n° 475), la Cour expliqua que "[c]es modifications des critères de la litispendance s'expliquent par les difficultés propres à leur application en droit international privé. Dans un contexte international, il s'avère souvent difficile de constater tant l'identité des principes juridiques de base gouvernant le recours que celle des résultats que leur mise en oeuvre produirait. Destinée à permettre la reconnaissance de situations de litispendance internationale, l'introduction d'un critère d'identité de faits fondant la demande en justice, se justifie par la difficulté de satisfaire de façon complète à l'exigence d'identité de cause dans une situation internationale, où l'on doit prendre en compte les caractéristiques des systèmes juridiques souvent fortement différents dans leurs structures et dans leurs méthodes, si l'on y transposait intégralement les principes du droit procédural interne"<sup>2132</sup>.

**475. Une parenté trompeuse avec les doctrines internes** - Aux difficultés évoquées par la Cour d'Appel s'ajoute le lourd héritage qui encombre les notions de cause et d'objet puisées dans une tradition déjà ancienne. Ces notions ont été développées dans le cadre du procès interne, où elles remplissent diverses fonctions. On les retrouve ainsi lorsqu'il s'agit de délimiter les rôles respectifs du juge et des parties dans l'instance. Elles servent également de repères pour déterminer les limites de l'immutabilité du lien d'instance ainsi que la possibilité de cumuler plusieurs demandes. Elles jouent enfin un rôle décisif dans la délimitation de la portée de l'exception de chose jugée.<sup>2133</sup>

Dans tous ces contextes, la jurisprudence a dû se pencher sur l'interprétation des notions de cause et d'objet, en tenant compte des impératifs inhérents aux questions posées. Cette interprétation peut être large ou restrictive, selon les circonstances particulières et les nécessités de chaque question. Le risque est grand que les tribunaux se raccrochent presque instinctivement à cette interprétation lorsqu'ils rencontrent les mêmes notions dans le contentieux international. Or ce serait oublier l'originalité de la règle de coordination internationale.<sup>2134</sup> Les enjeux et la fonction même de la règle ne sont en effet pas nécessairement les mêmes.<sup>2135</sup>

<sup>2130</sup> M. Palsson faisait justement remarquer que ces difficultés se rencontrent également en matière de qualification (*Id.*, *Scand. S. L.*, 1970, (59), 100).

<sup>2131</sup> Que dire alors de la comparaison portant sur une procédure complexe du type de la *class action suit* américaine ! Il semble que raisonner en termes de cause et d'objet peut alors tourner au cauchemar. Pour une première approche de l'application d'une exception de litispendance de type européen à une telle procédure, v. I. ROMY, « Class actions américaines et droit international privé suisse », *A.J.P.*, 1999, (783-801), 794-795 ainsi que J. MARK, « Amerikanische Class Action und deutsches Zivilprozessrecht », *EuZW*, 1994, (238), 240-242.

<sup>2132</sup> CA Québec, 19 mai 1999, *Stageline Mobile Stage, Inc. c. In Any Events, Inc.*, Montréal 500-09-007336-985, [1999] R.J.Q. 1344, 1351.

<sup>2133</sup> Pour un exposé très clair de l'importance de la définition et du rôle de l'*objet du procès*, v. W. J. HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, Genève, Librairie de l'Université/Georg & Cie, 1975, 239-240.

<sup>2134</sup> Comme le fait remarquer A. BURCKHARDT, les différentes théories explicatives du concept de 'Streitgegenstand' ont toutes été développées avec en vue divers règles et mécanismes internes; on s'est peu préoccupé de

A dire vrai, le parallélisme n'est justifié qu'à l'égard de l'exception de chose jugée. La parenté entre chose jugée et litispendance a déjà été évoquée. Dans les deux cas, le juge de l'exception devra se livrer à une comparaison entre une procédure du for et une procédure étrangère pour déterminer le degré de déférence dont le for est prêt à témoigner à l'égard du juge étranger. Cette parenté justifie sans doute que les deux mécanismes connaissent les mêmes limites.

476. **Distinction équivoque entre cause et objet de la demande** - Il reste que rien n'interdit de penser que la distinction entre cause et objet est tout aussi désastreuse pour l'exception de chose jugée que pour l'exception de déférence. S'il semble légitime de vouloir maintenir un certain parallélisme entre les deux mécanismes,<sup>2136</sup> on peut leur assigner des limites définies sur une autre base que celles, purement formelles et d'une rare complexité, héritées du droit romain.

Force est en effet de constater que la référence aux concepts de cause et d'objet n'est pas exempte de controverse lorsqu'il s'agit de définir l'étendue de la chose jugée. M. Fetzweis écrivait par exemple que ces notions sont "impropres à définir les conditions d'existence de la chose jugée".<sup>2137</sup> D'autres commentateurs partagent le même sentiment.<sup>2138</sup>

M. Tomasin a sans doute été le plus loin dans la critique des concepts de cause et d'objet. A propos de la limitation de l'autorité de chose jugée aux demandes présentant les mêmes objets et causes, il écrivait que celle-ci aboutissait à "encourager les plaideurs à tenter leur chance dans un second procès fondé sur une cause différente, voire un objet différent"<sup>2139</sup> et que cette limitation rendait la tâche des tribunaux difficile "en les faisant s'arrêter sur l'examen pointilleux, délicat et souvent stérile de l'identité d'objet et de

---

l'influence sur la définition de l'objet du litige, des différences pouvant exister entre les règles auxquelles sont soumises les différentes procédures (ac, Heidelberg, 1997, 35).

<sup>2135</sup> En matière d'immutabilité du litige, c'est-à-dire de la possibilité pour le demandeur de modifier l'objet du litige en cours de procédure, on accepte que toute réglementation doit répondre d'une part au souci de respecter la liberté des parties d'organiser comme elles l'entendent la présentation de leur cause, et d'autre part également à la nécessité de garantir que l'adversaire soit en mesure de savoir rapidement ce qu'on lui reproche et pourquoi pour qu'il puisse organiser sa défense. A ces deux considérations s'ajoute ensuite un souci d'efficacité du système procédural : il faut veiller à ce que le débat s'engage rapidement au lieu de traîner en longueur (V. sur ces considérations, M. STORME et al., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, 90-91). On conviendra que ces objectifs de politique législative ne sont pas nécessairement ceux qu'il faut assigner au mécanisme de l'abstention.

<sup>2136</sup> V. toutefois les nuances *infra*, n° 705. Comme on l'a expliqué, apprécier l'objet du litige différemment selon que l'on invoque l'exception de litispendance ou l'exception de chose jugée ferait naître le risque "de dépouiller une partie de son droit d'action, de la priver de son droit de faire juger une question dont le premier juge ne pouvait sans doute même pas se saisir d'office [...]". (M.-L. NIBOYET-HOEGY, *l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-96, 82-83).

<sup>2137</sup> ac, 270, n° 361. Il parle même à cet égard de "vice de rédaction" qui affecterait l'article 23 C. Judiciaire (271, n° 361, note 4). V. aussi les explications de H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III-2, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>ème</sup> éd., 1967, 1006-1007, n° 960, qui écrivait à propos des conditions d'identité d'objet, de cause et de parties posées par l'article 1351, qu'elles ont « donné lieu à des discussions interminables et des controverses sans fin » et qui regrettait que le Code ait dissocié les conditions de cause et d'objet, ce qui avait contribué à obscurcir le débat. Il terminait en exhortant le lecteur à ne pas « dans la recherche de cette identité, user de trop de dialectique, se piper de mots, ou devenir l'esclave de notions complexes et obscures ».

<sup>2138</sup> H. SOLUS et R. PERROT, (ac, 70-71, n° 72), notent que la distinction entre les deux "se révèle à l'expérience très incertaine" et qu'il existe "une interpénétration à peu près inévitable entre l'objet et la cause de la demande". J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Montchrétien, Paris, 1991, 209-212, n° 285-290 écrit que "l'examen des notions de cause et d'objet soulève des discussions inépuisables en raison de l'impossibilité de leur donner une définition précise, du moins pour ce qui est de l'autorité de la chose jugée" (p. 209 n° 285) et propose de leur substituer l'identité de 'matière litigieuse'.

<sup>2139</sup> M. D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, 1975, (280 p.), 180, n° 237.

cause”<sup>2140</sup> L’auteur soulignait ensuite la “confusion” et les “contradictions”<sup>2141</sup> qui découlait de la référence à ces deux concepts dans la pratique judiciaire.<sup>2142</sup> A propos du contentieux du divorce, il expliquait ainsi que le “contenu de la notion de cause semble varier au gré de l’opportunité”,<sup>2143</sup> la Cour de Cassation française ayant décidé que la cause de l’action en divorce réside “moins dans les faits matériels allégués [...] que dans l’atteinte profonde et permanente que ces faits ont porté au lien matrimonial”, tout en consacrant dans d’autres décisions une notion plus stricte exigeant l’identité des griefs invoqués.

M. Tomasin concluait son analyse en recommandant d’abandonner, pour la définition de l’autorité positive de la chose jugée, les notions de cause et d’objet et de leur substituer le concept de “question litigieuse”. S’il optait d’autre part pour un maintien de ces concepts pour la délimitation négative de l’autorité de la chose jugée – l’enjeu étant jugé trop important que pour tolérer une notion vague, il plaidait toutefois pour une interprétation “fonctionnelle” de la notion de cause, qui débouche sur une définition “très souple” de cette notion, laissant au juge un large pouvoir d’appréciation.<sup>2144</sup>

477. **Distinction équivoque entre cause et objet de la demande - (suite) -** En définitive, les controverses innombrables sur la définition des concepts de cause et d’objet jettent un doute sur leur utilité. Si le parallélisme doit être maintenu entre la déférence internationale et l’exception de chose jugée, il faut à notre estime préférer une base dénuée du formalisme traditionnel, en suivant les précieuses indications données par la doctrine pour un renouvellement de l’identité objective.<sup>2145</sup>

On constatera dès lors avec satisfaction que des législations plus récentes ont abandonné la référence à la notion de ‘cause’ des demandes, pour lui substituer une exigence plus générale d’identité des « faits ». Cette amélioration sensible était déjà présente dans la Convention de La Haye de 1971, dont l’article 20 exigeait pour qu’il y ait litispendance que la procédure concurrente soit « fondée sur les mêmes faits et [...] le même objet ».<sup>2146</sup>

<sup>2140</sup> Idem, 180, n° 237.

<sup>2141</sup> Idem, 220, n° 303.

<sup>2142</sup> Idem, 220, n° 302 : “malgré les difficultés et les confusions que la [condition d’identité d’objet] peut provoquer sur le plan judiciaire, elle n’égalent que difficilement celles provoquées par l’exigence d’une identité de cause” et, à propos de cette dernière, “une confusion pratique qui a plongé la doctrine dans le doute le plus profond sur le véritable contenu de la notion” (220, n° 303<sup>o</sup>).

<sup>2143</sup> Idem, 221, n° 303.

<sup>2144</sup> Idem, 221-223. Pour une analyse plus récente du concept de chose jugée en droit belge et comparé, v. P. TAELEMAN, *Het gezag van het rechterlijke gewijsde in het gerechtelijke privaatrecht : begripsbepaling en -afbakening*, Anvers, Intersentia, 2001, 465 p.

<sup>2145</sup> *Comp.* M.-L. NIBOYET-HOEGY, *l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-96, 82-83, qui suggère de s’en tenir à la stricte identité de cause, d’objet et de parties pour déterminer le champ d’application de l’exception de litispendance. Cette conception fait l’impasse sur les avancées de la réflexion en droit interne sur l’objet du litige, dont on vient de voir qu’il n’est plus pensé en termes de cause et d’objet.

<sup>2146</sup> Dans le texte anglais, “based on the same facts and having the same purpose”. Le texte original prévoyait encore que l’exception de litispendance était soumise à la condition de l’identité de ‘cause’ et d’‘objet’ : Article 13, avant-projet de Convention, Doc. Préliminaire N° 4, *Actes et Documents de la Session Extraordinaire 1966. Exécution des jugements*, Conférence de La Haye de Droit International Privé, 1969, 21 e.s., et le rapport de la Commission Spéciale, présenté par CH FRAGISTAS, (24), 40-41. La lecture des travaux préparatoires laisse penser que le changement est simplement le fait du comité de rédaction, et n’a pas été discuté en séance plénière. La discussion de l’article 13 lors de la séance du 18 avril 1966 (P.V. n° 17, *Actes et Documents de la Session Extraordinaire 1966. Exécution des jugements*, Conférence de La Haye de Droit International Privé, 1969, 215 e.s.), n’a pas porté sur la définition de l’identité des litiges.

Curieusement, M. Fragistas précisait dans son rapport que “La question de l’identité des personnes et de la cause sera jugée selon le droit de l’Etat devant lequel la question de la litispendance sera posée”, Rapport Explicatif,

Cette heureuse innovation a été ensuite reprise par le législateur québécois, qui s'est contenté d'exiger pour la litispendance une identité de *faits* et d'*objet* (art. 3137 C. civ.).<sup>2147</sup> L'exigence de l'identité de faits constitue une amélioration sensible par rapport à celle de 'cause'.<sup>2148</sup> Elle sera d'une application plus aisée que cette dernière puisqu'il suffira au juge d'examiner si les deux demandes évoluent dans le même contexte.<sup>2149</sup>

Il faut au contraire regretter que le projet de Code belge de droit international privé s'en tienne à la double condition de la cause et de l'objet. On peut craindre que les tribunaux belges ne se réfugient derrière cette double exigence pour confiner l'exception de litispendance nouvellement acquise à un rôle plus qu'exceptionnel. Car s'il est bien une chose que l'examen de droit comparé a montré, c'est que les exigences de cause et d'objet contiennent les germes d'une dérive formaliste qui mettent en péril l'efficacité de la déférence internationale.

**478. Distinction équivoque entre cause et objet de la demande - (suite) -** La distinction entre les notions de cause et d'objet pour donner forme à l'identité objective s'est révélée rien moins que désastreuse pour la coordination des procédures concurrentes. On se rappellera que la jurisprudence française estime, au nom de l'exigence d'identité de cause, que deux demandes de divorce sont réputées ne pas partager la même cause lorsque les époux invoquent des griefs différents.<sup>2150</sup> Le résultat est regrettable : les procédures concurrentes vont se poursuivre, donnant lieu à un gaspillage d'argent et de temps. Qui plus est, on ne peut exclure que ces procédures aboutissent à des jugements contradictoires – sous réserve du jeu de l'exception de chose jugée (*supra*, n° 328).

La notion d'*objet*, comprise de manière à peu près similaire en droits français et allemand, n'est pas moins néfaste. Pour s'en tenir à l'exemple du divorce, il suffit de se rappeler que

*Actes et Documents de la Session Extraordinaire 1966. Exécution des jugements*, Conférence de La Haye de Droit International Privé, 1969, (359), 387.

<sup>2147</sup> Art. 3137 C. civ. Le commentaire du ministère de la justice indiquait que cette disposition s'inspirait directement de l'article 9 de la loi suisse ainsi que de l'article 20 de la Convention de La Haye du 1 février 1971.

<sup>2148</sup> La disparition de l'exigence de cause n'est pas immédiatement entrée dans les mœurs. Certains tribunaux ont persisté à refuser la litispendance pour défaut d'identité de 'cause' entre les procédures, p.ex. C.S. Québec, 30 avril 1990, Droit de la famille n° 3341, J.E. 1999-1210, n° 200-05-010332-984 (rejete l'exception de litispendance parce que l'action de l'épouse au Québec vise à obtenir le partage du patrimoine familial, un effet du mariage alors que l'époux en Louisiane demande le partage de la communauté d'acquêts, ce qui concerne le régime matrimonial. La Cour constate que si les deux actions visent le même but, à savoir le partage des biens, la cause des deux actions n'est pas identique) ; *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills (Canada) Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2227 (se référant à la jurisprudence antérieure au nouveau Code civil, la Cour supérieure a considéré qu'il n'y avait pas litispendance faute d'identité de cause). *Comp.* Cour d'appel, *Birdsall Inc. c. In Any Events Inc.*, [1999] R.J.Q. (1344), 1351, § 34 ; J.E., 1999-1119 (la Cour constate que l'article 3137 C.c. Québec n'exige pas l'identité de cause d'actions, mais seulement celle des faits sur lequel est fondé le recours judiciaire).

<sup>2149</sup> V. par exemple CA Québec, 19 mai 1999, *Stageline Mobile Stage, Inc. c. In Any Events, Inc.*, Montréal 500-09-007336-985, [1999] R.J.Q. 1344 : en l'espèce des demandes croisées d'indemnisation et de déclaration de non-responsabilité avaient été soumises aux tribunaux québécois et américains. La Cour d'Appel accepte qu'il existe une "identité substantielle" entre les faits à la base des diverses procédures (§ 37 jugement) parce que toutes les demandes découlent du même sinistre, et s'appuient sur les mêmes contrats de bail, d'assurance et de transport de la scène mobile détruite lors de son embarquement à bord d'un navire.

<sup>2150</sup> *Supra*, n° 462. Cette jurisprudence est d'autant plus contestable que dans certains pays le divorce sanction a fait place au divorce constat de l'échec de la vie conjugale, faisant disparaître la longue liste des griefs qui pouvaient être invoqués par les époux, véritable catalogue des faiblesses humaines. Le Rapport explicatif de Mme. *Bornas* qui accompagnait la défunte Convention Bruxelles II (*J.O.C.E.*, 1 juillet 1998, C-221/27, § 4) soulignait que les réglementations différaient de manière substantielle d'un pays à l'autre et ce pour la même action en divorce, par exemple quant aux causes que les époux peuvent alléguer ou encore à l'exigence de séparation préalable. Pour un aperçu de droit comparé, v. B. DUTOIT, R. ARN et S. FONDYLIA, *Le divorce en droit comparé I. Europe*, Genève, Droz, 2000, 471 p.

la plupart des pays connaissent une pluralité d'actions pouvant mener à la dissolution du lien conjugal. En Europe, comme le rappelle Mme. *Borras*, seuls les droits suédois et finlandais ne connaissent ni la notion de séparation, ni celle d'annulation, et n'ouvrent qu'un type d'action en divorce.<sup>2151</sup> Et l'on a vu que lorsqu'une demande de divorce est concurrencée par une demande de séparation de corps, les tribunaux laisseront la plupart du temps ces deux procédures se poursuivre de façon concurrente. Il en va de même pour l'action déclaratoire que viendrait concurrencer une demande condamnatoire.

Un exemple tiré de la jurisprudence de la Cour de Justice suffira à démontrer l'inadéquation du concept d'objet. Dans l'affaire *Hoffman*, une citoyenne allemande avait demandé aux juridictions allemandes de condamner son mari à contribuer aux charges du mariage. Dans le même temps, ce dernier demandait le divorce aux Pays-Bas.<sup>2152</sup> Il est évident que ces deux demandes ne partageaient pas le même objet, du moins si l'on adopte une interprétation raisonnable de ce concept. Pourtant le risque de contrariété de décisions était grand, la dissolution du lien conjugal pouvant difficilement se concilier avec la condamnation d'un des conjoints à l'exécution des devoirs nés du mariage. Les effets de droit des décisions se seraient nécessairement contredits. Il en va de même lorsqu'un vendeur de marchandises sollicite la condamnation de son acheteur au paiement du prix de celles-ci, alors que ce dernier réclame la condamnation du premier au paiement de dommages et intérêts pour non-conformité de la marchandise : les prétentions des parties ne coïncident certes pas, le risque de décisions contradictoires subsiste néanmoins.

**479. Distinction équivoque entre cause et objet de la demande : l'exemple du Règlement Bruxelles II** - En réalité, à s'en tenir à une interprétation littérale de l'objet et de la cause, il n'y aurait que rarement parallélisme entre demandes concurrentes. C'est ce que montre l'expérience du Règlement Bruxelles II, qui prévoit une double règle de litispendance, l'une réservée aux situations dans lesquelles les demandes ont le même objet et la même cause (article 11(1)), la seconde pouvant être invoquée lorsque "des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage [n'ont] pas le même objet, ni la même cause".<sup>2153</sup> La seconde règle est qualifiée de "fausse litispendance".<sup>2154</sup> Contrairement à l'article 22 de la Convention de Bruxelles, la fausse litispendance ne confère pas au juge second saisi un quelconque pouvoir d'appréciation. Au contraire, dans les deux cas de figure, la litispendance entraîne les mêmes conséquences, à savoir l'*obligation* pour le juge second saisi de surseoir à statuer, et de se dessaisir lorsque la compétence du juge premier saisi est établie.

<sup>2151</sup> Rapport *Borras*, *J.O.C.E.*, 1 juillet 1998, C-221/27, § 4.

<sup>2152</sup> C.J.C.E., 4 février 1988, *H. L. M. Hoffman c. Adelheid Krieg*, aff. 145/86, *Rec.*, 1988, 645 ; *R.C.D.I.P.*, 1988, 605, note H. GAUDEMET-TALLON ; *J.D.L.*, 1989, 449, note A. HUET. En l'espèce la question de l'identité entre les deux procédures se posait non au stade de la litispendance, mais bien à celui de la reconnaissance, puisque les deux tribunaux s'étaient déjà prononcé. L'existence de jugements inconciliables s'explique par le fait que l'action en divorce engagée aux Pays-Bas échappait à la Convention de Bruxelles et à l'exception de litispendance qu'elle prévoit. A l'époque, les tribunaux néerlandais n'avaient pas encore fait place à cette exception en droit commun.

<sup>2153</sup> Article 11(2). En général sur cette disposition, U. P. GRUBER, "Die neue 'europäische Rechtshängigkeit' bei Scheidungsverfahren", *FamRZ.*, 2000, 1129-1135. La rédaction de cette disposition est ambiguë. Doit-on en conclure que l'article 11(2) ne peut être invoqué lorsque les demandes ont la même cause, mais pas le même objet, ou le même objet sans partager la même cause? La double négation figurant dans le texte le laisse penser. Des demandes en divorce fondées sur des griefs différents ne pourraient ainsi donner lieu à une exception de litispendance, puisque si l'objet sera le même, la cause sera différente. La lecture du rapport explicatif laisse penser que la double négation ne reflète pas la pensée des auteurs du texte. Le professeur *Borras* explique en effet que cette règle s'applique "lorsque l'objet n'est pas identique" (*J.O.C.E.*, 1 juillet 1998, C-221/27, § 54).

<sup>2154</sup> Rapport *Borras*, *J.O.C.E.*, 1 juillet 1998, C-221/27, § 54.

Le rapport explicatif précise d'ailleurs que l'objectif poursuivi était "d'éviter des actions parallèles et, de ce fait, le risque de décisions inconciliables sur des questions identiques".<sup>2155</sup> Et le rapporteur d'ajouter à ce propos que "[l]e mécanisme traditionnel de la litispendance ne suffisait pas à résoudre tous les problèmes".<sup>2156</sup> Quel aveu d'impuissance! On ne peut espérer reconnaissance plus éclatante de la nécessité de dépasser l'identité d'objet et de cause pour atteindre l'objectif de prévention des décisions contradictoires. En pratique en effet, l'exception de litispendance *sensu stricto* aurait été incapable de s'opposer à la poursuite simultanée d'une action en divorce en France et en annulation du mariage en Italie. Le Rapport explicatif le concède expressément, qui précise que l'hypothèse de la litispendance 'parfaite' visée au paragraphe premier sera "relativement rare".<sup>2157</sup> A moins d'imaginer une interprétation pour le moins extensive de la notion d'objet, on ne saurait assimiler ces deux demandes.<sup>2158</sup>

**480. Inadéquation des concepts d'objet et de cause : l'exemple de la litispendance européenne** - Le règlement de Bruxelles II nous apprend que si le mécanisme de la déférence est conçu comme un moyen d'éviter des actions parallèles et, de ce fait, le risque de décisions inconciliables, il est nécessaire de dépasser la stricte identité de cause et d'objet. L'examen de la jurisprudence de la Cour de Justice relative à la litispendance européenne confirme cette constatation.

L'article 21 de la Convention de Bruxelles est de facture on ne peut plus classique – du moins si l'on érige les conceptions franco-belges au rang de canon.<sup>2159</sup> Le texte de cette disposition fait référence à l'identité de *cause* et d'*objet* entre procédures concurrentes. Au vu de l'interprétation habituellement donnée à ces concepts dans les Etats membres, on pouvait redouter que cette disposition ne constitue un véritable carcan qui limite fortement la possibilité de coordonner les procédures concurrentes. Or la Cour de Justice n'a jamais caché l'importance qu'elle accordait à la prévention des décisions contradictoires, qui constituent la contradiction la plus flagrante de l'objectif de libre circulation des décisions (*supra*, n° 9). Elle s'est donc vue contrainte de dépasser la *lettre* des concepts pour éviter de vider la litispendance européenne de toute sa substance.

La Cour s'est d'abord approprié l'exclusivité de la définition des éléments de la litispendance européenne, en décrétant que ceux-ci devaient recevoir une interprétation autonome.<sup>2160</sup> Elle a ensuite entrepris de construire, toujours sous le couvert d'une

<sup>2155</sup> Idem, § 52.

<sup>2156</sup> Idem, § 52.

<sup>2157</sup> Idem, § 54.

<sup>2158</sup> On ne peut s'empêcher de penser qu'il aurait sans doute été de meilleur politique législative de réunir les deux dispositions en une seule, au champ d'application défini largement. Encore aurait-il fallu définir un dénominateur commun susceptible d'être appliqué dans toutes les situations, une opération qui est loin d'être évidente. Le champ d'application limité du règlement atténue cependant les difficultés. Que penser par exemple d'une règle visant les procédures ayant pour objet "la dissolution ou l'annulation du même lien conjugal" ?

<sup>2159</sup> Le rapport Jenard explique d'ailleurs que la définition du concept de connexité à l'article 22 a été inspirée par la définition proposée dans le Code Judiciaire belge (art. 30).

<sup>2160</sup> Selon la Cour, les termes de l'article 21 doivent recevoir une interprétation *autonome*, c'est-à-dire dégagée de toute référence aux concepts nationaux : C.J.C.E., 8 décembre 1987, *Gubisch Maschinenfabrik AG c. Giulio Palmiro*, aff. 144/86, *Recueil*, 1987, 4861, n° 11 ; C.J.C.E., 6 décembre 1994, *The owners of the cargo lately laden on board the Ship 'Tatry' c. The owners of the Ship 'Maciej Rataj'*, aff. C-406/92, *Rec.*, 1994, I-5439, n° 30 ; C.J.C.E., 19 mai 1998, *Drouot Assurances S.A. c. C.M.I. Protea Assurances et Réunion européenne*, af. C-351/96, *Rec.*, 1998, I-3096, n° 16.

L'interprétation autonome ne semble pas superflue au vu des différences qui avaient vu le jour entre juridictions nationales sur la portée de l'article 21. Ainsi la Cour d'Appel de Milan semblait avoir adopté une interprétation large, en décidant qu'il y avait identité entre une demande de paiement du prix et une demande de réduction du prix en raison de prétendus vices de la chose vendue (Milan, 26 septembre 1978, *R.D.I.P.P.*, 1978, 843 ; *Répertoire*

interprétation des concepts de *cause* et d'*objet*, une notion de l'identité objective susceptible de satisfaire l'objectif de prévention des décisions contradictoires.

**481. Inadéquation des concepts d'objet et de cause : l'exemple de la litispendance européenne (suite)** - Déjà dès la première étape de cette jurisprudence, la Cour s'est vue contrainte de faire violence aux concepts utilisés par le législateur européen. Dans l'affaire *Gubisch*, la Cour devait en effet se prononcer sur la question de l'identité entre une demande visant à obtenir l'exécution du contrat de vente - à savoir le paiement de la machine achetée - et une demande concurrente portant sur la nullité et, subsidiairement, la résolution de ce même contrat.<sup>2161</sup> Selon la Cour, ces deux demandes partageaient la même *cause*, à savoir le contrat de vente liant les deux parties. Cette acceptation de la cause s'éloignait déjà sensiblement de l'opinion majoritaire en vigueur dans les Etats membres.

Que dire alors de la définition de l'*objet* des procédures ! Invoquant la nécessité de prévenir « dans toute la mesure du possible et dès le départ »<sup>2162</sup> les conflits entre deux décisions, la Cour adopta une interprétation large de l'exigence d'identité d'objet. Selon la Cour, les deux demandes partageaient en l'espèce un objet commun, à savoir la question du caractère obligatoire du contrat. La Cour expliqua qu' « il apparaît que la demande d'exécution du contrat a pour but de rendre celui-ci efficace, et que la demande d'annulation et de résolution a précisément pour but de lui ôter toute efficacité ». Elle en conclut que « [l]a force obligatoire du contrat se trouve ainsi au centre des deux litiges »<sup>2163</sup>.

On aperçoit immédiatement que la Cour ne s'en tient pas à une interprétation littérale de l'article 21.<sup>2164</sup> L'identité d'objet est selon la définition qu'elle a donnée, réalisée à chaque fois que le sort de deux demandes dépend d'une question litigieuse qui leur est commune. Le concept d'objet est défini de façon large puisqu'il peut englober des demandes contradictoires. La Cour expliqua d'ailleurs que la notion d'objet « ne [pouvait] être restreinte à l'identité *formelle* des deux demandes ». Elle s'éloigna ainsi du droit commun de la plupart des Etats membres, dont a pu voir la plus grande rigueur dans l'interprétation du concept.<sup>2165</sup>

---

*de jurisprudence communautaire*, série D, I-21-B.4). La jurisprudence française par contre semblait plus stricte, V. par exemple Cass. fr., 3 avril 1978, *D.*, 1978, IR, 367, obs. Audit (pas d'identité entre une demande de dommages et intérêts et une demande d'annulation du contrat - solution implicite).

<sup>2161</sup> C.J.C.E., 8 décembre 1987, *Gubisch Maschinenfabrik AG c. Giulio Palumbo*, aff. 144/86, *Recueil*, 1987, 4861, n° 16-17.

<sup>2162</sup> *Idem*, n° 8.

<sup>2163</sup> *Idem*, n° 17.

<sup>2164</sup> Pour laquelle avait pourtant plaidé l'avocat général Mancini, dans ses conclusions précédant l'arrêt *Gubisch*. Faisant observer que la pratique des Etats contractants était largement hostile à l'exception de litispendance et que la litispendance européenne revêtait un caractère impératif, l'avocat général soulignait que les tribunaux n'appliqueront l'article 21 que si la Cour en donne une interprétation stricte (*Rec.*, 1987, 4681 n°3). Selon l'avocat-général, « il est évident que, héritières de traditions normatives aussi peu favorables à la litispendance, les juridictions des Etats contractants n'auraient satisfait à l'obligation de se déclarer incompétentes que si cette obligation avait été subordonnée à des critères simples et catégoriques ». Ce n'est donc pas par un excès de formalisme que l'article 21, alinéa 1, pose comme fondement de l'exception l'existence de 'demandes ayant le même objet et la même cause' entre 'les mêmes parties'. Le double ou triple usage de l'adjectif 'même' [...] montre, au contraire, que ce choix répond à un dessein politique précis. Et si cela est exact, l'interprétation extensive, selon laquelle la disposition devrait s'appliquer même dans le cas de demandes différentes quoique fondées sur la même situation juridique, finit par confondre ce que la convention a voulu tenir séparé : précisément, la connexité et la litispendance des demandes. »

<sup>2165</sup> M. *Bernardo* explique fort justement que l'interprétation extensive par la Cour de la portée de l'exception de litispendance doit être mise en relation avec les conséquences désastreuses de la jurisprudence *Tessili* et de *Bloos*,



482. **Inadéquation des concepts d'objet et de cause : l'exemple de la litispendance européenne** - N'écoulant pas les nombreuses critiques déplorant sa jurisprudence, la Cour a continué sur sa lancée en définissant dans l'affaire *Tatry* l'objet de la demande comme le but qu'elle poursuit.<sup>2166</sup> En l'espèce, cette approche téléologique lui a permis d'assimiler une action tendant à engager la responsabilité du propriétaire d'un navire pour le dommage causé à la marchandises transportée à une demande visant à obtenir une déclaration excluant toute responsabilité pour ce même dommage. Il ne faut donc pas s'en tenir au libellé des actions ou à leur forme (demande principale ou exception), pas plus qu'à la portée des prétentions des parties, mais bien procéder à une *comparaison d'ensemble* pour déterminer si les deux demandes dépendent de la même question juridique.<sup>2167</sup> C'était le cas en l'espèce, puisque « la question de l'existence ou de l'inexistence d'une responsabilité se trouve au centre des deux procédures ».<sup>2168</sup>

Ce faisant la Cour a pris ses distances avec la traditionnelle méfiance qui entoure les actions déclaratoires,<sup>2169</sup> dans une attitude dont on a pu dire qu'elle était inspirée par la volonté de rétablir l'équilibre entre parties et d'accorder à la partie que l'on a pu qualifier de 'défendeur naturel' la même possibilité de saisir un tribunal que celle qui échet traditionnellement au *dominus litis*.<sup>2170</sup> Au passage la Cour a également précisé qu'il fallait

---

qui aboutissait à une multiplication des chefs de compétence en matière contractuelle en isolant pour chaque demande un juge compétent qui n'était pas nécessairement le même (J.-P. BERAUDO, Fasc. 632, *Juris-Classeur Droit International*, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, p. 7, n° 17), *supra*, n° 93 sur cette jurisprudence. On ne peut exclure un tel lien. On peut toutefois se demander si l'article 21 constitue le lieu approprié pour 'corriger' les conséquences d'une interprétation 'erronée' du for contractuel.

<sup>2166</sup> C.J.C.E., 6 décembre 1994, *The owners of the cargo lately laden on board the Ship 'Tatry' c. The owners of the Ship 'Maciej Rataj'*, aff. C-406/92, *Rec.*, 1994, I-5439, n° 41.

<sup>2167</sup> Dans la doctrine allemande on parle à ce sujet de 'Kernpunkttheorie', v. R. GEIMER, 1997, 675, n° 3694a; S. ISENBURG-EPPLE, 140 e.s. V. aussi H. RUMMANN, "Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH - nationales recht unter gemeineuropäischem Einfluß?", *Z.Z.P.*, 1998, 399-428 et la réponse de W.-D. WALKER, in *Z.Z.P.*, 1998, 429-454.

<sup>2168</sup> *Rec.*, 1994, I-5439, n° 43.

<sup>2169</sup> Déjà dans l'arrêt *Gubisch*, la Cour n'avait montré aucun signe d'hostilité ni même de réserve à l'encontre des actions négatives, en dépit du fait que l'Avocat Général Mancini l'avait expressément mis en garde contre le danger d'une telle approche. Selon l'Avocat Général, non seulement l'article 21 empiéterait sur le domaine des actions connexes, mais il pourrait en outre donner lieu à des abus, étant donné qu'il « suffirait de contester la validité d'un contrat pour paralyser [...] toute action subséquente basée sur ce contrat » (*Gubisch Maschinenfabrik KG c. Giulio Palumbo*, affaire 144/86, *Rec.*, 1987, 4861, § 3). L'avocat général ajouta que « tel n'est certainement pas l'objectif qu'a visé l'article 21, alinéa 1 ». La Cour ne se départit pas de cette attitude dans l'affaire *Tatry*, elle fit même observer, comme pour lever toute équivoque, que « le fait que les conclusions du demandeur soient formulées de manière négative dans la première demande, alors que dans la seconde demande, elles sont formulées de manière positive par le défendeur [...] ne rend pas différent l'objet du litige » (§ 43). *Comp.* dans cette affaire avec la décision de la Cour d'Appel anglaise, *The 'Maciej Rataj'* [1991] 2 *Lloyd's Rep.* 458, qui a dénoncé longuement les préoccupations stratégiques qui avaient selon elle conduit le propriétaire du navire à introduire de façon préventive une action dans un for jugé favorable et stigmatisé ce comportement comme « un coup préventif visant à donner au propriétaire du navire le choix du tribunal, grâce à un usage abusif de la Convention et contrairement à l'esprit de celle-ci » ([1991] 2 *Lloyd's Rep.* 458, 463).

<sup>2170</sup> Les auteurs allemands et suisses ont eu recours à cette explication pour justifier la solution retenue par la Cour dans l'arrêt *Tatry*. Selon eux, l'arrêt *Tatry* a donné au défendeur 'naturel' la possibilité d'obtenir la juridiction de son choix, mettant ainsi les deux parties « sur le même pied » (P. Widmer et B. Maurenbrecher, *l.c.*, in *The International Practice of Law Liber Amicorum for T. Bär and R. Kanner*, P. Vogt (ed.), Bâle, Helbing und Lichtenhan, 1998, (263), 277). La Cour a ainsi, selon M. Schack, contribué au rétablissement de la 'Zuständigkeitsgleichgewicht' entre les parties. H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 3<sup>ème</sup> éd., München, Beck, 2002, 331, n° 762 (traduite littéralement par 'l'égalité au point de vue de la compétence'). Cfr. également J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7<sup>ème</sup> éd., Heidelberg, Recht & Wirtschaft, 2002, 340-341 qui évoque la «prozessuale Chancengleichheit von Anspruchsgegner und Prätendent» et H. ROTH GÜNTHER, «Zulässiges Forum Shopping», *IPRax*, 1984, 183, 184. La Cour fédérale allemande s'est référé expressément à cette idée «d'égalité des chances» pour décider qu'une action en déclaration négative tombait sous le coup de l'article 21 : «Grâce à l'introduction rapide de son action déclaratoire négative, le débiteur bénéficie de la même chance que le créancier de choisir le tribunal appelé à trancher le litige» (BGH, 11 décembre 1996, *NJW*, 1997, 870, 872 (je

entendre par 'cause' de la demande "les faits et la règle juridique invoqués comme fondement de la demande".<sup>2171</sup>

483. **Dénaturation des concepts d'objet et de cause** - La jurisprudence de la Cour est révélatrice du malaise entourant les concepts d'objet et de cause. La Cour a assigné à la litispendance européenne l'objectif de prévenir les décisions contradictoires. Partant, elle ne pouvait s'en tenir à une interprétation *littérale* de la cause ou de l'objet, sous peine de laisser échapper un grand nombre de procédures susceptibles de conduire à un conflit de décisions.<sup>2172</sup> Au final, la Cour a donc étendu le champ d'application de la litispendance au point de dénaturer complètement le texte de la disposition.<sup>2173</sup> Dans l'interprétation qu'elle en donne, les concepts de cause et d'objet ont perdu une grande partie de leur signification première, ou du moins de la signification qui s'imposait selon les juridictions nationales.<sup>2174</sup>

L'objet de la demande est ainsi dans son acceptation européenne censé inclure non seulement la prétention exprimée par le demandeur, mais également une ou plusieurs prétentions *virtuelles*, c'est-à-dire qui sont implicitement comprises dans la demande fondant l'autre procédure, soit parce qu'elle en est l'antécédent nécessaire ou la suite logique, soit encore parce qu'un droit moins étendu est contenu dans la prétention formulée.<sup>2175</sup> Le juge devra dès lors voir dans une demande d'exécution d'un contrat non seulement ce que l'on peut en comprendre littéralement, mais également ce qu'il peut en déduire logiquement comme étant inclus dans la demande.

484. **Cause et objet dans le projet de Convention de La Haye** - Au final, la jurisprudence de la Cour, que l'on a pu critiquer notamment parce qu'elle fait beaucoup d'ombre à la connexité, montre qu'il est difficile de circonscrire l'abstention aux espèces présentant une identité de cause et d'objet. S'en tenir à une telle exigence, c'est risquer de voir un grand nombre de situations échapper à l'abstention, d'où la tentation d'une interprétation qui déforce la nature des concepts. Ceci renforce notre conviction que l'approche traditionnelle, limitée aux demandes présentant les mêmes objets et causes, ne convient pas. D'origine civiliste, et l'objet d'importantes controverses dans ces pays, ces concepts ne sont d'ailleurs que difficilement compréhensibles pour les juristes formés à une autre tradition procédurale - comme en témoigne les difficultés de traduction de

---

souligne)). S'il a fallu faire appel à ce principe général pour justifier l'ampleur donnée par la Cour à la litispendance européenne, c'est sans doute pour 'faire passer la pilule', le contraste étant très grand avec la solution traditionnellement retenue par les tribunaux suisses et allemands (*supra*, n° 468).

<sup>2171</sup> Rec, 1994, I-5439, n° 39.

<sup>2172</sup> On répondra, à juste titre, qu'il aurait suffi à la Cour de privilégier le recours à l'exception de connexité. En ce sens H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 207, n° 285. La Cour n'a sans doute pas voulu confier aux juges nationaux le soin de décider ou non s'il convenait de s'abstenir, l'article 22 confiant une marge d'appréciation à cet égard. Cette méfiance peut se comprendre au vu de l'hésitation de bien des juridictions devant la simple litispendance, *infra* sur la connexité, n° 495.

<sup>2173</sup> Sans toutefois opter pour une comparaison 'globale' des demandes, qui ferait abstraction de la distinction entre cause et objet. Il ne faut pas confondre en effet, comme certaines juridictions nationales ont pu le faire (p. ex. Liège, 30 janvier 19901, *R.T.D.F.*, 1992, 60), interprétation 'large' de l'identité d'objet et interprétation 'globale' sur fondant sur la seule identité des 'affaires' (sur ce point, MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 410-411, n° 210).

<sup>2174</sup> On peut voir dans l'interprétation de la Cour un souci de faire produire à la litispendance européenne un « effet utile » dont une interprétation formelle des conditions de cause et d'objet la priverait largement.

<sup>2175</sup> V. par exemple dans l'affaire *Tatry*, Rec, 1994, I-5475, point 44, où la Cour observe que "les conclusions de la second demande constituent la conséquence naturelle de celles relatives à la reconnaissance de la responsabilité et non modifient donc pas l'objet principal de la demande. D'ailleurs, la demande d'une partie tendant à faire constater qu'elle n'est pas responsable d'un préjudice contient *implicitement* des conclusions portant contestation de l'existence d'une obligation de payer des dommages et intérêts » (nous soulignons).

l'article 21 de la Convention de Bruxelles.<sup>2176</sup> La Cour de Justice ne s'est pas embarrassée de ces différences, et a décidé que la version anglaise "doit toutefois être comprise dans le même sens que la plupart des autres versions linguistiques dans lesquelles figurent cette distinction".<sup>2177</sup>

Ces concepts sont donc parfaitement inadaptés pour le texte d'une convention mondiale – sauf à obliger les juristes de tous les pays à faire leur les subtiles distinction héritées du droit romain.<sup>2178</sup> Le compromis pour le moins bancal adopté par les négociateurs de La Haye en constitue une preuve éclatante : l'exception de litispendance prévue à l'article 21 du projet de Convention est subordonnée, selon le texte français, à une triple condition d'identité de parties, de cause et d'objet. Il était toutefois évident qu'une telle rédaction amputerait la règle d'une grande partie de son efficacité. Il fut dès lors décidé d'ajouter que l'exception pouvait jouer « quelles que soient les prétentions des parties » (« irrespective of the relief sought »). Le rapport explicatif précise d'ailleurs que doivent être considérées comme fondées sur la même cause une demande en dommages et intérêts formée par une partie en raison de l'inexécution d'un contrat et une demande de l'autre partie contre la première en nullité du même contrat du fait d'une erreur.<sup>2179</sup>

On voit qu'une fois encore, il a fallu constater les insuffisances des concepts de cause et d'objet, trop restrictifs pour atteindre l'objectif fixé à la clause litispendance. Parce qu'ils ne pouvaient s'en remettre à un tribunal de dernier ressort pour élargir les notions, les rédacteurs ont préféré anticiper et préciser eux-mêmes que la condition d'objet devait être entendue de façon large, et non dans son sens habituel de 'prétention'.<sup>2180</sup>

Nous allons maintenant examiner quelle pourrait être la nature d'une définition fonctionnelle de l'identité objective des litiges.

<sup>2176</sup> Les textes français, néerlandais, espagnol, italien et danois font la distinction entre cause et objet – 'cause, oorzaak, la misma causa, medesimo titolo, genstand' et 'objet, voorwerp, el mismo objeto, medesimo oggetto, grundlag'. Les textes anglais, allemand et irlandais ne contiennent qu'un seul terme : 'cause of action' ou 'Anspruch'.

<sup>2177</sup> C.J.C.E., affaire *Tatry* précitée, n° 38. Sur les difficultés linguistiques posées par la litispendance dans les conventions bilatérales, et en particulier la Convention belgo-allemands du 30 juin 1958, v. J. LEDOUX, *loc. cit.*, *J.T.*, 1972, 725-726.

<sup>2178</sup> On doit regretter leur utilisation dans les principes dits de Leuven/Londres approuvés par l'ILA. Le principe 4.1. contient une règle d'abstention qui fait référence à l'identité de 'subject-matter', ce qui augure d'une approche moins formelle et plus pragmatique. Le texte français s'en tient toutefois à l'exigence d'identité de cause et d'objet. La différence entre les deux versions est regrettable. Le commentaire accompagnant les principes laisse penser que le texte français reflète mieux la pensée des rédacteurs. Il est en effet précisé que la règle 4.1. "preserves the strictness of the lis pendens found, for exemple, in Article 21 of the Brussels Convention [...]". En outre le projet prévoit également une règle visant les actions 'connexes' (principe 4.2), ce qui laisse penser que la règle de litispendance n'est pas aussi large que le texte anglais pourrait le faire croire.

<sup>2179</sup> Rapport de MM. Pocar et Nygh, 85, qui citent l'affaire *Gubisch* à l'appui de cette interprétation.

<sup>2180</sup> On constatera par ailleurs que le texte anglais, tout aussi officiel que le texte français, s'en tient à une exigence d'identité de 'cause of action'. Ce concept ne fait pas justice à l'idée de cause et d'objet. Au contraire, il peut être trompeur, puisqu'il fait référence au type spécifique d'action en justice utilisé par le demandeur (le fameux système de 'writs'). Les rapporteurs se sont dès lors empressés de préciser qu'il fallait donner une interprétation large de la notion de 'cause of action', comme renvoyant à la « question litigieuses » (« the subject matter of the litigation ») et ne pas s'en tenir aux spécificités procédurales de la *common law*, qui imposerait d'avoir égard à la forme particulière dans laquelle est formulée la prétention (p. 85).

## B. Une approche fonctionnelle de l'identité objective

**485. Pas de définition fondée sur les normes juridiques invoquées, ni sur les faits** - Une fois établi qu'il convient de faire abstraction des concepts déduits du droit interne, encore faut-il s'attacher à créer une nouvelle terminologie ou, mieux encore, une approche différente.

Il ne peut être question de définir l'objet du procès, et partant la portée de l'abstention par référence au *droit matériel* invoqué par le demandeur - comme prétendaient le faire les juristes romains qui ne distinguaient pas entre le droit matériel et la faculté de le déduire en justice. Circonscrire l'abstention à l'aide des règles ou dispositions invoquées reviendrait en effet à vider celle-ci de sa substance, puisque par hypothèse les règles invoquées devant les deux juridictions seront différentes.<sup>2181</sup> Le rejet d'une définition purement 'juridique' de l'objet du procès devrait permettre de faire un sort à la jurisprudence pour le moins hypocrite qui refuse d'accepter que deux demandes de divorce sont identiques lorsque les époux invoquent des griefs différents (*supra*, n° 462). Les griefs des époux ne sont en définitive que des moyens 'de droit', c'est-à-dire l'habillage juridique d'une prétention qui est nécessairement lié au contexte légal dans lequel elle est formée.<sup>2182</sup> Par la force des choses, le plaideur se servira des instruments juridiques que lui offre l'ordre juridique pertinent. On ne saurait dès lors s'arrêter au libellé, particulièrement au libellé juridique, des prétentions pour nier l'identité.<sup>2183</sup>

Quelle définition proposer alors? Suffit-il de poser que l'objet du litige se définit par les "*faits*" invoquées par les parties, entendus comme le tissu de circonstances dont l'ensemble constitue la base des prétentions formulées? Réduire l'objet du litige aux faits invoqués, même s'ils sont qualifiés juridiquement, confère sans doute un champ d'application trop large à la déférence internationale. Lorsqu'un époux allègue la mésentente conjugale pour réclamer le divorce, on en arriverait à bloquer une demande ultérieure de pension alimentaire ou d'autorisation de résidence séparée formée par l'autre conjoint, puisqu'elles sont fondées sur les mêmes faits. Même si une certaine concentration du contentieux est souhaitable, on risquerait ainsi de priver le justiciable de l'opportunité de se faire entendre par un juge.

**486. La nature des procédures n'est pas pertinente** - Il ne nous semble pas non plus pertinent de s'arrêter à la *nature* des procédures. En principe, il n'y a pas lieu d'exclure l'application de la déférence internationale lorsqu'une demande au fond se voit concurrencée par une demande de mesures provisoires ou conservatoires, ou encore lorsqu'à une action civile devant un tribunal pénal répond une procédure devant un tribunal civil pour obtenir réparation du dommage causé par l'infraction.<sup>2184</sup>

<sup>2181</sup> En droit interne la distinction entre objet du procès et règles juridiques est décisive pour déterminer le rôle respectif des parties et du juge, v. par exemple A. FETTWEIS, *ac.*, 61-63.

<sup>2182</sup> Sur le concept de 'moyen', v. H. SOLUS et R. PERROT, *ac.*, 71-74, n° 73.

<sup>2183</sup> C'est ce qu'a constaté la High Court australienne dans l'affaire *Henry v Henry*, [1995-1996] 185 CLR 571, 135 A.L.R. 564 (HCA). Un couple se déchirait par tribunaux interposés, des procédures concurrentes de divorce avaient été engagées en Australie et à Monaco. La High Court fit remarquer que "If separate proceedings are commenced between husband and wife in different countries, differences in procedure, in available remedies and in the substantive law with respect to marriage and divorce will ordinarily ensure that the proceedings are different in significant respects". La Cour précisa toutefois que "However, the proceedings will ordinarily be concerned with the same controversy [...] The marital relationship lies at heart of all proceedings between husband and wife with respect to their marital status, especially proceedings for dissolution of marriage. In such cases, it is the marital relationship itself which is the subject of the controversy". Sur cette affaire, *infra*, n° 561.

<sup>2184</sup> On acceptera aisément qu'il n'y a conflit au sens où nous l'entendons ici entre une procédure civile et une procédure pénale. La concurrence entre ces procédures doit alors se résoudre selon d'autres techniques, par

Exclure d'emblée le recours à une mesure de coordination du type de la déférence en raison de la seule différence de nature entre procédures serait offrir une voie royale à la partie qui désire échapper à la coordination des procédures. Dans le cadre de l'article 21 de la Convention de Bruxelles, la Cour de Justice a d'ailleurs eu l'occasion de préciser que la *nature* des demandes en cause n'était pas pertinente pour déterminer si elles étaient identiques au sens de cette disposition.<sup>2185</sup> Il suffirait en effet à une partie de 'travestir' sa prétention en une demande de mesures provisoires pour faire échec à la prévention des décisions contradictoires.

C'est uniquement à raison de l'objet des procédures, entendu comme la *question litigieuse* soumise aux deux juges, qu'il faudra apprécier si l'application de la déférence est justifiée, et non sur base de la seule nature des procédures. Ainsi on acceptera qu'il n'y a pas lieu de faire droit à une exception de déférence lorsqu'une partie sollicite l'exécution de la même décision dans deux pays différents, parce qu'il y va à chaque fois de la décision souveraine d'un Etat quant à l'effet qu'il veut bien accorder à une décision étrangère.<sup>2186</sup>

---

exemple une priorité radicale de la procédure pénale selon l'adage le pénal tient le civil en l'état – dont on peut toutefois douter qu'il s'applique dans le contentieux international. Lorsque la procédure étrangère est une action *civile* qui se greffe sur une procédure pénale, on ne peut a priori exclure l'abstention. V. par exemple TGI Dunkerke, 18 avril 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, Somm. 340 ; *J.C.P.*, 1985, 92 ; *J.D.I.*, 1985, 946, note A. HUET (tribunal admet que l'article 21 peut être invoqué en raison d'une action civile pendante devant un tribunal pénal belge. En l'espèce l'exception fut rejetée parce que le demandeur en Belgique s'était désisté de sa demande. Le tribunal fit observer à juste titre que l'article 21 de la Convention de Bruxelles "ne fait aucune réserve lorsque la juridiction première saisie est une juridiction répressive statuant sur l'action civile" et que "le règlement de la litispendance entre le TGI de Dunkerke et le tribunal de première instance d'Ypres doit donc s'effectuer suivant les indications fournies par l'article 21 [...]"). Les règles normales s'appliqueront pour déterminer si l'objet des deux procédures est identique.

V. également en faveur de l'application de l'article 21 à une action civile portée devant un tribunal pénal, B.AUDIT, note sous Cass. fr., 3 avril 1978, *D.S.*, 1978, IR, 367 (l'arrêt commenté approuve la décision entreprise d'avoir rejeté une exception de litispendance soulevée en application de l'article 21 au motif qu'il n'était pas prouvé que l'action intentée devant une juridiction civile française tendait à la réparation du même préjudice que celui dont la réparation était demandée à une juridiction pénale italienne). La litispendance pourrait également être invoquée lorsque la victime d'une infraction a porté son action civile devant un tribunal étranger répressif avant de saisir une juridiction pénale du for. Sur les relations entre la litispendance et la maxime *Electa una via non datur recuse*, V. A. HUET, note sous Dunkerke, *J.D.I.*, 1985, 949-950. V. également *Haji-Ioannou et al. v Frangos et al.*, [1999] 2 Lloyd's Rep. 337 (la Cour accepte identité entre action civile sur action pénale et actions en dommages et intérêts).

<sup>2185</sup> C.J.C.E., 6 décembre 1994, *Tatry, Rec.*, 1994, I-5439, point 46. En l'espèce la juridiction anglaise cherchait à savoir sur une procédure *in rem* pouvait être assimilée à une procédure *in personam*. La Cour n'y a vu aucun problème. Pour le débat en droit anglais avant l'arrêt *Tatry*, v. dans la jurisprudence, *The 'Kberson'* [1992] 2 Lloyd's Rep. (261), 266 ; *The 'Deichland'*, [1989] 3 W.L.R. (478), 500 ; [1990] 1 Q.B. 361 et *The 'Nonglira'* [1988] 1 Q.B. (183), 202 (trois décisions qui acceptent qu'il peut y avoir identité entre une action *in rem* et une action *in personam*).

<sup>2186</sup> La Cour de Justice a eu l'occasion de confirmer dans un litige concernant l'exécution d'une décision émanant d'un Etat tiers que l'article 21 de la Convention de Bruxelles n'est pas applicable dans ce cas de figure – C.J.C.E., 20 janvier 1994, *Owens Bracco Ltd. c. Fulvio Bracco Industria Chimica SpA*, affaire C-129/92, *Rec.*, 1994, I-117 (en l'espèce, la banque Owens poursuivait l'exequatur de la même décision émanant des tribunaux de Saint-Vincent à la fois aux tribunaux italiens et anglais). Sur la motivation contestable de cette décision, v. M.M. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 403-405, n° 206. La doctrine accepte que cette décision doit également être appliquée lorsque la décision en jeu émane d'un Etat contractant (p. ex. H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 206, n° 282). On pourrait arguer que dans le cadre de cette convention, les procédures parallèles d'exequatur se ressemblent trop pour ne pas être coordonnées. C'est oublier que le droit national conserve une emprise certaine sur les motifs de refus de reconnaissance, et en particulier l'exception d'ordre public. Il reste qu'il serait regrettable qu'une décision d'un Etat membre puisse être mise à exécution dans un Etat et pas dans un autre. Mme Gaudemet-Tallon explique que cette contradiction ne saurait choquer, puisque l'exequatur est une « manifestation de la souveraineté de l'Etat requis et, en présence d'une même décision de l'Etat d'origine, chaque Etat reste libre d'avoir des réactions différentes » (note sous cette décision, *R.C.D.I.P.*, 1994, (385), 386-387). La question reste entière de savoir s'il en irait de même entre une procédure au fond et une procédure visant à obtenir l'exequatur d'une décision étrangère.

487. La nature des procédures n'est pas pertinente (suite) - L'appréciation peut se révéler plus délicate en cas de concurrence entre une demande au fond et une demande provisoire. La nature précaire et provisoire des mesures provisoires et conservatoires - outre qu'elle rend la comparaison difficile - <sup>2187</sup> semble éloigner le risque de toute concurrence réelle. De plus, le for des mesures provisoires trouve une grande partie de sa justification dans la possibilité d'obtenir des mesures d'un autre juge que le juge du fond. On comprend dès lors que les commentateurs excluent généralement la possibilité d'invoquer la règle de litispendance dans cette situation.<sup>2188</sup> Un survol rapide de la jurisprudence confirme l'inapplicabilité de la règle à la concurrence entre action au fond et action en fixation de mesures provisoires.

C'est ainsi que le tribunal d'arrondissement de Bois-le-Duc a rejeté une exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure dont avait été saisi les tribunaux belges.<sup>2189</sup> En l'espèce un vendeur réclamait le solde du prix de vente d'une installation de réfrigération devant les tribunaux néerlandais. L'acheteur s'opposait à cette demande en observant qu'il avait déjà saisi le président du tribunal de commerce de Gand d'une demande de désignation d'un expert, aux fins de constater l'étendue du dommage causé par l'installation. Pour refuser d'accueillir la fin de non-recevoir déduite de la concurrence de procédures, le tribunal en appela au défaut d'identité entre les deux demandes, la procédure belge ne visant qu'à obtenir des éléments de preuve en vue d'une procédure ultérieure au fond. Le tribunal fit également remarquer qu'observer la solution inverse aboutirait à faire de l'article 24 une arme pouvant paralyser toute procédure ultérieure.<sup>2190</sup>

<sup>2187</sup> Sur la difficulté qu'il y a à comparer l'objet des différentes demandes, V. O. MERKT, *Les mesures provisoires en droit international privé*, thèse Neuchâtel, Entlebuch, Huber Druck, 1993, 127-128, n° 324 e.s.

<sup>2188</sup> M. PERTEGAS SENDER, "Aanhangigheid, samenhang en voorlopige maatregelen", *Europese ipr-verdragen*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGAS SENDER (éds.), Leuven, Acco, 1997, (115), 123, n° 4.19 et de la même, *Cross-Border enforcement of patent rights : an analysis of the interface between intellectual property rights and private international law*, Thèse Leuven, 2000, 331-332, n° 4-53; W. KENNET, "Lis Alibi Pendens - A View from the UK.", in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al. (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1999, (103), 120; P. SCHLOSSER, *EuGVÜ. Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen mit Luganer Übereinkommen und des Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme*, München, C. H. Beck, 1996, 126 (pas d'application de l'article 21 entre une procédure au fond et une procédure provisoire, mais laisse la possibilité au tribunal saisi d'une demande provisoire de surseoir à statuer en application de l'article 22, lorsqu'il apparaît que le juge du fond est mieux placé pour ordonner des mesures provisoires); O. MERKT, *ac.*, 1993, 125, n° 320; A. BUCHER, 1998, 102, n° 288; J. KROPHOLLER, 1998, 342 (qui observe que l'opinion contraire permettrait à une partie de soustraire son adversaire au juge qui est normalement compétent selon les règles normales de la Convention); G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, Paris, LGDJ, 2000, 346, n° 464 (qui s'appuie pour ce faire sur un argument de texte, à savoir le fait que la section 9 de la Convention de Bruxelles consacrée au contentieux provisoire, suit la section 8 qui ne viserait que les règles de compétence des sections précédentes. Il invoque également l'arrêt *De Wolf c Cox*, dans lequel la Cour a souligné que la section 8 n'avait pour objet que la seule lutte contre "le dédoublement de litiges au principal", de *Wolf c. Cox, Rec.*, 1767, point 13).

*Comp.* A. EILERS, *Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im europäischen Zivilrechtsverkehr. Internationale Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung*, Bielefeld, Giesecking, 1991, (294 p.), 220-221 (plaide au contraire pour l'application de l'article 21).

<sup>2189</sup> Arrondrb. 's-Hertogenbosch, 10 février 1978, *N.J.*, 1980, n° 14 ; *R.J.D.C.*, série D., I-21-B2.

<sup>2190</sup> V. également Dijon 29 janvier 1975, *D.*, 1976, Jurispr., 383, note G.A.L. DROZ (la Cour constate en *obiter dictum* que le tribunal allemand n'a pas violé le prescrit de l'article 21 en se prononçant sur une demande de paiement de deux machines destinées à la fabrication de semelles de chaussures, alors que l'acheteur avait demandé au président du tribunal de Beaune, statuant en référé, la désignation d'un expert aux fins d'examiner les machines livrées. La Cour note que « les deux instances avaient un objet distinct et une cause différente ». En l'espèce la litispendance n'était pas invoquée, la Cour devant se prononcer sur une demande d'exécution de la décision allemande); Paris, 20 janvier 1988, *J.D.L.*, 1989, 1032, note E. LOQUIN (la Cour a rejeté une exception de litispendance invoquée en raison de la saisine du président du tribunal de commerce de Courtrai - à qui on demandait de nommer un expert en observant que les deux litiges n'avaient ni le même objet, ni la même cause, "la juridiction belge étant saisie d'une demande d'expertise et la juridiction française d'une demande de provision". En l'espèce il s'agissait d'une motivation surabondante puisque la Cour avait déjà constaté que le juge

488. La nature des procédures n'est pas pertinente (suite et fin) - On hésitera pourtant à en conclure qu'il n'y a aucune place pour la déférence pour assurer une certaine coordination entre contentieux provisoire et contentieux au fond.<sup>2191</sup> Une telle exclusion de principe ferait fi de l'évolution récente du contentieux provisoire, dont il faut bien avouer qu'il n'a plus grand chose à envier aux procédures 'ordinaires'. Il suffit pour s'en convaincre d'évoquer l'affaire *van Uden* - et les limites sans cesse reculées du *kort geding* néerlandais - ainsi que le référé-provision des droits français, belge, et luxembourgeois.<sup>2192</sup> Il n'est pas exclu que malgré leur nature provisoire et le fait qu'elles sont sujettes à révision avant ou pendant l'instance au fond, des mesures provisoires puissent présenter un degré de similitude tel qu'il justifie la prise en compte d'une mesure de coordination. On admet d'ailleurs que l'abstention peut jouer entre deux procédures provisoires concurrentes, dans l'hypothèse exceptionnelle où les demandes portent sur le même objet.<sup>2193</sup> Ainsi la jurisprudence a déjà eu l'occasion de décider qu'il y avait litispendance entre deux demandes identiques visant à obtenir une pension alimentaire.<sup>2194</sup>

On acceptera dès lors que la concurrence de procédures provisoires et au fond ne nécessite pas l'adoption d'une règle particulière. Il suffira d'avoir recours aux principes généraux dégagés pour comparer l'objet des deux procédures et déterminer s'il y a lieu ou non d'appliquer la déférence.<sup>2195</sup>

---

belge s'était déjà prononcé, ce qui rendait sans objet l'exception de litispendance. Curieusement, la Cour conclut que "les conditions de l'article 100 du NCPC ne sont pas remplies en l'espèce". *Comp. Trib. Padova*, 21 mars 1985, *R.D.I.P.P.*, 1986, 374 (rejete l'exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure en référé devant les tribunaux français, mais semble justifier cette décision en raison de la nature 'provisoire' de la procédure française et de son caractère 'urgent' et non pas en raison du défaut d'identité) ; dans le même sens, *Trib. Padova*, 11 avril 1985, *R.D.I.P.P.*, 1986, 391.

V. aussi sur ce thème *OLG Hamburg*, 28 fév. 1997, *EurR*, 1997, 791; Anvers, 18 oct. 1979, *R.J.D.C.*, série D, I-22-B.2; *Trib. Latina*, 19 avril 1994, *R.D.I.P.P.*, 1994, 857; *Pres. Rb. 's-Gravenhage*, 17 avril 1997, *I.E.R.*, 1997, 116; *Hof Amsterdam*, 16 juillet 1992, *N.I.P.R.*, 1992, 706, n° 419.

<sup>2191</sup> Pour le projet de Convention de La Haye, v. les explications de MM. Pocar et Nygh, 70. Adde la décision de la Cour de Justice du 6 juin 2002, dans l'affaire *Italian Leather SpA c. WE CO GmbH*, aff. C-80/00, inédite à ce jour. La Cour a dans cette affaire refusé d'écarter l'application de l'article 27-3° de la Convention pour la seule raison que les procédures concernées étaient des procédures en référé. Les juges de Luxembourg ont ainsi expliqué que « il importe peu que les décisions concernées aient été rendues dans le cadre de procédures de référé ou de procédures au fond » (point 41).

<sup>2192</sup> Pour le droit français, art. 809 NCPC. V. sur cette procédure, les observations de C. KESSEDIAN, *Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 10, octobre 1998, 28-29.

<sup>2193</sup> G. CUNIBERTI, *ac*, Paris, LGDJ, 2000, 346-347, n° 465-466 ; M. PERTEGÁS SENDER, thèse, précitée, Leuven, 2000, p. 332, n° 4-53 ; J. KROPHOLLER, 1998, 295 (qui observe qu'il n'y a pas litispendance "wenn Sicherungsmaßnahmen für verschiedene Gegenstände erwirkt werden") ; O. MERKT, *ac*, Neuchatel, 1993, 125-127, n° 320-322 ; idem pour le jeu de la litispendance, A. EILERS, *ac*, Gieseking, 1991, 221. *Comp. Y. DONZALLAZ, ac*, 1996, n° 1651.

<sup>2194</sup> P. ex. Liège, 30 jan. 1991, *R.T.D.F.*, 1992, 60. L'article 21 ne peut par contre pas être invoqué à défaut d'identité entre l'objet des mesures provisoires, par exemple lorsqu'une partie demande la nomination d'un expert dans deux pays différents : P. SCHLOSSER, *ac*, 126, art. 21, n° 5. *Comp. G. CUNIBERTI, ac*, Paris, LGDJ, 2000, 347-348, n° 466.

<sup>2195</sup> C'est en ce sens semble-t-il qu'il faut comprendre le rejet de l'exception de litispendance dans les espèces suivantes : *Cass. fr.*, 17 mai 1982, *Bull. civ.*, 1982, II, n° 75, p. 54 (en l'espèce un navire avait causé des dégâts à une passerelle en quittant le port de Rouen. Les autorités portuaires assignèrent l'armateur en Angleterre pour obtenir réparation du dommage. Dans le même temps, ces mêmes autorités demandèrent au juge des référés du lieu de l'accident de condamner le capitaine du navire à lui verser une provision. La Cour de Cassation approuva la Cour d'Appel de Rouen d'avoir rejeté l'exception de litispendance, elle expliqua qu'"il n'y a pas de litispendance entre une instance au fond et une demande de provision portée devant le juge des référés") ; *Cass. fr.*, 5 février 1974, *Bull. civ.*, 1974, I, n° 42, p. 37 (la Cour approuve la décision de la Cour d'Appel de Paris rejetant une exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure engagée par un assureur français devant les tribunaux tunisiens, en notant que le juge du fond a pu raisonnablement déduire du procès verbal d'audience tunisien que la procédure étrangère avait pour unique objet la désignation d'un expert, alors que les

Soumettre le contentieux provisoire aux mêmes règles de coordination que les procédures au fond permettra d'éviter d'offrir à une partie la possibilité d'échapper au mécanisme de l'abstention en s'adressant au juge du provisoire plutôt qu'au juge du fond, tout en préservant la possibilité pour les parties d'obtenir un règlement rapide de leur litige.<sup>2196</sup>

(i) UNE APPROCHE FONDÉE SUR LES PRINCIPES

**489. Introduction** – La difficulté d'appréhender le sort du contentieux provisoire dans le cadre des procédures concurrentes met le doigt sur une limite essentielle de l'exercice. La déférence internationale implique une renonciation dans le chef du juge à statuer, le demandeur se voyant privé de l'accès au tribunal en raison de l'existence d'une procédure concurrente. Lorsque la question qu'il entendait soumettre au for de l'abstention est déjà (expressément ou implicitement) soumise au tribunal concurrent, la déférence sert l'économie de procédures sans desservir les attentes des parties. Il en va tout autrement lorsque le litige ou une partie du litige dont le for de l'abstention se lave les mains, ne fait pas et ne peut pas faire l'objet d'une décision par le for concurrent. Dans ce cas, la coordination risque de priver une partie du droit fondamental de soumettre sa cause à un juge. Il y aurait alors déni de justice ou, selon la terminologie allemande, violation du *Justizgewährungsanspruch*.<sup>2197</sup>

La tension entre l'objectif d'économie procédurale et de prévention des décisions contradictoires d'une part et le respect du droit d'action du justiciable d'autre part peut être illustrée à l'aide de l'exemple suivant : soit un créancier à qui un débiteur est redevable de 100,000 euro. Si le créancier pour une quelconque raison, décide de diviser sa prétention en deux parties égales et de la réclamer devant deux tribunaux différents,<sup>2198</sup> l'économie procédurale et le souci d'éviter la contrariété de jugements commandent de ne laisser courir qu'un seul procès. Les deux tribunaux pourraient en effet se prononcer en sens contraire sur l'existence de la créance. On peut cependant craindre qu'accepter l'abstention dans ce cas ne prive pas le créancier de la possibilité de récupérer la totalité

juges français étaient saisis d'une demande en réparation du préjudice) ; TGI Paris, 29 juillet 1976, *Gaz. Pal.*, 1976, 2, 719 (pas de litispendance entre une demande en divorce engagée à l'étranger et une demande de mesures provisoires formée en France).

*Comp.* Paris 18 octobre 1972, *J.D.I.*, 1973, 37, note F. Deby-Gérard (la Cour repousse une exception de litispendance qu'elle juge inadmissible dans le contexte international, en constatant de manière surabondante que l'instance tunisienne était de toute façon éteinte, la décision de la Cour de Sfax ayant éteint le débat sur les demandes d'indemnités provisoires. Comme le fait observer l'annotateur, la Cour aurait également pu invoquer l'absence d'identité entre les deux procédures, la procédure française visant à obtenir réparation au fond du préjudice causé par un accident de la circulation, alors que les procédures tunisiennes avaient pour objet la désignation d'un expert ainsi que la condamnation au paiement d'une provision.

<sup>2196</sup> Le souci de protéger l'accès des parties à un juge se reflète dans certaines dispositions conventionnelles, qui disposent que l'existence d'une litispendance internationale n'empêche nullement le juge second saisi d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires, p. ex. art. 15(2) Convention belgo-allemande du 30 juin 1958 ; l'article 10(2) de la convention belgo-suisse du 29 avril 1959 et l'article 14(2) de la convention belgo-italienne du 6 avril 1962.

<sup>2197</sup> Sur ce concept, W. J. HABSCHIED, *Droit judiciaire privé suisse*, Genève, Librairie de l'Université/Georg & Cie, 1975, 3-6.

<sup>2198</sup> Pour autant que ceux-ci aient compétence. La doctrine allemande raffole de la 'Teilklage', V. ROSENBERG-SHWAB, *Zivilprozessrecht*, München, Beck 1986, 990-992 ; O. ZEISS, "Rechtskrafterstreckung bei Teilklage", *N.J.W.*, 1968, 1305 e.s. et récemment K. OTTE, *Umfassende Streitentscheidung durch Beachtung von Sachzusammenhang - Gerechtigkeit durch Verfahrensabstimmung*, 1998, Tübingen, Mohr Siebeck, 41-47.



de son dû. C'est ce qui explique qu'en droit suisse, le juge second saisi pourra dans ce cas rejeter l'exception de litispendance.

Pour déterminer le champ d'application du mécanisme de l'abstention, il serait dès lors dangereux de se laisser guider uniquement par le souci de prévenir la contradiction de jugements et garantir le respect de l'économie de procédures. Ces deux principes plaident pour une interprétation large du domaine de la déférence. Ils peuvent toutefois entrer en conflit avec le souci de préserver le droit d'accès au juge. Il faudra donc se livrer à un exercice d'équilibre pour déterminer à quel point ces deux ordres de considérations se rencontrent.<sup>2199</sup> On ne peut exclure que selon les contextes, le point d'équilibre soit différent.<sup>2200</sup>

L'exercice est d'autant plus difficile que le juge qui statue sur une demande d'abstention, ne dispose pas, par hypothèse, d'un jugement en bonne et due forme, auquel il peut comparer les prétentions du demandeur, comme c'est le cas lorsqu'il statue sur une exception de chose jugée. Au stade de la déférence, il ne peut se fonder que sur les allégations des parties, telles qu'elles sont formulées dans leurs conclusions. Il devra donc cerner les recoupements éventuels entre les deux procédures sans l'aide d'une décision définitive qui fige les demandes des parties, mais sur base de conclusions au caractère souvent provisoire. Le risque qu'en accueillant l'exception d'abstention, le tribunal dénie au justiciable le droit de se faire entendre par un juge, ne doit pas être sous-estimé.<sup>2201</sup>

**490. Définition téléologique de l'objet de l'abstention** - Pour arriver à une définition utile du champ d'application de l'abstention, il faudra tenir compte des buts qui lui sont assignés, tout en gardant à l'esprit la nécessité de sauvegarder le droit fondamental à un juge. Si l'on s'en tient aux deux principes premiers que sont l'économie de procédures et la prévention des décisions contradictoires, on constate qu'ils ne plaident pas nécessairement pour la même définition. Il nous semble en effet que le premier justifie une approche plus souple de l'identité objective des litiges que le second. On a déjà observé dans l'introduction de cette étude que les deux principes ne coïncidaient pas exactement : des procédures concurrentes constituent toujours un gaspillage de ressources ; elles n'entraînent pas nécessairement des décisions contradictoires. L'impératif d'économie de procédure peut dès lors conduire à s'opposer à des procédures concurrentes qui à première vue laissent indifférente l'harmonie des solutions (*supra*, n° 19).

<sup>2199</sup> V. par exemple le Tribunal Fédéral dans le cadre du pronostic de reconnaissance, qui reconnaît que "le juge suisse doit mettre en balance le risque de jugements contradictoires, d'une part, et celui d'une atteinte au droit à la protection juridique d'autre part", TF, 7 juin 1988, ATF 114 II 183 ; TF, 18 février 1992, ATF 118 II (188), 190.

<sup>2200</sup> J.-M. REYMOND, *o.c.*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 204-205.

<sup>2201</sup> La difficulté de l'évaluation et le risque pour les parties a poussé la Cour Suprême du Canada à enjoindre les tribunaux à une certaine prudence. Dans une espèce interne, la Cour a ainsi constaté que "Bien que les critères applicables à la chose jugée régissent également la litispendance, il convient de garder à l'esprit que le fondement de l'analyse est essentiellement différent en cette dernière matière. Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a chose jugée, le tribunal saisi a à sa disposition un jugement dont il peut évaluer les termes et la portée, ce qui lui permet de cerner de manière précise l'autorité relative de la chose jugée qui devait être reconnue. Dans le cas de la litispendance, les conclusions des parties constituent son seul guide. Il s'ensuit que sa décision reposera sur les allégations des parties, qui doivent être considérées comme étant prouvées pour les besoins de l'analyse. La qualification accordée aux faits à ce stade préliminaire n'est qu'une hypothèse et par conséquent cet exercice délicat demande une grande prudence, parce qu'un dessaisissement erroné pour cause de litispendance priverait une partie une partie de ses droits, sans que le juge statue sur le fond. Ces conséquences importantes font qu'en cas de doute, il est préférable de rejeter l'exception de litispendance [...]" (*Rocis Constructions, Inc. v Dominion Ready Mix, Inc.* [1990] 2 S.C.R. 440, 465).

Le visage que l'on donne à la déférence peut varier selon que l'on se contente de prévenir la contradiction de jugements, objectif premier, ou que l'on se montre plus ambitieux et que l'on estime également nécessaire de faire de l'abstention un véritable instrument de coordination des procédures concurrentes en lui assignant un champ d'application plus étendu. Force est donc de constater qu'il y a place pour plusieurs définitions de l'identité entre litiges, selon le but recherché. L'exception de déférence devra au minimum intervenir à chaque fois que le risque existe d'une contradiction entre décisions. Ce minimum une fois accepté et défini de façon plus précise, on examinera s'il est possible de le dépasser pour faire de la déférence un instrument au service de l'économie de procédures.

**491. L'objectif minimum : la prévention des conflits de décisions** - Il nous semble que la référence à la contrariété éventuelle des décisions doit constituer l'exigence minimale servant de support à la condition d'identité entre procédures. Cette exigence suffit-elle ou importe-t-il de la préciser plus avant? Comment définir le dénominateur commun de deux procédures pour éviter qu'il y ait contrariété de décisions? L'expérience de l'espace judiciaire européen peut servir de guide dans cette entreprise. Elle apprend que l'inconciliabilité peut être de nature différente.

On peut tout d'abord exclure toute référence, pour interpréter le critère de l'inconciliabilité, aux concepts de cause et d'objet, ou d'autres équivalents comme le *Streitgegenstand* déjà évoqué. Certes, dans la tradition française au moins, les limites de la chose jugée sont définies de manière formelle par référence à une exigence d'identité de cause, d'objet et de parties (art. 1351 C. civ). On a toutefois vu que ces concepts posaient de nombreuses difficultés dans le commerce juridique international, et qu'ils conduisaient inmanquablement à une interprétation formelle et restrictive inacceptable.

On accepte d'ailleurs que des demandes peuvent être inconciliables au sens de l'article 27-3 de la Convention de Bruxelles [devenu l'article 34-4° du Règlement 44/2001] sans pour autant porter sur le même objet.<sup>2202</sup> On a vu que cette disposition permettait à un Etat contractant de refuser d'accorder effet à une décision émanant d'un autre Etat contractant lorsque celle-ci est "inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'Etat requis".<sup>2203</sup> Dans l'affaire *Hoffmann* déjà évoqué, la Cour a conclu à l'inconciliabilité entre la demande en divorce et la demande d'attribution d'une pension alimentaire, sans s'arrêter à une éventuelle différence d'objet.<sup>2204</sup>

**492. L'objectif minimum : la prévention des conflits de décisions (suite)** - Cette interprétation est confirmée à *contrario* par la comparaison entre les articles 27-3° et 27-5° de la Convention de Bruxelles. Le dernier, adopté lors de la Convention d'adhésion de 1978, permet à un Etat de refuser la reconnaissance d'une décision émanant d'un Etat contractant lorsque celle-ci contredit une décision rendue antérieurement dans un Etat tiers. C'est expressément que ce motif de refus de reconnaissance – inséré pour éviter des "complications diplomatiques"<sup>2205</sup> – est défini de façon plus restrictive que son pendant

<sup>2202</sup> En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 268, n° 369 ; J. KROPHOLLER, 1998, 410-411 ; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *ac.*, 158, n° 277 V. également les conclusions de l'avocat-général Darmon dans l'affaire *Hoffmann*, *Rec.*, 1988, (645), 655, n° 9 ainsi que le rapport Jenard, p. 45, qui explique que « il n'est donc pas nécessaire qu'il s'agisse du même litige, fondé sur la même cause ».

<sup>2203</sup> V. *supra* la discussion des conflits de décisions, n° 362.

<sup>2204</sup> La Cour note d'ailleurs que "la décision étrangère, qui présuppose nécessairement l'existence du lien matrimonial, devrait être mise à exécution, alors que ce lien a été dissous par une décision rendue entre les mêmes parties dans l'Etat requis", (C.J.C.E., 4 février 1988, aff. 145/86, *Rec.*, 1988, (645), 669, n° 24).

<sup>2205</sup> Rapport Schlosser, n° 205.

intra-européen. Il fallait en effet réduire au minimum les obstacles à la libre circulation des jugements à l'intérieur de l'Europe – tout en concédant une certaine exception à cette libre circulation pour ne pas mettre en danger les relations avec les Etats tiers.

Outre une condition liée à l'antériorité de la décision du for tiers – absente de l'article 27-3 – l'article 27-5 [devenu l'article 34-5° du Règlement 44/2001] exige également que la décision porte sur la même *cause* et le même *objet*. Or cette condition est fortement critiquée parce qu'elle laisse subsister des décisions inconciliables.<sup>2206</sup> La doctrine explique à juste titre que la limitation du motif de refus de reconnaissance aura pour effet de laisser coexister des conflits entre décisions – que le droit national sera d'ailleurs bien souvent incapable de résoudre.

On voit que réduire l'inconciliabilité à une contradiction entre des décisions portant sur le même objet et la même cause conduirait à amputer l'abstention d'une partie de sa raison d'être – à moins d'interpréter les concepts d'objet et de cause aussi largement que ne le fait la Cour de Justice dans le cadre de la litispendance européenne. On peut cependant douter que cette dernière solution soit de bonne politique législative.

**493. Le critère de l'exécution simultanée des décisions** - Il est également certain que la comparaison entre les décisions doit s'attacher en principe aux seuls dispositifs de celles-ci et non à la motivation. Exiger la contradiction entre les raisonnements des juges irait trop loin.<sup>2207</sup> Par hypothèse, les règles de droit invoquées par les parties et appliquées par les juges seront différentes, de sorte qu'il y aurait toujours contradiction. Deux jugements peuvent d'ailleurs reposer sur une motivation divergente sans être inconciliables dans leurs effets. Plutôt qu'à la motivation adoptée par les tribunaux, il faut s'en tenir aux *conséquences juridiques* de l'exécution des décisions.<sup>2208</sup> C'est ce que la Cour a décidé dans l'affaire *Hoffmann*.

Comme l'on pouvait s'y attendre, la Cour a donné à la condition d'inconciliabilité entre décisions une définition *autonome*.<sup>2209</sup> En l'espèce, un citoyen allemand s'opposait l'exécution aux Pays-Bas d'une décision allemande accordant une pension alimentaire à son épouse. Il invoquait l'inconciliabilité de cette décision avec un jugement ultérieur prononcé par les tribunaux néerlandais, qui accordait le divorce.<sup>2210</sup>

La Cour décida que pour établir si les décisions étaient véritablement inconciliables, il fallait examiner si elles "entraînent des conséquences juridiques qui s'excluent

<sup>2206</sup> Critique en ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 272, n° 377 ; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *op. cit.*, 162-163, n° 285. *Comp.* J. KROPHOLLER, 1998, 413, qui explique que le concept d'inconciliabilité doit se comprendre de la même façon à l'article 34-4° qu'à l'article 34-3°, l'ajout de la condition d'identité d'objet et de cause ne justifiant pas une distinction pertinente.

<sup>2207</sup> En ce sens également pour l'interprétation de l'article 27-3 de la Convention de Bruxelles, ccls. A.-G. Darmon, C.J.C.E., 4 février 1988, *Hoffmann*, aff. 145/86, *Rec.*, 1988, 654, n° 10.

<sup>2208</sup> On entendra toutefois le concept de 'dispositif' au sens large pour y inclure les motifs de la décision qui sont inséparable du dispositifs ou qui sont absolument nécessaires pour le fonder.

<sup>2209</sup> V. cependant BGH, 22 juin 1983, *N.J.W.*, 1984, 568 ; *R.I.W.*, 1983, 695 ; *IPRspr.*, 1983, n° 176 ; *VersR.*, 1983, 874 ; *J.Z.*, 1983, 903, qui prend appui sur le droit de l'état requis pour la définition du concept. Pour les controverses sur cette question, V. M. KOCH, *Unvereinbare Entscheidungen i.S.d. Art. 27 Nr 3 und 5 EuGVÜ und ihre Vermeidung*, Frankfurt a.M., Lang, 1993, 18-22. Si le concept d'inconciliabilité doit être entendu de façon autonome, il faudra toutefois s'en remettre au droit national des deux Etats dont émanent les décisions pour mesurer leurs effets propres, l'interprétation européenne n'intervenant que pour la comparaison entre ces effets (v. J. KROPHOLLER, 1998, 411).

<sup>2210</sup> On a vu que le motif de refus de reconnaissance tiré de l'article 27-3 peut être invoqué alors même que la décision rendue dans le for l'a été après celle du for étranger (*supra*, n° 363).

mutuellement".<sup>2211</sup> En l'espèce il n'y avait pas de doute que cette condition était remplie, puisque l'exécution aux Pays-Bas de la décision allemande aurait eu pour conséquence d'attribuer effet à un mariage réputé dissout dans une décision du for.<sup>2212</sup> Comme on l'a observé, il s'agit donc "de savoir si les effets cumulés des deux jugements entraîneraient une contradiction incompatible avec la cohérence de l'ordre juridique de l'Etat requis".<sup>2213</sup>

Ceci sera par exemple le cas lorsque le juge d'un Etat accorde des dommages et intérêts pour inexécution contractuelle, alors que le juge d'un autre Etat a déclaré inexistant le même contrat.<sup>2214</sup> La Cour a encore récemment précisé qu'étaient inconciliables deux décisions prises en référé, l'une prononçant une mesure enjoignant à un débiteur de ne pas accomplir certains actes et l'autre refusant d'octroyer une telle mesure entre les mêmes parties.<sup>2215</sup>

**494. Une nouvelle définition du dénominateur commun** - On peut déjà tirer une première conclusion de l'analyse. Celle-ci a montré qu'on pouvait construire le concept de 'dénominateur commun' déterminant le champ d'application de l'abstention par référence au *but* assigné à celle-ci. L'approche minimale consiste alors à prévenir l'apparition de décisions dont l'exécution simultanée se révèle impossible. Dans cette conception, il n'est plus besoin de faire une distinction entre plusieurs éléments constituant l'identité objective d'un litige. L'appréciation se fera de manière *globale*.

Il ne semble pas nécessaire de limiter ou de définir plus en détail ce concept. On a parfois proposé des concepts plus synthétiques pour définir de manière globale la similitude entre deux actions. On a pu ainsi parler de façon fort générale d'une « équivalence » entre actions, le juge devant examiner si les deux actions remplissent la même réalité sociale.<sup>2216</sup> D'autres ont proposé de définir l'objet du litige à partir des "conclusions du demandeur fondées sur l'état de fait invoqué".<sup>2217</sup> Une autre partie de la doctrine a proposé de substituer aux notions traditionnelles de 'cause' et d'objet' celles de "question litigieuse" au sens de l'expression '*eadem quaestio*'.<sup>2218</sup>

<sup>2211</sup> *Rec.*, 1988, I-662, point 22. Jurisprudence récemment confirmée par la Cour in *Italian leather SpA c WE CO GmbH*, aff. C-80/00, décision du 6 juin 2002 encore inédite, point 40. La Cour a à cette occasion précisé que « l'inconciliabilité caractérise les effets des décisions juridictionnelles ; elle ne concerne pas les conditions de recevabilité et de procédure, éventuellement variables d'un Etat à l'autre, au respect desquelles est subordonnée l'adoption desdites décisions » (point 44).

<sup>2212</sup> V. également *Macaulay v Macaulay* [1991] 1 WLR 179 (le juge anglais refuse de reconnaître une décision irlandaise accordant une pension alimentaire à l'épouse parce que l'époux avait obtenu le divorce des tribunaux anglais. La Cour fait expressément référence à l'arrêt *Hoffmann v Krieg*, même si en l'espèce la Convention de Bruxelles n'était pas applicable. La Convention de La Haye de 1973 sur la reconnaissance des pensions alimentaires s'appliquait, qui contient un motif de refus de reconnaissance similaire).

<sup>2213</sup> Y. DONZALLAZ, *Convention de Lugano*, II, Berne, Staempfli, 1997, 494, n° 3046. Comme le note M. Briggs, il ne sera pas toujours facile pour le juge requis de déterminer si les conséquences juridiques de deux jugements s'excluent mutuellement : A. BRIGGS, note sous *Hoffmann v Krieg*, *Yearbook Eur. Law*, 1988, Oxford, Clarendon Press, 1989, (265), 267-268.

<sup>2214</sup> P. ex. Trib. Bruxelles, 12 avril 1988, *R.G.D.C.*, 1989, 422. V. aussi Civ. Liège, 24 mars 1993, *J.L.M.L.B.* 1994, 929.

<sup>2215</sup> C.J.C.E., 6 juin 2002, *Italian leather SpA c WE CO GmbH*, aff. C-80/00, décision encore inédite, point 47.

<sup>2216</sup> M. Schneider propose par exemple de remplacer la notion d'identité par celle, plus souple d'« équivalence » entre les deux procédures, le juge devant examiner si les deux actions remplissent en réalité la même « fonction sociale » (B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 309). Cette formule est attrayante, encore fait-il en déterminer les conséquences précises, ce qui n'est pas toujours facile.

<sup>2217</sup> W. J. HABSCHIED, *Droit judiciaire privé suisse*, Genève, Librairie de l'Université/Georg & Cie, 1975, 244.

<sup>2218</sup> M. D. TOMASIN, ac., Paris, 1975, 200-202, n° 271-273, qui s'en réfère à Motulsky et à Vizioz. *Comp. M. Héron*, qui propose le concept de "matière litigieuse" (*Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, 209, n° 285).

Le grand désavantage de ces suggestions est qu'elles nécessitent un travail d'analyse proprement dialectique. Comme le faisait remarquer *Laurent*, « les glossateurs ont si bien subtilisé qu'ils en sont arrivés à confondre ce que le simple bon sens suffit à distinguer ». <sup>2219</sup> La formule fonctionnelle retenue ici se recommande de ce bon sens. Elle ne pourra sans doute pas venir à bout de toutes les difficultés, mais aura au moins le mérite de se révéler être dans la majorité des cas d'une application plus facile que les formules traditionnelles. De même, en faisant table rase des distinctions byzantines héritées du passé, l'approche fonctionnelle évite de contraindre le juge à dénaturer les concepts de la règle pour conserver à la déférence un minimum d'efficacité.

**495. Réforme de la litispendance européenne** - Cette analyse gagnerait sans doute à être suivie au sein de l'espace judiciaire européen. Il convient en effet à notre sens de substituer à la définition de l'identité des procédures retenues à l'article 21 le concept d'inconciliabilité de décisions tel qu'il figure à l'article 27(3). En pratique, cette substitution n'aura pas grand effet pour la portée de la litispendance européenne. On a vu en effet que la jurisprudence de la Cour a complètement dénaturé la condition d'identité d'objet et de cause, ne laissant subsister de la disposition originale qu'un semblant de distinction entre trois concepts qui ne fait que compliquer l'analyse. L'interprétation qu'elle en donne est toute entière dictée par le souci d'éviter la naissance de décisions contradictoires. C'est bien l'article 27(3) qui commande l'article 21 et non le contraire. <sup>2220</sup>

Maintenir la référence aux concepts de 'cause' et d'objet' n'est somme toute qu'une façade, qui permet sans doute d'éviter d'attiser encore les critiques déjà nombreuses de la jurisprudence pour le moins libérale de la Cour. Se débarrasser de ces concepts éviterait d'entretenir l'illusion d'un quelconque lien avec les conceptions nationales et délivrerait la Cour de l'obligation de donner à la cause et à l'objet une définition qui n'a plus aucune relation avec leur signification première.

**496. Résultats de cette approche** - L'approche proposée consiste à déduire le dénominateur commun du but assigné à la déférence internationale. Dans un premier temps, cette approche incite à limiter le domaine d'application de la déférence aux situations qui présentent un danger de contradiction de décisions. Appliqué au contentieux du divorce international, évoqué à de nombreuses reprises dans ce chapitre, ce critère conduirait à justifier l'application de la règle de déférence à des demandes concurrentes tendant à obtenir la dissolution d'un même mariage, quelle que soit la dénomination précise de la demande ou les griefs invoqués par les parties. Ainsi, une demande de divorce fondée sur l'adultère d'un des époux devrait s'incliner devant une demande de divorce antérieure invoquant l'inconciliabilité d'humeur. De même, il y aurait concurrence entre une demande de divorce et une demande d'annulation du mariage, puisqu'elles visent toutes les deux à obtenir la dissolution du lien matrimonial. On ne peut concevoir des époux à la fois divorcés et dont le mariage aurait été en même temps annulé. Pour la même raison, une demande de divorce serait réputée entrer en conflit avec une demande de séparation de corps, puisque la première vise à obtenir la dissolution du lien conjugal que la seconde vise à relâcher.

<sup>2219</sup> Laurent, t. XX, n° 64, tel que cité par H. DE PAGE, *ac.*, Bruxelles, Bruylant, 1967, 1007, n° 960. Ce dernier auteur en appelait également au « bon sens », ajoutant que les controverses ont le plus souvent abouti à obscurcir qu'à éclairer la question.

<sup>2220</sup> Dans l'affaire *Drouot*, précitée, la Cour a expliqué qu'il peut y avoir identité de parties lorsque « les intérêts d'un assureur et de son assuré peuvent être à ce point identiques qu'un jugement prononcé contre l'un aurait force de chose jugée à l'égard de l'autre » (point 19).

Avec cette conception, on se rapproche sensiblement des résultats auxquels tend la jurisprudence des pays de *common law*. La théorie de l'identité des litiges a reçu une attention moindre de ces jurisprudences, notamment parce que les doctrines utilisées pour coordonner les procédures concurrentes possèdent un champ d'application plus large que le seul conflit de procédures. Lorsque la question est posée, elle reçoit une réponse presque informelle, qui ne s'embarrasse pas de concepts abstraits tel que l'objet ou la cause. Ainsi dans l'affaire de *Dampierre*, l'époux sollicitait des tribunaux anglais qu'ils sursoient à statuer sur la demande de divorce formée par son épouse, en raison de l'existence d'une procédure de divorce concurrente en France, dont il avait pris l'initiative. Si les deux demandes tendaient à obtenir le même effet, les griefs invoqués n'étaient pas les mêmes. Devant le juge français, l'époux invoquait l'abandon du domicile conjugal; alors que son épouse elle alléguait à Londres la cruauté et l'égoïsme de son mari. Naturellement, chaque époux demandait le divorce à charge de l'autre.

La question de l'identité des deux procédures ne fut toutefois pas abordée par la Chambre des Lords. Celle-ci examina l'exception de *forum non conveniens* sans s'arrêter au détail de chaque procédure. L'identité a été pour ainsi dire présumée, le tribunal semblant se contenter d'une identité de principe entre les deux procédures.<sup>2221</sup> Il semble en outre que la question de la similitude entre procédures ne soit pas posée en tant que telle, mais seulement pour vérifier que les parties pourront obtenir du juge étranger un remède au moins comparable à celui qu'offre le for. La question est alors abordée à un stade ultérieur et sous un autre angle. L'abstention sera refusée lorsque la procédure étrangère n'offre pas la possibilité aux parties d'obtenir pleine satisfaction, c'est-à-dire d'obtenir un remède au moins équivalent à celui postulé dans le for.<sup>2222</sup> Il s'agit là d'une approche fonctionnelle, qui dépasse le cadre formaliste de la pure identité.<sup>2223</sup>

<sup>2221</sup> Dans l'affaire *Abidin Daver*, Lord Diplock avait évoqué deux procédures portant sur le même « subject matter », ce qui laissait déjà entrevoir une approche pour le moins flexible (*The Abidin Daver*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 339, 344; [1984] 1 A.C. 398, 411). V. également l'affaire *Henry v Henry*, [1995-1996] 185 CLR 571 (HCA) et *Kronberg v Kronberg*, 76 DLR (4th) 379 (Manitoba Court of Appeal 1990) (procédures en divorce et partage de la communauté matrimoniale, de part et d'autre de la frontière américano-canadienne, la Cour examine une demande de 'stay' et d'injonction *anti-suit* sans se préoccuper de l'identité précise entre les deux litiges). Les tribunaux adoptent la même approche à l'égard de l'identité subjective. Un juge américain a ainsi expliqué à propos de procédures concurrentes engagées en Angleterre et aux États-Unis que « The first distinction [entre les procédures] is that the parties trade places on either side of the 'v'. [...] This seems to be a distinction without much difference in this case » (*R. F. Goldhammer et al. v Dunkeim' Donuts, Inc.*, 59 F. Supp. 2d 248, 252 (D. Mass. 1999)).

<sup>2222</sup> L'affaire *Westec* illustre parfaitement le refus des tribunaux de *common law* de se laisser dominer par une approche formelle de l'identité des litiges. En l'espèce se posait la question de savoir si le juge canadien allait accorder l'exception de for inapproprié soulevée par le défendeur américain au profit d'une procédure engagée antérieurement aux États-Unis. Cette procédure visait à obtenir une déclaration l'exonérant de toute responsabilité dans un litige l'opposant à son fournisseur canadien de logiciel. Trois mois après le début de cette procédure, celui-ci réclama des tribunaux canadiens en dommages et intérêts : *Westec Aerospace Inc v Raytheon Aircraft*, 173 D.L.R. (4th) 498 (Cour d'Appel de la Colombie). La question de l'identité des litiges se posait dès lors que la jurisprudence canadienne avait adopté un test sensiblement différent pour le *forum non conveniens* en présence d'actions concurrentes (*infra*, n° 565). L'entreprise canadienne tentait d'échapper au 'stay' en arguant que les deux procédures n'étaient pas « parallèles », puisque son action s'appuyait sur l'existence d'un contrat qu'elle prétendait violé, alors que son adversaire alléguait devant les tribunaux américains que le contrat était nul. La Cour refusa cette distinction à ses yeux spécieuse : « the narrow meaning [the plaintiff] gives to the words 'parallel proceedings' flies in the face of the juridical use of the term and the policy rationale that supports it » (173 D.L.R. (4th) 498, 508). Et le juge Rowles d'en appeler à la définition proposée par Lord Diplock dans l'affaire *Abidin Daver*, selon laquelle il y a conflit de procédures en présence de « litigation between the same parties about the same subject matter in which the roles of plaintiff and defendant were reversed » ([1984] 1 Lloyd's Rep. 339, 344; [1984] 1 AC 398, 411). Rejetant ce qu'elle qualifia être une « narrow, particular and formalistic approach to determining whether proceedings are parallel [...] », la Cour lui préféra l'approche suivante : « the focus of the inquiry as to whether there are parallel proceedings should remain on the substance of the dispute and not on how it is framed in any given action » (173 D.L.R. (4th) 498, 508). V. aussi *AAR Intern, Inc v Vacances Heliades S.A.*, 100 F. Supp.2d 875, 877 (N.D.Ill., 2000) : le tribunal observe que « The parties are

## (II) UNE APPROCHE PLUS AMBITIEUSE

497. **Introduction** – La contradiction entre décisions, un critère qui s'apprécie *en fait*, constitue la première mesure de la portée de l'exception de déférence. On peut estimer nécessaire de ne pas s'en tenir à cette première définition. L'exception de déférence ainsi définie ne permettra en effet pas de satisfaire pleinement l'objectif d'économie de procédures. C'est ce qu'illustre la distinction entre les deux acceptations du concept de contradiction entre décisions. A côté de la contradiction *concrète* - telle qu'elle vient d'être définie, c'est-à-dire qui se mesure à l'exclusion des conséquences juridiques des décisions concernées - on distingue une variante 'abstraite' de la notion, plus large.

La distinction entre les deux acceptations de l'inconciliabilité peut être illustrée à l'aide des exemples suivants. Lorsque le juge du for A condamne l'acheteur de marchandises au paiement du prix de celles-ci, et que le juge du for B décide au contraire que le contrat n'a jamais existé, en raison du consentement vicié de l'acheteur, la contradiction n'est pas simplement *abstraite*. L'exécution simultanée des décisions est tout simplement impossible puisque les effets recherchés s'opposent.<sup>2224</sup>

Il n'en va pas de même lorsque, dans la même situation, le for B condamne le vendeur au paiement de dommages et intérêts pour défaut des marchandises livrées. Comme la Cour de cassation française l'a constaté, ces deux décisions peuvent être exécutées concurremment, les prétentions de l'acheteur et du vendeur étant ramenées à la plus petite d'entre elles.<sup>2225</sup> Si l'on s'en tient aux principes, on ne peut nier la contradiction puisque d'un côté l'acheteur est condamné à l'exécution de ses obligations, le tribunal rejetant (implicitement) sa demande reconventionnelle alléguant le défaut des marchandises, alors que de l'autre la mauvaise exécution dans le chef du vendeur est reconnue. Au niveau des faits par contre, la collision peut être évitée.

M. Droz donne un autre exemple qui éclaire la distinction.<sup>2226</sup> Soit un accident de la circulation en France entre deux véhicules conduit par des citoyens des Pays-Bas, qui donne lieu à deux procédures, l'une en France, lieu de l'accident, l'autre aux Pays-Bas où réside l'automobiliste fautif. Si les juges français et néerlandais s'accordent sur la responsabilité de ce dernier, tout en se divisant sur le montant des dommages et intérêts, par exemple parce que le droit néerlandais répugne à reconnaître un dommage simplement moral, la contradiction entre les décisions n'empêchera pas l'exécution simultanée de celles-ci. Il n'en va évidemment pas de même lorsque le juge français exonère le conducteur de toute responsabilité, alors que le juge batave le déclare

---

the same. Are the causes of action? They need not be identical for proceedings to be parallel as long as there is a 'substantial likelihood' that the foreign litigation 'will dispose of all the claims presented in the federal case' ».

<sup>2223</sup> La disposition du projet de Convention anglo-américain de 1976 relative aux procédures concurrentes évoquait des procédures portant sur « the same transaction or occurrence ».

<sup>2224</sup> Exemple donné par le Rapport Jenard, p. 45. Il en va de même lorsqu'un juge de paix belge a accordé à une épouse une pension alimentaire à concurrence de 60 % des indemnités dont la sécurité sociale est redevable à son époux, alors que le juge néerlandais décide pendant la procédure de divorce qu'il n'y a pas lieu au paiement d'une pension alimentaire. V. HR, 26 janvier 1979, *N.J.*, 1979, 399, note J.C. SCHULSZ ; *N.I.L.R.*, 1981, 84, note VERHEUL (en l'espèce le Hoge Raad a refusé de donner suite à l'exception de contrariété soulevée par l'époux parce qu'il ne l'avait pas invoquée devant le juge du fond. Selon le HR, celui-ci n'était pas dans l'obligation d'invoquer ex officio la contrariété avec une décision du for).

<sup>2225</sup> Cass. fr., 3 novembre 1977, *R.C.D.I.P.*, 1978, 773 ; *Répertoire de jurisprudence communautaire Série D'*, I-27.3-B1. En l'espèce il s'agissait de la vente de volailles qui s'étaient révélées malades.

<sup>2226</sup> G. A. L. DROZ, 1972, n° 514.

responsable. Dans ce cas, il n'y a plus place pour une exécution concomitante des décisions. On aperçoit ainsi les domaines respectifs de l'inconciliabilité 'abstraite' et 'concrète',<sup>2227</sup> la première visant la contradiction entre les raisonnements suivis par les juges alors que la dernière s'attache uniquement aux conséquences juridiques des décisions et en particulier à leur exécution simultanée.<sup>2228</sup>

**498. Deux conceptions de l'inconciliabilité** – On aura évidemment reconnu les deux conceptions de l'inconciliabilité utilisée dans la Convention de Bruxelles. L'approche plus large est celle du déclinatoire de connexité, dont le but est de dépasser la simple prévention des conflits de décisions pour embrasser plus largement la coordination de procédures mettant en jeu des questions apparentées. L'approche plus restrictive est celle du motif de refus déduit de l'article 27-3°. La différence entre les deux définitions, consacrée par la Cour de Justice dans l'arrêt *Tatry*,<sup>2229</sup> s'explique dans le contexte de la Convention de Bruxelles par le statut de cette dernière disposition<sup>2230</sup> : constituant un motif de refus de reconnaissance, il doit être interprété restrictivement pour ne pas porter trop d'ombre à la libre circulation des jugements, objectif final de la Convention.<sup>2231</sup> L'exception de connexité au contraire a pour but d'"améliorer la coordination de l'exercice de la fonction judiciaire à l'intérieur de la Communauté".<sup>2232</sup> La contradiction de jugements qu'elle s'emploie à prévenir porte sur le raisonnement utilisé par les deux tribunaux.<sup>2233</sup>

La contradiction abstraite trouve un terrain d'élection dans les procédures multipartites, lorsque certaines des parties impliquées dans une procédure ne le sont pas dans l'autre. Ainsi un juge français a-t-il pu décider qu'il n'y avait pas contradiction au sens de l'article 27(3) entre une décision italienne prononçant la résolution d'un contrat de vente aux torts d'une société française et une décision française prononçant la résiliation du même contrat, cette fois-ci aux torts de l'entreprise italienne.<sup>2234</sup> En l'espèce le tribunal a constaté que les parties n'étaient pas les mêmes, puisque la procédure française

<sup>2227</sup> Que l'avocat général Tesauo appelle incompatibilité 'technique' (affaire *Tatry*, précitée, *Rec.*, 1994, (I-5439), I-5446, n° 27). V. également les autres exemples illustrant la distinction, cités par l'avocat-général Darmon, dans l'affaire *Hoffmann* précitée, *Rec.*, 1988, 655-656, n° 12.

<sup>2228</sup> L'avocat général Tesauo expliquait qu'il y avait incompatibilité 'logique' chaque fois que le processus logique suivi par l'un des juges pour arriver à la solution du litige, peut concerner des questions susceptibles de présenter de l'importance aux fins de la décision de l'autre juge » (affaire *Tatry*, précitée, *Rec.*, 1994, (I-5439), I-5446, n° 28).

<sup>2229</sup> Dans cet arrêt la Cour a pris appui sur la différence entre les « objectifs » poursuivis par les deux dispositions – ainsi que, de façon peu convaincante, sur l'utilisation, dans les versions allemande et italienne des deux dispositions, d'expressions différentes (point 56), *comp.* avec le refus de la Cour de tenir compte des différentes versions linguistiques de l'article 21, *supra*, n° 482 – pour rejeter l'invitation qui lui était faite d'adopter la même interprétation du terme 'inconciliabilité' figurant aux articles 22 et 27-3 (point 55).

<sup>2230</sup> MM. Born, Fallon et van Boxstael voient à juste titre dans la différence d'interprétation des deux dispositions un exemple d'une contradiction entre l'interprétation systémique, qui commandait d'adopter la même acceptation du concept d'inconciliabilité dans les deux dispositions, et l'interprétation téléologique, qui ne pouvaient faire abstraction des buts différents assignés aux deux dispositions (2001, 436-437, n° 220).

<sup>2231</sup> La Cour avait d'ailleurs précisé à propos de l'article 27-3 qu'il faisait échec « à la réalisation d'un des objectifs fondamentaux de la Convention, qui vise à faciliter, dans toute la mesure du possible, la libre circulation des jugements [...] » (C.J.C.E., 2 juin 1994, *Solo Kleinmotoren c. Emilio Boch*, aff. C-414/92, *Rec.*, 1994, I-2247, point 20. La Cour en déduisait dans le même attendu que ce motif de refus de reconnaissance devait recevoir une « interprétation stricte ».

<sup>2232</sup> Ccl. Avocat-général Tesauo dans l'affaire *Tatry*, précitée, *Rec.*, 1994, I-5457, n° 28.

<sup>2233</sup> V. également la définition donnée par la Cour au concept d'inconciliabilité' au sens de l'article 22 dans l'arrêt *Tatry*. La Cour a défini la notion de contradiction comme comprenant "tous les cas où il existe un risque de contrariétés de solutions, même si les décisions peuvent être exécutées séparément et si leurs conséquences juridiques ne s'excluent pas mutuellement" (*Rec.*, 1994, I-5478, n° 53).

<sup>2234</sup> TGI Paris, (prés.), 31 mai 1989, *R.C.D.I.P.*, 1990, 550, note G. A. L. DROZ.



concernait également la filiale française de la société italienne, ce qui obviait tout risque de contradiction.

499. **Difficultés de la version large de la déférence** – La conception étendue de l'identité objective, qui englobe la contradiction abstraite, confère un domaine plus large à la déférence. Elle traduit également une inflexion dans les objectifs assignés à cette règle, la *coordination* des procédures concurrentes dans un souci d'économie des procédures prenant le pas sur la simple prévention de décisions contradictoires. Pour bien démarquer cette version du dénominateur commun premier de la déférence, on pourrait adopter la formulation de l'article 101 NCPC, qui évoque une situation dans laquelle « il est de bonne justice de les faire instruire et juger ensemble ». Ce faisant, la contradiction de décisions n'est plus évoquée directement.<sup>2235</sup> La question de savoir s'il est légitime d'adopter cette version large de la déférence dépendra en grande partie de la volonté politique du législateur.

L'accueil réservé au déclinatoire de connexité constitue un bon indicateur des chances de voir s'imposer la version *large* de la déférence. La distinction entre litispendance et connexité, qui s'est inévitablement posée dans certains pays en raison de la définition formelle adoptée pour l'identité objective entre litige,<sup>2236</sup> correspond en effet *mutatis mutandis* toutes proportions gardées à celle entre les deux versions de la déférence. Or le droit comparé révèle que si l'exception de litispendance a toujours été considérée "avec beaucoup de méfiance",<sup>2237</sup> la réticence à accepter le dessaisissement pour cause de connexité est plus grande encore.<sup>2238</sup> Au vrai, l'exception de connexité fait figure d'oiseau rare en droit comparé.

500. **Connexité et droit conventionnel** – Comme pour la litispendance, c'est le droit conventionnel qui a ouvert la voie en posant les premiers jalons d'une exception de connexité internationale. On la retrouve ainsi dans certaines des premières conventions bilatérales.<sup>2239</sup> La situation de connexité y était toutefois définie de façon extrêmement restrictive. N'étaient généralement considérées comme connexes que les affaires qui

<sup>2235</sup> On pourrait atteindre le même résultat en adoptant la définition retenue pour la connexité européenne, tout en réservant la formule figurant à l'article 27-3° de la Convention pour la version plus stricte de la règle.

<sup>2236</sup> Ceci explique que ni la jurisprudence, ni la doctrine des pays de *common law* n'aient abordé la question. Les techniques utilisées par les tribunaux de ces pays pour s'abstenir en déférence à une procédure étrangère, ne sont en effet pas liées par une définition stricte de l'identité entre procédures. Point n'est donc besoin de suppléer aux carences d'une règle au champ d'application strictement défini en prévoyant une autre règle pour les situations qui ne présenteraient pas l'identité requise. En ce sens, J. FAWCETT, "General Report", *Dedining Jurisdiction*, 43. L'absence de règle visant spécifiquement les situations de connexité ne doit pas cacher que l'utilisation de règles générales peut aboutir à des résultats différents selon le degré d'identité entre les actions, comme l'observe à juste titre S. BAUMGARTNER, *l.c.*, *ZZPInt.*, 1998, (203), 214. Ce auteur a par exemple montré que les tribunaux anglo-saxons sont susceptibles de réagir différemment lorsque seules certaines des parties impliquées dans une procédure le sont également dans l'autre, un hypothèse qui ressortit traditionnellement au domaine de la connexité (pp. 214-216). A l'instar de leurs collègues continentaux, ces tribunaux seront d'autant plus réticents à s'abstenir que la procédure étrangère ne porte que sur des questions connexes, J. FAWCETT, "General Report", *Dedining Jurisdiction*, 43.

<sup>2237</sup> G. A. L. DROZ, 1972, 221, n° 299.

<sup>2238</sup> S. BAUMGARTNER donne un excellent aperçu de droit comparé sur le sujet, *l.c.*, *ZZPInt.*, 1998, (203), 206-209.

<sup>2239</sup> P. ex. art. 4, § 1 de la Convention franco-belge (sur cette disposition, v. N. WATTÉ, *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. , 28-29, n° 155-161; M. WESER, *Traité franco-belge du 8 juillet 1899*, Paris/Bruxelles, Sirey/Larcier 1950, 160-179, p.ex. Nancy, 18 juin 1904, *Pas.*, 1904, IV, 164; Bruxelles, 27 mai 1907, *Pas.*, 1909, II, 161; Comm. Gand, 22 mai 1912, *J.D.I.*, 1912, 1236; Trib. Metz, 4 nov. 1970, *J.D.I.*, 1972, 314, note KAHN); art. 6 § 1 de la Convention belgo-néerlandaise (sur cette disposition, J. BELLEFROID, *Toelichting van het Nederlandsch-Belgisch Verdrag van 28 maart 1925...*, Nijmegen, Dekker & Van de Vegt, 1931, 45-50, avec application par Bruxelles, 13 mai 1969, *Reu. dr. int. dr. comp.*, 1970, 130); art. 19 de la Convention franco-italienne du 3 juin 1930 (sur cette disposition, N. TROCKER, "Italy", *Dedining Jurisdiction*, 288).

procédaient “de la même cause *ou* du même objet”<sup>2240</sup> – ce qui n’a d’ailleurs pas été sans influencer l’interprétation donnée à l’exception de litispendance prévue par ces mêmes conventions.<sup>2241</sup>

Il a fallu attendre 1968 et la Convention de Bruxelles pour que l’exception de connexité fasse sa véritable entrée dans le droit de la procédure internationale. L’article 22 de cette convention donne au tribunal second saisi la possibilité de surseoir à statuer ou de se dessaisir lorsqu’un tribunal d’un autre Etat contractant a été antérieurement saisi d’une demande connexe.<sup>2242</sup> La connexité telle qu’elle est définie dans cette disposition – sont réputées être connexes les demandes “liées entre elles par un rapport si étroit qu’il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d’éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément” – laissait déjà apparaître qu’il ne s’agissait pas seulement de prévenir les conflits de décisions.<sup>2243</sup> La Cour de Justice a confirmé cette intuition en consacrant une conception assez large de la connexité au titre de l’article 22. La Cour a en effet estimé que cette disposition devait être appliquée à chaque fois qu’il “existe un risque de contrariété de solutions, même si les décisions peuvent être exécutées séparément et si leurs conséquences juridiques ne s’excluent pas mutuellement”.<sup>2244</sup>

Conçu pour garantir “une meilleure coordination de l’exercice de la fonction judiciaire à l’intérieur de la Communauté”,<sup>2245</sup> le déclinatoire de connexité ainsi consacré – qui n’a pas la même rigueur que l’exception de litispendance<sup>2246</sup> – constitue un premier et important jalon dans la reconnaissance d’une version étendue de la déférence – même si en pratique, son rôle s’est réduit à mesure que la Cour de Justice étendait le champ d’application de l’exception européenne de litispendance.<sup>2247</sup>

**501. Déclinatoire de connexité internationale – l’exemple français - L’exemple européen a sans doute été à l’origine d’une (modeste) évolution dans le droit commun. Pour autant, la connexité n’a jusqu’à présent été acceptée que du bout des lèvres. Le changement le plus manifeste est dû aux tribunaux français. Classiquement ceux-ci**

<sup>2240</sup> C’était le cas par exemple des trois conventions citées à la note précédente.

<sup>2241</sup> La jurisprudence exigeant par réaction une stricte identité de cause et d’objet pour la litispendance, v. les affaires citées par M. EKELMANS, “Note sur la litispendance internationale”, *R.D.C.B.*, 1993, (1089), 1095, n° 18; N. WATTÉ, *Juris-Classeur. Droit International*, 27-28, n° 149-150.

<sup>2242</sup> Sur cette disposition v. R. SCHÜTZE, “Die Berücksichtigung der Konnexität nach dem EWG-Übereinkommen über die Gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtliche Entscheidungen”, *RIW/A WD*, 1975, 543 e.s. et l’étude d’ensemble de J. A. LÜPFERT, *Konnexität im EuGVÜ. Rechtsvergleichende Studie mit einem Vorschlag zur Weiterentwicklung des deutschen Rechts*, Berlin, Duncker und Humblot, 1997, 311 p.

<sup>2243</sup> V. aussi les explications du Rapport Jenard, selon qui le déclinatoire de connexité vise non seulement à prévenir les conflits de décisions, mais aussi à assurer une bonne administration de la justice dans la Communauté européenne (*J.O.C.E.*, 1979, C-59/41).

<sup>2244</sup> *C.J.C.E.*, *Taty*, 6 décembre 1994, aff. C-406/92, *Rec.*, 1994, I-5460, point 53.

<sup>2245</sup> Rapport Jenard, *J.O.C.E.*, 1979, C-59/41 et *C.J.C.E.*, *Taty*, 6 décembre 1994, aff. C-406/92, *Rec.*, 1994, I-5460, point 55.

<sup>2246</sup> Il appartient en effet au juge second saisi de décider librement s’il donne suite à l’exception, auquel cas il peut surseoir à statuer, soit se dessaisir. L’avocat-général Lenz a proposé trois critères permettant de guider le juge second saisi dans son appréciation de l’opportunité d’accueillir le déclinatoire de connexité (*C.J.C.E.*, *Owers Bank*, points 75-79), à savoir, « le degré de connexité et le risque de contrariété de décisions », « le stade atteint dans les procédures correspondantes » et enfin « la proximité des juridictions saisies par rapport aux faits ».

<sup>2247</sup> Le règlement de Bruxelles II ne prévoit pas de véritable exception de connexité. L’hypothèse des demandes similaires mais non identiques fait l’objet d’une disposition spécifique qui vise les actions dites “dépendantes”, *supra*, n° 477. *Adde* sur cette règle, P. DE VAREILLES SOMMIÈRE, *Gaz. Pal.*, 17-18 déc. 1999, (15), 23.

refusaient tout effet au déclinatoire de connexité internationale.<sup>2248</sup> La Cour d'Appel de Besançon a par exemple décidé en 1906

*“qu'il n'y a pas lieu à renvoi pour cause de connexité si les deux tribunaux saisis de deux causes connexes ne sont pas tous deux français, car entre deux jugements rendus l'un par un tribunal français, et l'autre par un tribunal étranger, le conflit de décisions ne peut avoir de conséquences sérieuses puisque le jugement étranger n'est pas exécutoire par lui-même, et que l'exécution peut être refusée en opposant l'exception de chose jugée”*.<sup>2249</sup>

On reconnaît un argument qui avait déjà été opposé à la litispendance internationale (*supra*, n° 433). Le changement fut long à venir, malgré les appels pressant de la doctrine.<sup>2250</sup>

Il a fallu attendre 1987 pour que la Cour de Cassation admette, du bout des lèvres, la possibilité d'un dessaisissement des juridictions françaises au profit des juridictions étrangères pour cause de connexité.<sup>2251</sup> Dans cette affaire, un double national franco-libanais marié à une Syrienne devenue française par le mariage, avait en 1984 demandé aux tribunaux libanais d'ordonner à l'épouse de réintégrer le domicile conjugal à Beyrouth, faute de quoi la séparation de corps serait prononcée à ses torts. L'épouse répliqua, d'une part, par une demande reconventionnelle visant à obtenir la séparation de corps aux torts du mari, et d'autre part en saisissant le juge français d'une demande en contribution aux charges du mariage. Le tribunal français rejeta l'exception de connexité soulevée par le mari, qui s'en plaignit devant la Cour de Cassation. Celle-ci refusa de critiquer l'arrêt attaqué au motif que “l'admission de l'exception de connexité n'est jamais qu'une simple faculté pour les tribunaux”,<sup>2252</sup> laissant ainsi entendre qu'elle ne s'opposerait pas à ce qu'un juge du fond fasse droit à une telle exception.

**502. Déclinatoire de connexité internationale – l'exemple français (suite)** - Cette décision, qui a été approuvée par la doctrine,<sup>2253</sup> laissait cependant subsister quelques doutes puisque la Cour s'était contenté d'approuver le rejet de l'exception de connexité. Ces derniers doutes ont été dissipés par un arrêt du 22 juin 1999.<sup>2254</sup> Dans cette affaire, une banque avait pratiqué une saisie à l'île Maurice sur une somme d'argent en possession de son débiteur. Une société de Hong Kong en revendiqua alors la propriété devant les tribunaux de l'île, en prétendant avoir confié la somme au débiteur aux fins de placement.

<sup>2248</sup> Paris, 15 janvier 1883, *J.D.I.*, 1884, 65; Alger, 15 octobre 1903, *J.D.I.*, 1904, 895; *R.C.D.I.P.*, 1910, 404; Aix, 16 juillet 1947, *R.C.D.I.P.*, 1948, 93, note Batiffol; Paris, 29 avril 1958, *Gaz. Pal.*, 1958, II, 27; Paris, 5 mai 1960, *J.D.I.*, 1961, 450; *R.C.D.I.P.*, 1960, 603.

<sup>2249</sup> Besançon, 13 août 1906, *J.D.I.*, 1907, 710 (motifs); *R.C.D.I.P.*, 1910, 404.

<sup>2250</sup> V. les références citées par A. HUET, “Litispendance et connexité internationale”, *Juris-Classeur. Droit International*, Fasc. 581-43, 11, n° 41. *Adde* D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, 370, n° 781. *Comp.* BATIFFOL et LAGARDE, II, 469-470, n° 676 (qui, pour la connexité, conçoivent mieux “que pour la litispendance un certain ‘isolationisme’, étant donné que les litiges en jeu, quoique connexes, sont distincts”. Ces auteurs n'en regrettent pas moins l'éventualité de décisions inconciliables).

<sup>2251</sup> Cass. fr., 20 oct. 1987, *J.D.I.*, 1988, 447, note A. HUET; *R.C.D.I.P.*, 1988, 540, note Y. LEQUETTE.

<sup>2252</sup> En 1969 déjà, la Cour avait approuvé une cour d'appel d'avoir admis le dessaisissement d'un tribunal français au profit d'un tribunal italien saisi antérieurement en raison de “l'étroite connexité” entre les deux instances, Cass., 10 mars 1969, *J.D.I.*, 1969, 659, note J.D. BREDIN. Cette décision ne pouvait cependant tenir lieu de précédent puisqu'en l'espèce le tribunal français était incompétent.

<sup>2253</sup> P. ex. P. MAYER, 1998, 287, n° 446, B. AUDIT, 1997, 332, n° 382, note 3.

<sup>2254</sup> Cass. fr., 22 juin 1999, *R.C.D.I.P.*, 2000, 42, note G. CUNIBERTI; *J.C.P.*, 1999, IV, 2429; *D.*, 1999, IR, 169. V. également Paris, 19 janv. 1994, *D.*, 1994, somm. 353, note B. AUDIT; Paris, 20 sept. 1991, *J.D.I.*, 1992, 957, note DION-LAYE (rejette cependant l'exception de connexité parce que les procédures en Autriche et en France sont “d'une nature différente”).

Craignant sans doute de ne pas obtenir satisfaction des tribunaux mauriciens, la société saisit également les tribunaux français en réclamant le paiement de ladite somme. La Cour d'Appel de Paris fit droit à l'exception de connexité invoquée par la banque.

Dans sa décision rejetant le pourvoi, la Cour de Cassation précisa, tout comme elle l'avait fait en 1987, que le dessaisissement pour cause de connexité internationale, n'est qu'une *faculté* reconnue aux tribunaux français. Sa décision contient toutefois des précisions qui vont au-delà de cette simple constatation, et qui précisent les contours de l'exception. La Cour ajouta en effet qu'un tel dessaisissement n'était légitime qu'à la condition que les deux juridictions relevant de deux Etats différents, soient également et compétemment saisies de deux instances entre lesquelles il existe un lien de nature à créer une contrariété de décisions.<sup>2255</sup> En l'espèce ce risque était présent puisque la solution du litige soumis au tribunal français commandait d'apprécier la validité de la saisie dont connaissait le tribunal mauricien.<sup>2256</sup>

On remarquera que l'exception de connexité internationale ainsi reconnue tient plus d'une version étroite de la déférence, puisque - au contraire de l'article 101 NCPC, qui se contente d'exiger pour que le dessaisissement soit justifié, l'existence d'un intérêt d'une bonne justice à faire instruire les deux affaires ensemble -, la simple économie de procédures ne suffit en revanche pas pour invoquer l'exception lorsque celle-ci est invoquée dans une espèce internationale. Il faut sans doute y voir une nouvelle expression de cette répugnance naturelle des tribunaux, déjà évoquée, à renoncer à statuer. Même si elle est subordonnée à des conditions rigoureuses, voilà en tout cas l'exception de connexité internationale reconnue à part entière dans le droit commun français.<sup>2257</sup>

**503. Droit commun - exception de question préalable** - En dehors de l'avancée enregistrée en droit français - qui s'explique à notre sens par la rigueur extrême des termes de la litispendance internationale - le principe de la connexité internationale n'a pas rencontré un franc succès en droit comparé. Tout au plus certaines juridictions ont-elles accepté de donner suite à une *exception de question préalable*. Il s'agit là d'une variante de l'exception de connexité, qui voit un tribunal surseoir à statuer pour permettre à un autre de se prononcer sur une question qui, sans être identique à celle dont il est saisi,

<sup>2255</sup> On a pu déduire de cet attendu que l'ordre des saisines était indifférent pour la connexité internationale, celle-ci pouvant être admise au profit d'une juridiction étrangère ultérieurement saisie (p. ex. CH. CHALAS, 506, n° 563, qui évoque l'article 101 NCPC, lui aussi indifférent à l'ordre de saisine). On remarquera toutefois qu'en l'espèce, les tribunaux mauriciens avaient été saisis avant les tribunaux français. Il faudra dès lors attendre une nouvelle décision de la Cour de Cassation pour confirmer que telle a bien été son intention. La doctrine antérieure à cette décision, avait déjà estimé qu'au contraire du déclinatoire de litispendance, l'exception de connexité internationale ne devait pas être subordonnée à une exigence d'antériorité de la saisine du tribunal étranger : A. HUET, "Litispendance et connexité internationale", *Juris-Classeur. Droit International*, Fasc. 581-43, 12, n° 47; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, 370, n° 783. *Comp. P. MAYER*, 1998, 284, note 140.

<sup>2256</sup> Cette décision est également remarquable parce que la Cour admet qu'une juridiction française puisse connaître d'une saisie pratiquée à l'étranger. Sur cet aspect, v. les commentaires de G. CUNIBERTI, *R.C.D.I.P.*, 2000, (43), 47-48.

<sup>2257</sup> Une évolution que prédisait déjà M. Holleaux, qui notait que "l'évolution survenue dans le domaine de la litispendance internationale [...] devrait conduire à accueillir l'exception de connexité internationale" : D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, 370, n° 781. M. Mayer note que dans la pratique la jurisprudence est encore plus réticente à admettre la connexité que l'exception de litispendance (1998, 284, note 140).

constitue toutefois un élément essentiel du raisonnement juridique auquel il devra procéder.<sup>2258</sup>

L'exception de question préalable a trouvé une première consécration dans la jurisprudence allemande. Celle-ci paraît réticente à la connexité proprement dite, que ce soit sous la forme de chef de compétence (*supra*, n° 90) ou d'exception. Elle a toutefois étendu aux espèces internationales la possibilité prévue au § 148 ZPO pour le juge de surseoir à statuer en cas de "préjudicialité" du litige étranger.<sup>2259</sup> Il ne s'agit pas à proprement parler d'une exception de connexité – inconnue en tant que telle en droit allemand,<sup>2260</sup> mais d'une simple faculté pour le juge allemand d'attendre que le tribunal étranger se prononce sur une question réputée préalable.

Si les tribunaux ont accepté le principe d'une extension du § 148 aux espèces internationales, les rares décisions se prononçant sur l'application internationale de cette disposition font montre d'une certaine réserve à l'égard du mécanisme. La Cour Supérieure de Karlsruhe, saisie d'une demande en divorce, a ainsi rejeté une demande de sursis en faveur d'une action en annulation d'un mariage dont étaient saisis les tribunaux du New Jersey en notant que, puisque les deux époux étaient domiciliés en Allemagne, l'application du droit allemand s'imposait, ce que ne garantissait pas la procédure américaine.<sup>2261</sup>

Dans d'autres espèces, c'est sur le pronostic de reconnaissance du futur jugement étranger, auquel elle est subordonnée tout comme la litispendance (*infra*, n° 716), que trébuche l'exception de question préalable. Le sursis n'a en effet de sens que dès lors que le juge allemand sera lié par la décision étrangère sur la question préalable. C'était par exemple le cas dans une espèce tranchée par la Cour d'Appel de Frankfurt en 1985.<sup>2262</sup> *In casu*, le tribunal de première instance avait rejeté l'exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure espagnole, en notant que la demande purement déclaratoire dont était saisi le juge espagnol ne pouvait être assimilée à la demande de dommages et intérêts dont il était saisi.<sup>2263</sup> Le juge fit toutefois droit à l'exception de question préalable. En appel la Cour approuva le rejet de l'exception de litispendance tout en réformant le sursis à statuer. Selon la Cour il n'était pas prouvé qu'une future décision espagnole pourrait être reconnue en Allemagne, faute de réciprocité.

La pratique montre ainsi que le principe, même s'il est accepté, entre difficilement dans les moeurs judiciaires. La doctrine n'est pas en reste, qui ne cache pas sa réserve à l'égard de ce qu'elle juge n'être qu'une simple faculté laissée à la libre appréciation du juge allemand.<sup>2264</sup> Seul l'avenir dira si le sursis pour cause de question préalable consacré en

<sup>2258</sup> Ainsi est défini le concept de "question préalable" dans le projet de Convention de La Haye (art. 12), à l'occasion de la répartition de compétence en matière de litiges portant sur les droits de la propriété intellectuelle.

<sup>2259</sup> Selon cette disposition, "Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, daß die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei".

<sup>2260</sup> H. SCHACK, 1996, 301, n° 766; R. SCHÜTZE, *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 180.

<sup>2261</sup> OLG Karlsruhe, 22 avril 1993, *FamRZ.*, 1994, 47; *IPRspr.*, 1995, n° 163, 361.

<sup>2262</sup> OLG Frankfurt, 12 novembre 1985, *IPRax*, 1986, 297; *N.J.W.*, 1986, 1443.

<sup>2263</sup> Sur cette jurisprudence, *supra*, n° 470.

<sup>2264</sup> J. LABERS et P. HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, I, Beck, München, 1986, 618, ad § 148, notent par exemple que le sursis sur la base du § 148 sera souvent "inopportun" ("unzweckmäßig"). GEIMER lui aussi est très réservé

droit italien depuis la réforme de 1995 connaîtra un plus grand succès.<sup>2265</sup> On peut déjà noter que le législateur italien a quelque peu atténué la nouveauté du mécanisme en conférant au sursis un caractère purement facultatif.<sup>2266</sup>

**504. Déclinatoire de connexité internationale - conclusion** - La connexité internationale, version *large* de la déférence, n'a pas (encore?) acquis la même reconnaissance que la version étroite représentée par l'exception de litispendance. Elle reste le privilège d'une poignée de juridictions - on notera par exemple qu'elle est absente du droit commun suisse<sup>2267</sup> et qu'elle a été expressément rejetée par les auteurs belges classiques.<sup>2268</sup> Là où elle est reconnue, on a vu qu'elle est au mieux d'une application marginale, réservée à des situations exceptionnelles.

Ceci ne doit pas surprendre. Avec la connexité on touche en effet aux confins de la déférence. En demandant à un tribunal de déférer à un autre parce que celui-ci est saisi d'une question simplement connexe, on pousse très loin l'effort de coordination entre tribunaux.<sup>2269</sup> Une telle extension semble plus indiquée dans le cadre d'accords conventionnels que dans celui d'efforts entrepris unilatéralement par un Etat. C'est ce

---

(1997, n° 2715 et *N.J.W.*, 1987, note sous BGH, 18 mars 1987, 3085-3086, dans laquelle il conseille aux tribunaux d'observer une "réserve" ("Zurückhaltung") pour éviter de priver abusivement un plaideur du droit d'accès à un tribunal allemand. Il suggère de n'avoir recours à l'article 148 que lorsque le tribunal étranger fera application de la même *lex causae* que le tribunal allemand). V. également W. HAU, 116-117; J. ALBERS, *Baurbach's Zivilprozessordnung*, München, Beck, 1993, § 148, n° 7 et S. BAUMGARTNER, *l.c.*, *Z.Z.P.Int.*, 1998, 209, qui note qu'il existe encore "some uncertainty as to whether domestic statutory law on related actions is available to deal with more than just a small group of cases in international litigation".

<sup>2265</sup> L'article 7(3) de la loi du 31 mai 1995 prévoit en effet qu'en cas de "préjudicialité" d'une instance étrangère, le juge italien peut surseoir à statuer dans l'attente de la décision étrangère : "Nel caso di pregiudizialità di una causa straniera, il giudice italiano può sospendere il processo se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetti per l'ordinamento italiano". Cette exception s'accompagne à l'article 6 de la même loi d'une extension de la compétence du juge du fond aux questions préalables pour lesquelles il ne possède pas compétence (*supra*, n° 88).

<sup>2266</sup> L'article 7(3) est rédigé de manière potestative ("peut"), alors que le règle de litispendance est obligatoire ("suspend" : "il giudice italiano [...] sospende il giudizio"). V. F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Turin, Utet, 60-61 et C. CONSOLO, "Profili della litispendenza internazionale", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1997, (5), 67-73.

<sup>2267</sup> En ce sens, S. BAUMGARTNER, *l.c.*, *Z.Z.P.Int.*, 1998, 297-208; K. SIEHR, "Switzerland", *Dedining Jurisdiction*, 394 (cet auteur précise cependant que rien n'empêche les parties elles-mêmes de se mettre d'accord pour attendre le résultat d'une procédure étrangère).

<sup>2268</sup> Ainsi Bormans enseignait-il que "un tribunal belge ne peut se dessaisir d'une cause parce qu'elle est connexe à une autre cause déjà pendante devant un tribunal étranger" : TH. BORMANS, *Commentaire législatif et doctrinal du Code de Procédure civile belge*, I, 3ème éd., Bruxelles, Larcier, 1884, 281, n° 956. La doctrine, quand elle aborde la question, se contente de constater que le déclinatoire de connexité ne fait pas partie du droit positif belge. P.ex. *R.P.D.B.*, v° Compétence en matière civile et commerciale, t. II, 483, n° 1752 ("L'exception de connexité ne peut être opposée devant un tribunal belge du chef d'une action intentée devant un tribunal étranger"); P. DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, II, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 1902, 5, n° 4 ("la connexité des causes, comme la litispendance, ne produit d'effet qu'entre les tribunaux belges. Jamais, à raison de la connexité, une cause ne peut être renvoyée devant un tribunal étranger"); du même, "Article 50 du Nouveau Code de Procédure civile", *B.J.*, 1884, (225), 227, n° XLII; *Les Nouvelles, Procédure civile*, I, Bruxelles, Larcier, 1954, 322, n° 1246. *Comp.* M. EKELMANS, *l.c.*, *R.D.C.B.*, 1993, 1103 (l'auteur constate que l'exception de connexité internationale "est sans doute souhaitable au regard de la coopération internationale", même si elle "se heurte à l'argument de souveraineté"). Le projet de Code de droit international privé ne déroge pas à cette règle, puisqu'il ne prévoit pas de déclinatoire de connexité internationale - alors que l'article 9 du même projet contient une règle de compétence basée sur la connexité.

<sup>2269</sup> V. les observations de la High Court australienne dans l'affaire *Henry v Henry* précitée. La Cour expliquait que lorsque les procédures concurrentes ne portent pas exactement sur le même litige, mais sur des questions connexes, « it may sometimes be appropriate to grant a temporary stay of the local proceedings to allow the factual issues to be determined in the other jurisdiction ». A l'inverse, en cas d'identité entre les litiges, « There are more compelling considerations in favour of a stay of the local proceedings [...] » ((1996), 185 CLR 571, 590 ; 135 ALR 564, 578 (quatre juges de la majorité)).

que révèle le droit comparé, qui apprend que le déclinatoire de connexité a connu un plus grand succès en droit conventionnel qu'en droit commun. Il n'est pas étonnant que cette forme sophistiquée de coopération judiciaire soit par ailleurs absente du projet de Convention de La Haye – ce serait sans doute trop demander d'une 'simple' convention mixte appelée à être appliquée à l'échelle mondiale. On peut déjà s'estimer heureux que le principe du déclinatoire de connexité internationale ait été consacré çà et là – on le rencontre par exemple dans une décision du tribunal de commerce de Bruxelles datant de 1922<sup>2270</sup> – et y voir la confirmation que l'idée de coordination gagne du terrain.

Une extension du domaine de l'abstention ne sera pas sans influencer la nature de la règle. Il sera en effet difficile de maintenir une règle aussi rigoureuse que celle prévue par l'article 21 de la Convention de Bruxelles. Au contraire, on peut penser qu'une exception de déférence *sensu lato* devra nécessairement laisser une certaine marge d'appréciation au juge.<sup>2271</sup> Au sein de l'espace judiciaire européen, le problème a été résolu en adoptant une dualité de règles, le déclinatoire de litispendance se conjuguant à l'exception de connexité. Le danger d'une telle approche est qu'il sera parfois malaisé de tracer la frontière qui sépare les deux versions de la déférence. L'expérience de la Convention de Bruxelles montre en outre qu'il existe un risque de confusion entre les deux règles – l'interprétation adoptée par la Cour de Justice a conduit à réduire le domaine de la connexité à la portion congrue.

**505. Egalité de degré dans la hiérarchie judiciaire** - Avant de passer au deuxième volet de ce chapitre, il est une autre question relative au champ d'application de la règle d'abstention dont on peut rapidement disposer. Il s'agit de savoir si l'abstention nécessite que deux procédures concurrentes soient pendantes au même degré de la hiérarchie judiciaire.<sup>2272</sup> On sait que le texte originel de la Convention de Bruxelles faisait de l'identité de degré une condition du déclinatoire de connexité.<sup>2273</sup> Cette condition tendait

<sup>2270</sup> Dans une affaire concernant les suites de la première guerre mondiale, le tribunal de commerce de Bruxelles a en effet accepté de surseoir à statuer en attendant que la justice anglaise se prononce sur une affaire connexe (Comm. Bruxelles, 2 février 1922, *Jur. Comm. Bruxelles*, 1922, 92). L'Etat anglais avait en l'espèce cédé à un syndicat franco-belge des biens constituant le butin et le matériel de guerre. Le syndicat étant en défaut de payer le prix convenu, l'Etat anglais saisit les tribunaux belges d'une demande de paiement. Peu après, les défendeurs introduisirent une demande devant les juridictions anglaises, réclamant des dommages et intérêts pour violation de la convention les liant à l'Etat anglais, dans l'espoir de pouvoir invoquer la compensation avec la somme qui leur était réclamée. Rejetant une exception de litispendance entre les deux procédures, le tribunal constate cependant qu'il existait entre les deux actions une "étroite connexité". C'est pourquoi il décide dans "l'intérêt d'une bonne justice" de surseoir à statuer en attendant la décision anglaise. Cette décision constitue une exception isolée, le refus d'accueillir le déclinatoire de connexité étant par ailleurs bien établi.

<sup>2271</sup> Comme le constate P. NYGH, « *Lis Alibi Pendens / Litispendance : Issues and Proposals. A Further Discussion Paper* », étude réalisée pour le comité 'O' de l'International Law Association, s.l., s.d., p. 6. L'auteur explique qu'il doit en être ainsi parce que « It may be more difficult to predict if a related action will indeed result in irreconcilable judgments ».

<sup>2272</sup> La condition de l'égalité de degré fait également partie de l'exception de litispendance telle que la connaît le droit interne belge. L'article 29 du Code Judiciaire dispose en effet que « Il y a litispendance toutes les fois que des demandes sont formées [...] devant plusieurs tribunaux [...] appelés à statuer *au premier degré de juridiction* ». (nous soulignons).

<sup>2273</sup> Selon l'article 22(1) la situation de connexité existait lorsque "des demandes connexes sont formées devant des juridictions d'États contractants différents et sont pendantes au premier degré [...]").

Cette condition figurait sans doute par erreur au premier alinéa de l'article 22, prévoyant le sursis à statuer, alors qu'elle aurait dû accompagner le dessaisissement prévu au deuxième alinéa, du moins c'est ce qu'explique un observateur privilégié comme M. DROZ, 1972, 325, n° 324. M. Droz concluait que cette erreur matérielle, pour malencontreuse qu'elle soit, obligeait à respecter la condition pour le premier alinéa. MM. GOTHOT et HOLLEAUX au contraire suggéraient qu'il convenait de s'écarter du texte de la Convention (ac, 127, n° 225).

L'erreur a heureusement été corrigée lors de la révision de la Convention en 1999, le règlement 44/2001 a fait passer la condition de l'identité de degré du premier au second alinéa. Cette condition ne vise donc plus que le dessaisissement.

à éviter de priver une partie d'un degré de juridiction, ce qui aurait été le cas si une juridiction du premier degré dont la décision est susceptible d'appel se dessaisissait en faveur d'une juridiction d'appel étrangère.<sup>2274</sup>

Pour autant, il ne semble pas qu'il faille faire de l'égalité de degré dans la hiérarchie judiciaire une condition *sine qua non* de la déférence. Il convient certes d'éviter de réduire de façon trop importante le droit d'accès des parties à un juge. La référence au principe du double degré de juridiction ne paraît toutefois pas décisive. Ce principe connaît en droit comparé d'importantes exceptions, instituées pour des raisons de conservation des ressources judiciaires.<sup>2275</sup> Dans la majorité des cas, la question ne se posera d'ailleurs pas, les instances étant pendantes au même degré. Lorsqu'elle se pose, il serait quelque peu formaliste d'obliger un juge à statuer sur un litige nonobstant la saisine concurrente d'un juge étranger parce que l'affaire est déjà plus avancée dans la hiérarchie judiciaire étrangère.<sup>2276</sup> En vérité cette condition n'a de sens que si une version 'large' de la déférence est adoptée. En cas d'identité absolue ou de grande similarité, une partie pourra au contraire difficilement prétendre être victime d'un 'renvoi' devant une juridiction étrangère d'un niveau supérieur puisque par hypothèse elle a dès le départ pris part (ou a eu l'occasion de prendre part) à la procédure étrangère. Il en va *a fortiori* de même en cas de procédures répétitives. Ce n'est qu'en cas de connexité que le problème se pose.

**506. Egalité de degré dans la hiérarchie judiciaire (suite)** - Il ne semble dès lors pas nécessaire de subordonner le jeu de la déférence à une condition d'égalité de degré dans la hiérarchie judiciaire. Il semble de meilleure politique législative d'accorder au for de l'abstention un certain pouvoir d'appréciation. Il lui appartiendra alors de déterminer, par exemple sur base des pièces et des conclusions échangées devant le juge étranger, si le 'renvoi' de la cause devant ce juge désavantagerait de façon manifeste une partie, en raison du degré d'avancement de la procédure étrangère. Cette approche plus flexible – qui pourrait s'intégrer dans une éventuelle exception à l'abstention pour cause de bonne administration de la justice, *infra* -, permettrait d'éviter le formalisme qui caractérise la

<sup>2274</sup> Rapport Jenard, *J.O.C.E.*, 5 mars 1979, C-59/41. V. par exemple *Dubai Bank Ltd. and Emirat Bank Int'l. Ltd. v. Albas*, [1998] I.L.Pr. 391 (dans un obiter dictum, le juge Steel observe qu'il n'y a pas connexité au sens de l'article 22 parce que la procédure belge concurrente était déjà en appel. En l'espèce le juge a toutefois donné suite à l'exception de litispendance) ; *Lough Neagh Exploitations v. Morrice et al.*, [1999] NI 258 (Ch. D.), (la Cour d'Appel refuse de donner suite au déclinatoire de connexité en constatant que la procédure irlandaise était déjà pendante en appel).

<sup>2275</sup> En droit belge, par exemple, on accepte que le principe du double degré de juridiction n'est pas d'ordre public, ni ne constitue un principe général de droit (Cass., 3 oct. 1983, *Pas.*, 1984, I, 101). Ceci explique d'ailleurs que l'absence de double degré de juridiction au fond dans le pays où a été rendue une décision n'empêche pas le juge belge de lui reconnaître effet, même si une décision comparable serait en Belgique susceptible d'appel (Civ. Bruxelles, 28 mars 1989, *J.M.L.B.*, 1989, 1098). Certaines décisions sont présumées être rendues en premier et dernier ressort, telles les jugements du juge de paix et du tribunal de première instance statuant sur une demande dont la valeur n'excède pas 1860 euro. Pour plus de détails, v. A. KOHL, *L'appel en droit judiciaire privé*, collection Prolegomena, Ed. Juridiques Swinnen, Bruxelles, 1990, 19-49. V. récemment le rapport de G. CLOSSET-MARCHAL sur la Belgique paru dans *Voies de recours dans l'Union européenne*, J. A. JOLOWICZ et C. H. RHEE (éds.), *Civil Procedure in Europe 2*, Kluwer Law International, 1999, 49-70, spéc. 50-52 et généralement dans le même ouvrage le rapport général de J. A. JOLOWICZ, "Recourse against civil judgments in the EU: a comparative survey", (1), 5-8.

<sup>2276</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETIE (*Grand arrêts de dip*, Paris, 1998, 444-445) expliquent fort justement que "[...] l'égalité de degré dans la hiérarchie judiciaire [...] peut être considérée comme indifférente dans la litispendance internationale. Celle-ci s'élève à l'échelle des organisations judiciaires étatiques, c'est-à-dire au plan de la compétence générale ou internationale – et non pas au niveau de telle et telle juridictions à l'intérieur d'un même pays [...]. Cette particularité supprime la condition d'égalité hiérarchique, qui peut jouer à l'intérieur d'un même ordre de juridiction mais non entre organisations judiciaires étatiques, chacune participant de la souveraineté de l'Etat duquel elle relève".



solution européenne, tout en respectant le principe du droit d'accès à un juge.<sup>2277</sup> Le juge devra dès lors examiner concrètement quelle conséquence l'abstention aura sur la possibilité pour chacune des parties d'obtenir justice dans le for étranger.<sup>2278</sup>

\* \*  
\*

---

<sup>2277</sup> On peut en effet se demander avec Mme. Gaudemet-Tallon s'il n'aurait pas été préférable de faire dépendre le dessaisissement pour cause de connexité non pas de la saisine de deux instances "au premier degré" mais bien "au même degré" (H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 217, n° 301). Pourquoi un juge d'appel ne pourrait-il pas en effet se dessaisir au profit d'une juridiction d'appel étrangère ? Mme. Gaudemet-Tallon cite l'opinion en ce sens de J.-P. BERAUDO, *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 3030, n° 30).

Notons enfin que la Cour de Cassation française a accepté qu'une juridiction d'appel se dessaisisse en faveur d'un tribunal néerlandais siégeant en première instance (sur renvoi après réformation de la décision en appel) parce que cette mesure n'avait pas pour effet de priver une partie d'un degré de juridiction : Cass., 27 oct. 1992, *J.C.P.*, 1993, éd. G., IV, 1 ; *D.*, 1992, IR, 262 ; *J.D.I.*, 1994, 171, et la note approbatrice de A. HUET. *Comp.* avec la suggestion de l'avocat général Lenz, qui propose que les tribunaux, dans l'utilisation du pouvoir d'appréciation qui leur est conféré par l'article 22, tiennent compte de l'état d'avancement respectif des deux procédures, *Ouers Bank c Bracco*, affaire C-129/92, *Recueil*, 1994, I-117, 144, no. 76. L'état d'avancement de la procédure étrangère sert alors d'argument en faveur du dessaisissement, cf. *infra*.

<sup>2278</sup> La question de l'identité de degré dans la hiérarchie judiciaire ne semble pas s'être posée dans le cadre du *forum non conveniens*, ce qui s'explique par l'absence de distinction entre litispendance et connexité.





## SECTION 2 LE FONDEMENT DE LA DEFERENCE

507. **Introduction** - Avec la question du (ou des) fondement(s) de l'abstention, nous abordons un point décisif pour notre étude. Il s'agit d'examiner la direction que doit prendre le mécanisme de l'abstention. Posée en termes simples, la question est la suivante : la règle doit-elle accorder la priorité au juge premier saisi ou au contraire privilégier le juge présentant les liens les plus étroits avec le litige? Le débat tourne en effet autour de ces deux alternatives – sans qu'il y ait lieu d'exclure *a priori* l'existence d'une autre solution.<sup>2279</sup> Au premier abord les deux solutions paraissent inconciliables. On verra toutefois qu'un rapprochement n'est pas exclu. Avant d'en arriver là, il convient d'examiner plus en détails quels sont les avantages et les limites des différents fondements que peut revêtir la règle d'abstention. Nous commencerons par la version qui historiquement est apparue la première pour rattacher la déférence à l'existence d'un abus dans le chef du demandeur (§ 1). Après avoir constaté les limitations de cette approche, on se penchera sur le rôle que peut jouer le caractère approprié des fors dans la résolution des conflits de procédures (§ 2) pour ensuite faire de même avec la chronologie procédurale (§ 3). Il sera alors temps de conclure en proposant une solution.

### § 1 : L'abus de procédure comme fondement de la déférence internationale

508. **Une règle de déférence fondée sur l'abus de procédure ?** – L'analyse des jurisprudences française et anglaise a permis de constater que les tribunaux de ces pays ont dans un premier temps réservé leur intervention aux situations dans lesquelles la concurrence de procédures pouvait être considérée comme un abus (*supra*, n° 435). Tant l'exception d'incompétence tirée de la renonciation que la première version du 'stay' peuvent en effet être considérées comme des mesures anti-abus. Les conflits de procédures faisaient dans cette conception l'objet d'une intervention du tribunal, uniquement lorsqu'une partie ramenait la preuve d'un abus dans le chef de son adversaire. Cette conception de la déférence internationale comme arme au service de la chasse aux abus a pu séduire une partie de la doctrine. On pense en particulier aux suggestions de M. *Rolf Schütze*. Cet auteur qui, tel Don Quixote, s'oppose depuis 30 ans à la reconnaissance par les tribunaux allemands de l'exception de litispendance internationale, se montre toutefois prêt à admettre une intervention des tribunaux lorsque le dédoublement de procédures constitue un "abus de droit".<sup>2280</sup> Seule l'existence d'un tel abus justifierait selon le juriste allemand qu'un tribunal renonce à exercer une compétence qui lui appartient.

<sup>2279</sup> Cf. *infra*, n° 691 e.s. à propos de la possibilité d'un transfert entre les deux tribunaux ou d'une décision concertée de leur part. M. *Redish*, qui a proposé d'en finir radicalement avec les procédures concurrentes au sein de l'espace judiciaire américain, avoue qu'il lui est indifférent de savoir lequel des deux tribunaux l'emportera dans un cas donné, pourvu qu'il soit mis fin au conflit ! M. Redish explique que son modèle « is triggered simply by a finding that there exists simultaneous, parallel, or overlapping suits in state and federal courts. Its goal is not to preference one court system over another [...]. In certain instances, this will mean that the federal court suit will be stopped ; in others, the state court suit will end » et l'auteur d'avouer que « What I have left largely unresolved are the specific standards for determining whether it will be the federal action or the state action that will terminate in favor of the other » (*Id.*, *Notre Dame Law Rev.*, 2000, 1374).

<sup>2280</sup> "Rechtsmissbrauch" : "Die Wirkungen ausländischer Rechtshängigkeit im inländischer Verfahren", *Z.Z.P.*, 1991, (136), 148-149 et déjà du même, "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *RechtsZ.*, 1967, (233), 249-251 (l'auteur expliquait qu'une exception de litispendance était dès lors inutile, les tribunaux allemands pouvant sanctionner le plaideur répétitif à l'aide de la clause générale du *Treu und Glauben*)

L'idée de rattacher l'intervention des tribunaux à la démonstration d'un abus dans le chef d'une des parties n'est pas neuve.<sup>2281</sup> Elle conserve une forte emprise sur cette autre solution du conflit de procédures que constitue l'interdiction de procéder. Réduire l'abstention à la chasse aux abus de procédures nous semble toutefois peu judicieux. Sans prétendre donner un aperçu exhaustif des questions liées à l'abus de procédure,<sup>2282</sup> on ne peut que constater les importantes difficultés de définition et d'application que soulève cette version 'minimaliste' de l'abstention. On examinera ces difficultés en passant en revue les différentes modalités que peut revêtir une règle de déférence fondée sur l'abus.

**509. Abus lié à l'exercice de certaines compétences, une conception trop limitée** - La jurisprudence française sanctionnait dans un premier temps la multiplication de procédures par le biais de l'exception de renonciation (*supra*, n° 379). Ce faisant la sanction ne pouvait intervenir que lorsque le demandeur invoquait certains chefs de compétence spécifiques, que l'on qualifie aujourd'hui d'exorbitants. L'existence d'un abus était déduite de la nature même de ces chefs de compétence, véritables privilèges de juridiction. Voilà une première modalité envisageable de la règle de déférence, qui consisterait à rattacher celle-ci à certains chefs de compétence dont l'expérience a montré le caractère exorbitant.

Cette version primitive de la déférence ne saurait convaincre. On ne peut que constater les limites du raisonnement qui consiste à lier l'abus à l'exercice de certaines compétences. Confiner l'abus aux privilèges de juridiction oblige à un raisonnement *indirect* qui conduit à travestir la nature véritable du mécanisme : le juge s'abstiendra non pas en raison de l'existence d'une procédure concurrente, mais bien parce que la compétence lui fait défaut. Cette construction alambiquée qui reflète la timidité des tribunaux au 19<sup>ème</sup> siècle, n'était possible qu'au vu de la nature particulière des articles 14 et 15 du Code civil, conçus comme des privilèges auxquels le justiciable pouvait renoncer.

<sup>2281</sup> Avant M. Schütze, d'autres avaient vu dans l'abus de procédure une première ouverture pour la coordination des procédures concurrentes. Après avoir constaté que l'exception de litispendance constituerait "une infraction sérieuse au principe de l'indépendance des Etats", M. Gutteridge reconnaissait ainsi en 1933 "qu'il faut autant que possible éviter une multiplication des procès qui peut constituer un abus et mener aussi à la contrariété de jugements". La solution qu'il envisageait pour donner forme au "devoir des pays de collaborer dans le domaine de la justice" s'inspirait de la jurisprudence anglaise. Dans cette optique l'exception de litispendance n'était recevable que "si la continuation du procès devait être une grave injustice pour le défendeur" (H. C. GUTTERIDGE, "Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles", *Recueil des cours*, 1933-II, vol. 44, 176).

On rejoint avec cette première acceptation de l'abstention, la suggestion que faisait M. Holleaux en 1973. Rejetant un système fondé sur la primauté de la justice du for, qui donnerait entière liberté aux plaideurs de renouveler devant le juge du for une contestation comme si elle n'avait jamais été portée devant un juge étranger, il plaiderait dans sa communication au comité français pour l'introduction d'une certaine "discipline" (*Id.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1971-73, 213) pouvant conduire à limiter le droit d'agir des plaideurs. Holleaux fondait cette limitation sur une obligation de "bonne foi" (*Id.*, 214). A ses yeux, une fois le débat judiciaire engagé devant un juge, il serait contraire à la bonne foi "d'en engager un autre dans l'ignorance du premier" (*idem*). En somme, la participation à une procédure étrangère, comme demandeur ou défendeur, engendrerait une obligation "de ne pas intenter et poursuivre en France une nouvelle procédure, au cours de laquelle la procédure étrangère serait méconnue" (*idem*). Ainsi entendue, l'abstention n'allait pas au delà des cas où les parties, en demandant et en défendant, "ont vraiment pris la responsabilité d'engager et de soutenir le débat judiciaire à l'étranger" (*Idem*). La suggestion de M. Holleaux était étonnamment timide, puisqu'en déduisant une limitation du droit d'action de l'attitude procédurale des plaideurs, il limitait du même coup le champ d'application de la litispendance aux situations les plus abusives. M. Holleaux exprimait d'ailleurs une certaine "hésitation" à étendre l'abstention à d'autres situations (p. 214). Cette timidité est sans doute à rapprocher du caractère à l'époque bien établi de la jurisprudence de la Cour de Cassation française, qui avait encore été confirmée en des termes très généraux en 1969. En déduisant la litispendance d'une obligation de bonne foi, M. Holleaux rattachait sa suggestion à une jurisprudence non moins classique, qui avait consacré l'exception de renonciation et celle du contrat judiciaire et évitait ainsi d'attaquer de front le refus traditionnel de la litispendance. V. aussi les suggestions dans le même sens de H. BATIFFOL, note sous Cass., 5 mai 1962, *R.C.D.I.P.*, 1963, (101), 102-103.

<sup>2282</sup> V. récemment les contributions rassemblées dans l'ouvrage édité par M. TARUFFO (éd.), *A Abuse of Procedural Rights : Comparative Standards of Procedural Fairness*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 370 p.

Elle n'est pas susceptible d'être répétée à l'égard d'autres règles de compétence. Le lien posé entre l'abstention et la nature de la compétence invoquée interdit l'importation du mécanisme dans un système tel que celui mis en place dans l'espace judiciaire européen, qui est, en principe du moins, exempt de la plaie des privilèges de juridiction et autres fors exorbitants.

Il faut certes reconnaître que certaines règles de compétence se prêtent plus facilement que d'autres à une utilisation abusive.<sup>2283</sup> On doit pourtant se garder de condamner *a priori* tout recours à un for exorbitant – sinon pour en appeler à sa disparition. Au mieux peut-on voir dans l'invocation d'un chef de compétence exorbitant un *indice* de l'existence d'un abus, sans toutefois en faire une condition nécessaire, ni suffisante. Partant on ne peut que se féliciter que les tribunaux français aient délaissé la renonciation pour accueillir franchement la litispendance.

510. **Les difficultés de la conception subjective de l'abus de procédure** – Il est une autre conception de l'abus de procédure comme obstacle aux procédures concurrentes que l'étude des jurisprudences française et anglaise a révélé. Elle consiste à se référer, non pas à la nature de la règle de compétence invoquée par le demandeur, mais bien à une *intention de nuire* dans son chef. On a vu en effet qu'au 19<sup>ème</sup> siècle, le demandeur n'encourait les foudres des tribunaux anglais que s'il était démontré qu'il avait agit dans le seul but de nuire au défendeur ou de retirer de son action un avantage indu. La jurisprudence relative à l'exception de renonciation est moins claire : les tribunaux n'évoquaient pas expressément cette acceptation de l'abus. On retrouve toutefois la même analyse subjective lorsqu'ils prétendaient examiner quelles avaient été les intentions du plaideur qui avait engagé ou accepté le débat devant le juge étranger, pour en déduire ou non une renonciation dans son chef (*supra*, n° 385).

Les difficultés d'une approche subjective sont évidentes. Elle implique de sonder 'les coeurs et les reins' des parties, une opération pour le moins difficile.<sup>2284</sup> Faire reposer l'abstention sur l'existence d'une intention malicieuse dans le chef du demandeur peut conduire à en restreindre considérablement la portée, comme le prouve l'histoire : on a vu que les tribunaux français (et belges) se réfugiaient souvent derrière l'absence de preuve d'une intention de renonciation pour rejeter l'abstention. De même, les tribunaux anglais en appelaient-ils commodément à l'absence d'intention de nuire pour refuser le 'stay'. Il suffisait par exemple au demandeur de montrer qu'il pouvait légitimement espérer obtenir du for étranger un avantage, du fait par exemple de l'existence de règles différentes en matière de compensation, pour repousser avec succès l'accusation de comportement vexatoire.

Donner au juge le pouvoir d'apprécier l'intention des parties c'est aussi lui donner un prétexte pour rejeter l'abstention. On constate ainsi qu'en imposant au défendeur de démontrer l'intention malicieuse de son adversaire, les tribunaux anglais ont considérablement réduit le champ d'application du 'stay'. En pratique l'abstention, dans sa version 'fraude' était confinée à une catégorie particulière de conflits de procédures,

<sup>2283</sup> En ce sens M. RAIMON, "L'abus de droit d'action dans les litiges internationaux", *J.C.P.*, éd. G., Doctrine, 2000, n° 256, (1965), 1967, n° 9, qui évoque le statut particulier des privilèges de juridiction des articles 14 et 15.

<sup>2284</sup> Tentant de dresser les contours d'une éventuelle exception de litispendance internationale à l'époque où celle-ci n'avait pas encore cours en France, M. Batiffol expliquait par exemple que cette exception devrait être reçue lorsque la seconde procédure a été introduite « dans un esprit de chicane » alors qu'elle ne devrait pas l'être lorsque les juges français « ont le sentiment que l'instance introduite la première à l'étranger l'a été avec une précipitation suspecte », note sous Cass., 5 mai 192, *R.C.D.I.P.*, 1963, (99), 102-103. On mesure immédiatement la difficulté de l'exercice, les juges devant s'en référer à leur 'sentiment'.

celle des procédures strictement parallèles. Dans cette conception, le simple fait que deux procédures soient concurrentes ne suffisait d'ailleurs pas à justifier la condamnation pour abus. Une partie pouvait parfaitement multiplier les procédures sans encourir de sanction, pour autant qu'elle démontre avoir un intérêt légitime pour ce faire. Lorsque chacune des parties avait pris l'initiative de saisir un juge, la sanction était plus rare encore. Il était en effet facile à un plaideur de démontrer qu'il pouvait espérer obtenir du for qu'il a saisi un avantage que ne pouvait lui procurer l'autre juge. Partant, l'abstention dans sa version subjective se révèle largement insuffisante pour atteindre l'objectif de coordination des procédures concurrentes.<sup>2285</sup>

**511. Une conception objective de l'abus de procédure** - L'échec de la version subjective de l'abus de procédure ne doit pas empêcher d'examiner s'il est possible de définir les conditions dans lesquelles l'existence même d'un conflit de procédures pourrait être jugée abusive. On pourrait alors élargir quelque peu les versions premières de la déférence, que l'on rencontrait dans la France et l'Angleterre du 19<sup>ème</sup> siècle, sans pour autant accepter la coordination pure et simple des procédures concurrentes. La tâche se révèle toutefois difficile. Selon la définition classiquement consacrée de l'abus de droit, un comportement est jugé abusif lorsque l'avantage que le justiciable compte en retirer dépasser largement le dommage qu'il pourrait causer à autrui.<sup>2286</sup> L'application de cette définition générale à la situation des conflits de procédures ne va pas sans peine. Elle nécessite une distinction selon la configuration du conflit.

**512. Une conception objective de l'abus de procédure (suite) - Abus et procédures répétitives** - Dans une première hypothèse, le même plaideur est à l'origine des deux procédures. On a déjà observé que ce dédoublement fait inmanquablement naître un soupçon d'abus (*supra*, n° 6). Il faut pourtant se garder de conclusions trop hâtives. Il n'est pas exclu que le demandeur puisse démontrer qu'il a un intérêt légitime à renouveler une procédure.

On ne peut en effet se contenter de condamner d'emblée le justiciable qui multiplie les procédures.<sup>2287</sup> Il faut au contraire s'interroger dans chaque cas sur la légitimité de sa prolixité procédurale. La pratique révèle que parmi les motivations qui expliquent la multiplication des procédures dans le chef d'une partie, on peut distinguer les motifs légitimes d'autres qui le sont moins.<sup>2288</sup>

Parmi ces derniers, on peut relever la volonté de forcer l'adversaire à négocier une issue extra-judiciaire au litige en alourdissant considérablement le coût de la procédure. L'introduction d'une seconde demande peut également s'assimiler à un coup de semonce, le demandeur avertissant son adversaire qu'un autre forum est disponible et pourrait potentiellement se transformer en un deuxième champ de bataille.<sup>2289</sup> La jurisprudence

<sup>2285</sup> M. *Raimon* fait de l'introduction d'une action pour nuire au défendeur l'une des deux catégories d'abus susceptibles d'être commis dans le cadre d'un litige international (*Id.*, *J.C.P.*, 2000, éd. G., chronique, n° 256, 1968, n° 13). Outre qu'ils ne concernent pas le conflit de procédures en tant que tel, les exemples qu'il donne montre que l'hypothèse se produira rarement.

<sup>2286</sup> P. ex. l'article 3:13 du nouveau Code civil des Pays-Bas.

<sup>2287</sup> En ce sens par exemple W. HAU, 117, "Zu betonen ist jedoch, daß der Arglistewand nicht jeder Mehrfachklage entgegenstehen kann".

<sup>2288</sup> P. ex. W. HAU, 40-46.

<sup>2289</sup> P. ex. *Irish Shipping v Commercial Union Assurance* [1989] 2 Lloyd's Rep. 144, 164 où la Cour observe que la seconde procédure introduite devant les tribunaux d'Anvers, ne l'a été que "to establish that cause of action was available there and that the defendants were identified and amenable to the jurisdiction of the Belgian court".

révèle également que dans de nombreux cas, l'introduction par la même partie d'une seconde action constitue une tentative de *forum shopping* au premier sens du terme. On se rappellera ainsi les faits de l'affaire *Airbus*, exposé en introduction de cette étude. Il est clair que si les victimes de l'accident d'avion ont tenté leur chance auprès des tribunaux du Texas après avoir saisi la justice indienne, c'est dans l'espoir d'obtenir une compensation plus élevée pour le dommage subi.<sup>2290</sup>

L'introduction d'une seconde procédure peut également constituer une fuite en avant, le demandeur pressentant qu'il échouera devant le premier juge. L'affaire *Lough Neagh Exploration* illustre cette hypothèse.<sup>2291</sup> La Cour d'Appel devait en l'espèce se prononcer sur une exception d'irrecevabilité soulevée par les défendeurs, citoyens et entreprises américaines, que le demandeur accusait de diverses violations d'un contrat de consultance. L'exception était directement fondée sur l'abus de procédure que les défendeurs déduisaient de la circonstance que leur adversaire les avait auparavant assigné en Irlande, dans la même affaire, procédure qu'il avait renoncé à poursuivre faute de pouvoir satisfaire à la *cautio iudicatum solvi* qui lui avait été imposée. La Cour d'Appel fit droit à l'exception d'abus de droit.<sup>2292</sup> Elle rattacha l'exception à sa 'jurisdiction inhérente'<sup>2293</sup> dont elle constata qu'elle avait évolué d'un "chauvinisme judiciaire" à une "plus grande acceptation des principes de la courtoisie internationale dans le cadre des conflits de procédures".<sup>2294</sup>

En l'espèce la Cour mit l'accent sur plusieurs facteurs qui étayaient la thèse de l'abus, et en particulier le fait que le demandeur avait librement renoncé à la première procédure alors qu'il aurait pu la poursuivre. Elle insista également sur le fait que le demandeur était manifestement insolvable et ne possédait pas les ressources nécessaires pour mener à bien la seconde procédure. La Cour en déduisit que le demandeur s'était rendu coupable d'un abus en instituant la seconde procédure qui devait dès lors être déclarée irrecevable.<sup>2295</sup>

**513. Une conception objective de l'abus de procédure - Abus et procédures répétitives (suite)** – Dans cette affaire, l'abus était manifeste. Il n'en ira pas toujours ainsi. Dans d'autres hypothèses, le double demandeur pourra au contraire faire preuve d'un intérêt légitime à multiplier les procédures. Il en sera par exemple ainsi lorsque l'adversaire a entre temps mis son patrimoine à l'abri dans un for réticent à donner effet

<sup>2290</sup> *Supra*, n° 3. V. également l'affaire *Bronco Mining* citée en introduction ; *Castarbo v Brown & Root*, [1981] A.C. 557, [1981] 1 All ER 143, [1981] 1 Lloyd's Rep. 113 (HL) (marin portugais saisi la justice anglaise puis la justice américaine); *Société Nationale Industrielle Aéronautique v Lee Kwi Jak and another*, [1987] A.C. 871, [1987] 3 All. E.R. 510 (P.C.) (procédures au Brunei, en France et ensuite au Texas, l'avocat de la demanderesse reconnut dans un affidavit que la saisine du juge texan s'expliquait par la perspective d'une compensation plus élevée : [1987] 3 All ER 510, 514 « the more favorable Texas law on product liability and [...] higher level of damages awarded in courts in the United States »).

<sup>2291</sup> *Lough Neagh Exploration v Morrice et al.*, [1999] NI 258 (Ch.D.).

<sup>2292</sup> Après avoir renoncé à faire application des articles 21 et 22 de la Convention de Bruxelles, le premier parce qu'il lui était impossible de comparer l'objet des deux demandes, la procédure irlandaise brillant par son caractère vague, le second faute d'égalité de degré dans la hiérarchie judiciaire.

<sup>2293</sup> *Supra*, n° 408. On a déjà constaté que cette compétence inhérente avait nourri le 'stay'. Elle peut également être invoquée de manière générale pour sanctionner l'abus de procédure. V. les explications de P. BARNETT, *op. cit.*, Oxford, OUP, 2001, 185-187 ainsi que de M. S. DOCKRAY, « The inherent jurisdiction to regulate civil proceedings », *L.Q.R.*, 1997, (120), 125-127.

<sup>2294</sup> "the courts have moved away from what Lord Diplock characterised as 'judicial chauvinism' to a greater recognition of the principles of judicial comity in the context of the law of *lis alibi pendens*".

<sup>2295</sup> "be struck out".



aux décisions étrangères,<sup>2296</sup> ou encore lorsque la première procédure est destinée à échouer en raison de la prescription de l'action.<sup>2297</sup> Il est alors beaucoup plus difficile de condamner *a priori* la deuxième procédure.

On peut encore évoquer le cas où la première procédure s'est heurtée à l'extrême lenteur de l'appareil judiciaire et n'offre pas de perspective de résolution dans un délai raisonnable,<sup>2298</sup> ou à l'impossibilité d'obtenir justice lorsque le tribunal premier saisi est situé dans un pays ravagé par la guerre civile.<sup>2299</sup> M. HAU évoque enfin le cas où les règles de compétence des Etats intéressés ne permettent pas de soumettre la totalité du litige à un seul juge, par exemple lorsque le litige met en jeu une pluralité de parties.<sup>2300</sup>

Il est clair que dans toutes ces hypothèses, l'on ne saurait reprocher au plaideur de s'être adressé à plusieurs tribunaux. On peut en déduire qu'il serait dangereux d'élever au rang de règle générale une présomption d'abus qui condamnerait le plaideur multipliant les procédures. On a certes pu, dans le régime des jugements étrangers, empêcher un justiciable de s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution d'un jugement étranger lorsqu'il est à l'origine de la procédure ayant mené à ce jugement. C'est ainsi que la Convention de La Haye de 1971 rangeait le for dit de *l'initiative* parmi les règles de compétence indirectes susceptibles de fonder la régularité du jugement étranger.<sup>2301</sup> Cette règle se comprend s'agissant d'une procédure étrangère qui a déjà abouti. Comme l'expliquait M. Fragistas, "[c]ontester la compétence internationale d'un Etat dont on a volontairement demandé l'intervention serait *venire contra factum proprium*".<sup>2302</sup>

Il serait toutefois dangereux d'en étendre la portée aux conflits de procédures, en imposant purement et simplement aux tribunaux de s'abstenir dès lors que le demandeur est également à l'origine de la procédure étrangère.<sup>2303</sup> Ce serait passer outre un examen des circonstances propres à chaque affaire, qui pourrait révéler ce qu'il y a de légitime dans le dédoublement de procédures. Au vrai, une définition trop large de l'abus risquerait de nuire au droit d'une partie de se faire entendre par le juge.<sup>2304</sup>

<sup>2296</sup> M. HAU cite (p. 44-45) le cas d'une vente entre un vendeur turc et un acheteur allemand, le premier ayant été forcé de saisir les tribunaux des deux pays parce que ceux-ci ne reconnaîtraient pas les décisions de l'autre faute de réciprocité... (il cite BGH, *R.L.W.*, 1986, 218).

<sup>2297</sup> V. par exemple *ANCAP v Ridgley* [1996] 1 Lloyd's Rep. 570 (espèce interne, le tribunal décide qu'il n'était pas abusif pour une partie de saisir deux juridictions anglaises de la même action parce qu'un problème de prescription aurait pu faire avorter la première procédure).

<sup>2298</sup> M. HAU (p. 43) cite une espèce tranchée par le BGH en 1952, (BGHZ 4, 34), où une allemande avait demandé le divorce en 1944 devant les tribunaux de Breslau pour renouveler sa demande 10 ans plus tard à Munich faute de décision. La Cour fédérale allemande approuva la décision rejetant l'exception de litispendance. *Infra*, n° 757 sur cette question.

<sup>2299</sup> *Infra*, n° 757.

<sup>2300</sup> W. HAU, 44.

<sup>2301</sup> Art. 10 (7). Sur cette disposition, v. A. T. VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *Recueil des Cours*, 1980-II, t. 167.

<sup>2302</sup> Rapport, *Actes et Documents de la Session extraordinaire*, 1966, 378. V. du même, "Le compétence internationale en droit privé", *Recueil des cours*, 1961-III, t. 104, (159), 347.

<sup>2303</sup> V. toutefois Cass. fr., (ch. Soc.), 7 mai 1996, *R.C.D.I.P.*, 1997, 77 et la note de G. A. L. DROZ. Le commentateur suggère d'extrapoler le for de l'initiative à l'exception de litispendance internationale. La décision de la Cour va dans ce sens, mais s'explique sans doute par les circonstances particulières de la cause, le demandeur ne mettant pas de gants pour contester une procédure dont il avait lui-même pris l'initiative.

<sup>2304</sup> Ceci explique sans doute l'hésitation des tribunaux, qui n'ont que rarement recours à l'abus de procédure pour barrer la route à un demandeur. Analysant la jurisprudence allemande, W. HAU note que les tribunaux sont très "réticents" (p. 116). On notera que cette réticence se rencontre apparemment également en droit interne, *cours*. les réflexions de P. TAEIMANS, "Belgium and the Netherlands", in *Abuse of Procedural Rights : Comparative Standards of Procedural Fairness*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 145, n° 37 et B. HEß, "Germany and Austria", dans

514. Une conception objective de l'abus de procédure (suite) - Abus de droit et procédures concurrentes - On peut *a fortiori* en dire de même lorsque les deux procédures ont été engagées par deux parties différentes. Il est alors plus difficile de condamner comme abusive la procédure entamée ultérieurement. La pratique révèle que c'est la première procédure qui peut au contraire s'avérer abusive, le demandeur s'étant par exemple empressé de saisir un for pour établir la compétence de celui-ci et éventuellement paralyser toute procédure ultérieure. Au vrai l'accusation d'abus ne pourra se vérifier qu'après un examen des circonstances particulières de chaque cause.

On ne pourra en outre faire l'économie d'une réflexion sur les limites du *forum shopping*. Les opinions sur le phénomène sont aussi nombreuses que les études qui lui ont été consacrées. Si certains jettent encore l'opprobre sur ce qu'ils considèrent comme des manœuvres répréhensibles,<sup>2305</sup> une tendance majoritaire se dessine nettement pour refuser de condamner *a priori* ce qui doit être considéré comme la simple habileté des plaideurs. On a pu ainsi dire que l'expression, pour péjorative qu'elle soit, ne doit pas comporter de connotation moraliste puisqu'en sélectionnant soigneusement un for, le demandeur ne fait que mettre à profit le choix que lui offre les ordres juridiques.<sup>2306</sup> Le discrédit jeté sur le *forum shopping* semble d'ailleurs avoir fait place ces dernières années à la reconnaissance de l'inévitabilité du phénomène,<sup>2307</sup> et à une plus grande neutralité.<sup>2308</sup>

L'incertitude qui pèse sur le concept et son appréciation augure mal d'une abstention fondée sur la sanction du *forum shopping*, fut-il abusif.<sup>2309</sup> Il est en effet difficile d'apercevoir où finit le 'simple' forum shopping et où commence l'abus. Si une telle option devait être retenue, elle nécessiterait inmanquablement un examen au cas par cas des litiges pour déterminer si les circonstances de l'espèce révèlent effectivement un abus susceptible de justifier l'abstention. Or une telle flexibilité s'accorde mal avec la prévisibilité requise lorsqu'il s'agit du droit d'accès au juge.

---

le même ouvrage, 151 (ce dernier note que "the dismissal of an action, the rejection of specific procedural devices or the rejection of application for execution only occurs in extreme cases").

<sup>2305</sup> V. par exemples les observations de C. Y. C. ONG, *Cross-Border Litigation within ASEAN. The Prospects for Harmonization of Civil and Commercial Litigation*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, 539 e.s., qui a une vision pour le moins négative du problème. *Aide* le dictum de la Cour Suprême des Philippines qu'il cite : « Forum shopping is a deplorable practice because it results in the unnecessary clogging of the already heavily burdened dockets of the courts » (*Ruiz v Drilon*, 209 S.C.R.A. 695 (1992)).

<sup>2306</sup> "‘Forum shopping’ is a dirty word; but it is only a pejorative way of saying that, if you offer a plaintiff a choice of jurisdictions, he will naturally choose the one with which he thinks his case can most favourably be presented : this should be a matter neither for surprise, nor for indignation" : *Atlantic Star*, [1974] AC 436, 471 (Lord Simon of Glaisdale).

<sup>2307</sup> Comme en témoigne la définition du phénomène proposée par le Black's Law Dictionary, selon lequel le forum shopping « occurs where a party attempts to have his action tried in a particular court or jurisdiction where he feels he will receive the most favorable judgment or verdict », définition qui ne traduit aucun jugement de valeur sur le phénomène.

<sup>2308</sup> Même si l'on peut constater un report de l'hostilité vers une forme particulière de shopping, qui se traduit par l'utilisation de l'action dénégatoire, qui semble cristalliser la méfiance.

<sup>2309</sup> Même si le problème de la définition de l'abus de droit était résolu, encore faudrait-il s'entendre sur la sanction à y apporter. Classiquement la doctrine de l'abus de droit est rattachée en droits français et belge à l'obligation générale de prudence déduite de la règle générale en matière de responsabilité extra-contractuelle. On en déduit que la sanction de l'abus passe par l'octroi de dommages et intérêts compensatoires. Cette sanction a ceci d'inadapté qu'elle laisse intact le conflit de procédures, n'intervenant qu'*a posteriori* pour réparer le dommage subi. On a dès lors suggéré d'introduire un autre type de sanction, qui passerait par une déclaration d'irrecevabilité de la demande jugée abusive pour défaut d'intérêt légitime (M. RAIMON, *l.c.*, *J.C.P.*, 2000, spéc. 1699-1701). Cette sanction a l'avantage de permettre une appréciation plus souple.

515. **Conclusion : rejet de l'abus comme fondement de l'abstention** - On retiendra dès lors que l'abus de procédure ne peut jouer le rôle de fondement de l'abstention.<sup>2310</sup> Tout au plus peut on donner à ce concept pour le moins fuyant un rôle d'appoint, l'abus apportant, lorsqu'il est avéré, une justification supplémentaire à l'exigence de coordination. L'abstention-abus, forme limitée de la déférence internationale, a sans doute constitué un passage obligé dans l'évolution de la jurisprudence, qui hésitait à accepter d'emblée une exception d'abstention 'abstraite', en particulier à une époque où les jugements ne 'circulaient' pas encore librement et où la méfiance entre justices nationales était fort grande. Elle ne peut en constituer un substitut, dès lors qu'elle ne vise qu'une catégorie fort restreinte de conflits de procédures, aux contours d'ailleurs mal définis.<sup>2311</sup>

En réalité, le concept d'abus est dénué de pertinence pour la question qui nous occupe. Si l'on accepte les présupposés de cette étude (*supra*), on admettra que le conflit de procédures doit être évité même en l'absence de tout abus dans le chef de l'une ou l'autre des parties. C'est l'*existence* même du conflit, indépendamment de l'intention des parties, ou d'une allégation d'abus, que doit viser l'exception d'abstention. On peut dès lors se réjouir que les tribunaux français et anglais aient depuis longtemps dépassé ce premier stade pour embrasser une version plus large de la coordination par la déférence. Telles qu'elles se présentent aujourd'hui, l'exception de litispendance et celle du for inapproprié ne font plus en effet de l'abus de procédure la raison d'être même de la déférence, mais tout au plus une circonstance particulière qui peut influencer l'appréciation globale du for de la déférence.<sup>2312</sup>

<sup>2310</sup> La déférence fondée sur l'abus ne saurait en outre s'imposer au sein de l'espace judiciaire européen, puisque ce serait conférer à un tribunal le droit de décider si la procédure engagée devant un autre est abusive. Or, par analogie avec ce que la Cour de Justice a décidé pour la compétence dans l'affaire *Owens* (*supra*, n° 186), on peut accepter que chaque tribunal est au sein de cet espace également maître de sa propre procédure; une juridiction belge ne saurait dès lors s'arroger le droit de faire la police de la procédure engagée devant une juridiction allemande. C'est que qu'a décidé un tribunal anglais dans une affaire portant sur la succession d'un artiste grec, les héritiers du défunt tenant de se soustraire à la primauté du juge grec premier saisi en arguant que la saisine du juge grec était abusive. La Chancery Division décida que "It is for the Greek court to determine whether its own processes are being abused [...] A rule which would allow the court second seised to determine whether the court first seised was only so seised as a result of an abuse of the convention itself would permit the possibility of the two courts reaching different conclusions on that question. That would produce precisely the dissonance which the convention seeks [...] to avoid" : *Phillips et al. v Symes et al.*, Chancery Division, 9 juillet 2001, 2001 WL 720317, § 37. Ceci n'a pas empêché les juges anglais d'examiner s'il y avait effectivement abus en l'espèce, quod non selon eux.

<sup>2311</sup> On observera d'ailleurs avec Mlle. *Chalas* que s'il s'agit de réprimer la fraude à la compétence ou au jugement, les tribunaux disposent d'autres instruments tout aussi efficaces, en particulier l'exception de fraude et l'appréciation par le juge de la légitimité de l'intérêt à agir, CH. CHALAS, 589-592, n° 637-641. Pour une demande visant à mettre frauduleusement en échec un jugement étranger, v. Paris, 19 février 1960, *R.C.D.I.P.*, 1996, 182, note P. LAGARDE. Sur la fraude à la compétence, *cons.* les réflexions de B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Paris, Dalloz, 1974.

<sup>2312</sup> Au vrai, le critère de l'abus de procédure n'a conservé une place prépondérante que dans l'appréciation de la légitimité du recours à l'injonction *anti-suit* (*supra* n° 214 e.s.)

## § 2 : Caractère approprié des fors

516. **Introduction** - Comme l'écrit très justement Mme. *Niboyet-Hoegy*, le règlement des conflits de procédures dans les systèmes de *common law* passe par l'identification, parmi les fors en concours, de celui qui est le *plus approprié* pour connaître du litige.<sup>2313</sup> Que ce soit par le biais de l'exception de *forum non conveniens* ou de l'injonction *anti-suit*, le tribunal anglais ou américain va se déterminer en procédant à une évaluation du caractère approprié des fors en présence.<sup>2314</sup>

Ce même auteur note que l'"extrême flexibilité" de cette approche est "déconcertante pour le juriste continental qui croit à la vertu des règles prévisibles, s'imposant au juge comme aux parties, afin d'assurer l'objectif de sécurité juridique qu'il juge prioritaire".<sup>2315</sup> Elle en conclut que les juristes continentaux s'accommoderont plus facilement de "règles préétablies",<sup>2316</sup> qu'elle fonde sur le principe '*prior tempore, potior iure*'. Partant se dessine un monde irrémédiablement divisé en deux,<sup>2317</sup> où aucune solution globale ne peut être apportée aux conflits de procédures.

A première vue, tout sépare en effet l'approche strictement temporelle adoptée par les droits de tradition romano-germanique et celle fondée sur la qualité du titre de chaque tribunal. On peut toutefois se demander si entre les deux méthodes des convergences ne sont pas possibles. Avant de s'interroger sur la place qui peut revenir au concept de for approprié dans la résolution des conflits de procédures (B), il convient de cerner plus avant le rôle joué par la concurrence de procédures dans la doctrine du *forum non conveniens* (A). Les relations entre les deux sont en effet pour le moins ambiguës. L'analyse révèle que l'importance accordée à la concurrence de procédures a non seulement varié dans le temps, mais continue aujourd'hui encore à diviser les juridictions de *common law*. On reviendra dès lors dans un dernier temps sur une évolution récente qui semble accorder une place plus importante au conflit de procédures au sein du *forum non conveniens* (C).

### A. Le *forum non conveniens* et la concurrence de procédures

517. **Ambiguïté des relations** - Avant d'examiner la pertinence du concept de for approprié dans une éventuelle exception d'abstention, il convient de démêler l'écheveau des relations entre l'exception de *forum non conveniens* et le conflit de procédures. En substance, la doctrine du *forum (non) conveniens* vise à assurer que les litiges soient soumis à leur juge 'naturel'.<sup>2318</sup> Pour ce faire, elle confère au juge un pouvoir d'appréciation, qui porte sur l'existence ou l'exercice de sa compétence. Ce mécanisme a connu un succès

<sup>2313</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, "Les conflits de procédures", *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-1996, (71), 77.

<sup>2314</sup> On a vu que cette évaluation ne suffit pas pour obtenir du for qu'il interdise la poursuite d'une procédure étrangère. Encore faut-il que le demandeur parvienne à démontrer que cette procédure constitue un abus caractérisé (*supra*, n° 227).

<sup>2315</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, *Id.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-1996, (71), 78.

<sup>2316</sup> *Idem*.

<sup>2317</sup> L'auteur évoque d'ailleurs "l'irréductible opposition qui sépare les systèmes de common law de ceux de droit civil".

<sup>2318</sup> M. Fawcett définit le *forum non conveniens* de manière générale comme "a general discretionary power for a court to decline jurisdiction on the basis that the appropriate forum for trial is abroad or that the local forum is inappropriate" : "General Report", in *Determining Jurisdiction*, p. 10.

considérable, étendant son emprise sur la plupart des pays de *common law*, et au delà comme le prouve l'adoption de la doctrine au Québec.<sup>2319</sup> Le concept de for approprié a également essaimé en s'imposant dans d'autres contextes, au point de devenir un concept fondateur des conflits de juridiction dans la tradition de *common law*.<sup>2320</sup> Cette extension de la doctrine n'a pas été sans l'apparition de variantes nationales, qui s'éloignent plus ou moins du modèle écossais original, à tel point qu'on a pu écrire qu'il n'existait pas de théorie unique du *forum non conveniens*.<sup>2321</sup> A ce stade, il suffit de constater que les variantes nationales s'accordent sur l'essence de la doctrine : au risque de pêcher par manque de nuance, on peut constater que, quel que soit le contexte, la doctrine repose sur une appréciation discrétionnaire par le juge du fond des liens unissant le litige aux fors en présence – appréciation sur laquelle les juridictions d'appel hésitent d'ailleurs à revenir. Cette appréciation s'appuie sur l'ensemble des circonstances de la cause, la jurisprudence insistant sur la pluralité des facteurs à prendre en considération. Au vrai, le 'test' dégagé par les tribunaux s'apparente à une véritable équation complexe, qui met en jeu un nombre plus ou moins élevé de facteurs.

Une élucidation des rapports entre la doctrine du for approprié et les procédures concurrentes conduit dès lors à s'interroger sur la pertinence que revêt dans cette évaluation globale la circonstance que le litige fait déjà l'objet d'une procédure devant un juge étranger, c'est-à-dire que le for étranger dont une partie allègue qu'il est plus approprié, a déjà été saisi - ce qui n'est d'ailleurs pas une condition nécessaire pour l'application de la doctrine. En d'autres termes, il s'agit de savoir quelle importance les tribunaux accordent à cette circonstance particulière lorsqu'ils tentent de résoudre l'équation du *forum (non) conveniens*. L'analyse révèle que le poids de cette circonstance est loin d'être fixe.

Tout comme il n'existe pas d'unanimité sur les contours précis de la doctrine, il n'existe pas non plus une mesure unique de l'effet de la concurrence de procédures sur l'exception de for plus approprié, ce qui fait l'ambiguïté des relations entre le *forum non conveniens* et le conflit de procédures. L'histoire de la doctrine montre en effet que déjà à l'origine les relations entre les deux étaient pour le moins confuses. C'est ce que nous allons apercevoir en examinant les jurisprudences écossaise et anglaise du siècle dernier (1). On constatera ensuite que l'importance accordée à la concurrence de procédures n'est pas une donnée constante de la doctrine; elle varie sensiblement selon les juridictions (2).

#### 1. LES DONNEES HISTORIQUES : LES RELATIONS CONFUSES ENTRE LE FORUM NON CONVENIENS ET LE CONFLIT DE PROCEDURES AU 19<sup>EME</sup> SIECLE

518. L'ambiguïté des relations entre l'exception de for inapproprié et la concurrence de procédures apparaît déjà lorsque l'on examine l'origine de la doctrine. L'histoire de la jurisprudence fait en effet apparaître qu'alors que le *forum non conveniens* a trouvé dans la

<sup>2319</sup> Art. 3135 Code civil et les commentaires de S. GUILLEMARD, A. PRUJINER et F. SABOURIN, "Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois", *Les Cahiers du Droit*, 1995, 913-951. Mme. Muir Watt a pu écrire du forum non conveniens qu'il a été "exporté selon autant de modalités qu'il existe de marques de whisky", compte-rendu de l'ouvrage *Dedining Jurisdiction in Private International Law*, J. J. FAWCETT (éd.), *R.C.D.I.P.*, 1995, 900.

<sup>2320</sup> *Vide* l'extension aux clauses d'élection de for.

<sup>2321</sup> M. Fawcett explique que "there is no single doctrine of forum non conveniens", ("General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 10).

concurrence de procédures un terrain fertile pour naître et grandir, il s'en est peu à peu détaché pour acquérir une portée générale. Les jurisprudences écossaise et anglaise apprennent que ce sont des espèces mettant en jeu un conflit de procédures qui ont permis aux tribunaux de dégager le principe d'une appréciation discrétionnaire de l'exercice de leur compétence et de dégager ainsi les bases d'une future doctrine du *forum non conveniens*. Bien vite cependant, la concurrence de procédures, qui était au départ la raison d'être même de l'appréciation discrétionnaire, à tel point que l'on pouvait presque parler d'une exception de litispendance, a été réduite au rang de simple circonstance, parmi d'autres, qui justifient l'exercice du pouvoir d'appréciation.

Cette évolution s'est d'abord manifestée en droit écossais (A) pour ensuite gagner la jurisprudence anglaise (B).

#### A. Les premières manifestations de l'ambiguïté : le droit écossais

519. L'exception de *forum non competens* - On s'accorde généralement pour attribuer aux tribunaux écossais la paternité de la doctrine du *forum non conveniens*.<sup>2322</sup> D'aucuns ont cru apercevoir dans des décisions des XVII<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècles les premières traces d'un raisonnement qui conduira à cette doctrine.<sup>2323</sup> Pour d'autres, il est difficile de déduire des décisions de cette époque un souci des tribunaux de limiter l'exercice de leur compétence pour des raisons d'équité,<sup>2324</sup> d'autant plus que les règles de compétence n'étaient alors pas encore entièrement fixées. La doctrine semble s'être véritablement cristallisée au 19<sup>ème</sup> siècle,<sup>2325</sup> à l'occasion de l'évolution d'une banale exception d'incompétence, connue sous l'expression de *forum non competens*. Au départ cette exception visait non pas à solliciter du tribunal qu'il renonce à l'exercice d'une compétence, mais plus simplement à faire constater que celle-ci faisait défaut.<sup>2326</sup> L'exception de *forum non competens* était alors le plus souvent invoquée pour corriger les conséquences jugées excessives de l'exercice de la compétence fondée sur l'arrêt *ad fundandam iurisdictionem*, une variation écossaise sur le thème du *forum arresti*.<sup>2327</sup>

Ce n'est que progressivement, à l'occasion de litiges fondés sur une utilisation astucieuse, voire abusive, du *forum arresti* par les plaideurs,<sup>2328</sup> que les tribunaux écossais vont abandonner l'interprétation littérale de l'exception de *forum non competens* et faire la distinction entre l'existence de la compétence et l'exercice de celle-ci.

<sup>2322</sup> P. ex. P. HERZOG, "La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain : un aperçu", *R.C.D.I.P.*, 1976, (1), 2 e.s.

<sup>2323</sup> P. ex. B. SCHNEIDER, "Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droits écossais, anglais et américain)", *Reu Int. Dr. Comp.*, 1975, (606), 608; CH. CHALAS, 45, n° 27.

<sup>2324</sup> P. HERZOG, *l.c.*, *R.C.D.I.P.*, 1976, 3; A. NUYS, p. 70 e.s., n° 57.

<sup>2325</sup> V. cependant la décision *Scrutton v Gray*, rendu par la Court of Session en 1772, citée par A. NUYS, n° 75, p. 61.

<sup>2326</sup> Sur les règles de compétence en vigueur en Ecosse avant l'introduction de la Convention de Bruxelles, v. surtout A. E. ANTON, *Private International Law*, 1<sup>ère</sup> éd., Edinburgh, Green & Son, 1967, 90-138 et de manière générale A. D. GIBBS, *The International Law of Jurisdiction in England and Scotland*, Edinburgh/Londres, William Hodge/Sweet & Maxwell, 1926, 301 p. V. aussi A. NUYS, n° 54-55; B. SCHNEIDER, *l.c.*, *Reu Int. Dr. Comp.*, 1975, 607-608; CH. CHALAS, 39-44, n° 19-25.

<sup>2327</sup> Sur ce chef de compétence, v. ANTON, 1<sup>ère</sup> éd., 106-117; A. GIBB, 61-79; A. NUYS, n° 55, p. 69 et CH. CHALAS, n° 24, p. 43.

<sup>2328</sup> Les difficultés se faisaient surtout ressentir en matière successorale, les créanciers d'une succession ouverte à l'étranger profitant de la présence en Ecosse de biens appartenant au *de cuius* pour y engager une procédure.

520. Distinction entre existence et exercice d'une compétence – le '*plea of lis alibi pendens*' - La séparation va être esquissée dans deux affaires tranchées en 1842 par la *Court of Session*.<sup>2329</sup> Déjà ces deux premières espèces mettaient en jeu un conflit de procédures. Dans les deux cas, une partie s'était d'abord adressée aux tribunaux anglais pour ensuite profiter du *forum arresti* pour saisir les juridictions écossaises. Ce faisant, elle visait à garantir l'exécution d'une future décision anglaise, en empêchant l'adversaire de déplacer les biens qu'il possédait en Ecosse.<sup>2330</sup> Une fois la compétence des tribunaux établie sur base du *forum arresti*, les juges durent se prononcer sur le '*plea of lis alibi pendens*' soulevé par les défendeurs. C'est à cette occasion que fut opérée la distinction entre l'existence et l'exercice de la compétence. Dans des attendus qui rappellent fortement les décisions françaises et belges de la même époque (*supra*, n° 374), la Cour expliqua tout d'abord que la règle ordinaire de litispendance n'était pas destinée à être invoquée en présence d'une procédure concurrente pendante dans un pays étranger.<sup>2331</sup>

Les juges reconnurent certes que la conduite simultanée de procédures concurrentes avait ceci de vexatoire qu'elle pouvait conduire à la naissance de jugements contradictoires.<sup>2332</sup> Ceci ne suffisait toutefois pas à leurs yeux à condamner la seconde procédure, parce qu'en principe les effets des décisions étaient limités au territoire du souverain au nom duquel elles sont prononcées, un argument que l'on a déjà rencontré.<sup>2333</sup> Et la Cour d'en déduire qu'il n'y avait pas lieu d'accepter l'exception de litispendance invoquée par les défendeurs.<sup>2334</sup>

La Cour n'exclut cependant pas que l'on puisse tenir compte de l'existence de la procédure étrangère. Elle précisa en effet que "même si la règle stricte de la litispendance ne s'applique pas, il n'y a pas de doute qu'en cas de conflit de procédures, les tribunaux de ce pays peuvent décider de se dessaisir, surseoir à statuer ou encore exiger une modification de la demande".<sup>2335</sup> Ce faisant les juges reconnurent qu'un tribunal pouvait

<sup>2329</sup> *Hawkins v Wedderburn*, 4 S.C. (Session Cases) (Dunlop) 924 (C.S. 1842) et *Fordyce v Bridges*, 4 S.C. (Dunlop) 1334 (C.S. 1842).

<sup>2330</sup> Il n'y avait donc pas de concurrence véritable entre les deux procédures, la procédure écossaise visant uniquement à préserver les actifs situés en Ecosse. Les juges étaient parfaitement conscients de la différence d'objet; celle-ci n'entrait cependant pas en compte, la seule question étant de savoir si les tribunaux pouvaient assumer leur compétence.

<sup>2331</sup> Lord Mackenzie, auquel s'associèrent 4 autres Lords, expliqua que "The ordinary and strict rule requiring the dismissal of an action on the ground of *lis alibi pendens* [...] appears to us to be limited to cases where the same action is pendent in another court within the same country": *Hawkins v Wedderburn*, 4 S.C. (Session Cases) (Dunlop) 924, 939 (C.S. 1842).

<sup>2332</sup> Lord Mackenzie observe que la prohibition de procédures concurrentes en droit interne "rests on the reasons not only that a double litigation on the same claim is vexatious, but that it would be wrong to allow double decrees to be obtained, each constituting *res judicata*, and which must be either two decrees to do the same thing only once, and so one of them utterly useless, or must be cumulative, to do it twice over, or leading to confusion", *Hawkins v Wedderburn*, 4 S.C. (Session Cases) (Dunlop) 924, 939 (C.S. 1842).

<sup>2333</sup> La Cour souligne que le danger de contradiction de jugements n'a pas lieu d'être "in the case of a previous action, depending in a foreign court, where the decree obtained is not *res judicata* in this country, and may not at all, or not satisfactorily answer the purpose of a decision in this country, the foreign decree extending over the foreign country, the home decree over the home country only, and the legal means and actual facilities of enforcing decrees being different in different countries".

<sup>2334</sup> "Accordingly there seems no authority for holding that the ordinary rule of *lis alibi pendens* applies strictly to cases where the previous *lis alibi pendens* is a foreign court".

<sup>2335</sup> "[...] though the original and strict rule of *lis alibi pendens* may not so apply, nevertheless there seems to be no doubt that in cases of *lis alibi pendens*, even in a foreign court, it is competent for the court in this country to require the dismissal, or the sisting or modification of the action raised here, to give it such effect": *Hawkins v Wedderburn*, 4 S.C. (Session Cases) (Dunlop) 924, 939 (C.S. 1842) par Lord Mackenzie. V. déjà quelques années auparavant l'affaire *Murray v Graham*, 1 S.C. (Dunlop) 1151 (un même demandeur, deux actions dans un litige portant sur une succession, la première en Angleterre, la seconde en Ecosse, le juge écossais accorde un sursis à

légitimement refuser d'exercer une compétence dont il était investi, et ce en raison de l'existence d'une concurrence de procédures!

521. **Distinction entre existence et exercice d'une compétence - le 'plea of lis alibi pendens' (suite)** - Les principes dégagés dans cette première espèce furent ensuite mis en application dans l'affaire *Fonhye*. La Cour s'attribua ici aussi la faculté discrétionnaire de surseoir à statuer en attendant l'issue du procès en Angleterre.<sup>2336</sup> Dans les principes au moins, ces décisions consacrent clairement la distinction entre l'existence d'une compétence et l'exercice de celle-ci.<sup>2337</sup> Le refus d'exercer une compétence reçut ainsi sa première consécration à l'occasion d'un conflit de procédures. Il était d'ailleurs expressément justifié par l'existence de ce conflit.

Les décisions qui suivirent confirmèrent que les tribunaux écossais disposaient du pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer leur compétence, pouvoir qui était invoqué par les plaideurs sous le nom d'exception de *lis alibi pendens*, à l'occasion de conflits de procédures.<sup>2338</sup> Il ne s'agissait toutefois pas d'une exception de litispendance telle qu'on la connaît dans la tradition romane : elle s'en distinguait par le pouvoir d'appréciation reconnu au juge ainsi que par le fondement invoqué pour justifier le refus d'exercice de la compétence. Si l'exception était accueillie, c'était pour éviter l'abus et le harcèlement qui résulterait de la multiplication des procédures. Dans l'affaire *Codmanne v Paul*,<sup>2339</sup> la Cour a ainsi reconnu que si un créancier peut en principe assigner son débiteur dans plusieurs pays pour tenter de récupérer la même dette, "les tribunaux peuvent en équité contrôler que la multiplication des procédures ne constitue pas une oppression".<sup>2340</sup>

522. **Consécration du *forum non conveniens* et perte d'autonomie de la *lis alibi pendens*** - L'appréciation par le juge, en droit écossais, de l'opportunité d'exercer la compétence internationale dont il est investi, a trouvé son origine et sa première consécration dans la concurrence de procédures. Progressivement le pouvoir d'appréciation du juge va toutefois acquérir une certaine autonomie et s'appliquer en dehors de la situation particulière du conflit de procédures. Les trois décisions qui vont donner au pouvoir d'appréciation son expression moderne, et substituer à l'expression *forum non competens* celle de *forum non conveniens*,<sup>2341</sup> ne mettaient d'ailleurs pas en jeu un

---

statuer à la demande des administrateurs de la succession, en attendant que le juge anglais de la Chancery se prononce).

<sup>2336</sup> *Fonhye v Bridges*, 4 S.C. (Dunlop) 1334 (S.C. 1842), spéc. p. 1343-1344 le speech de Lord Justice Clerk et l'analyse par A. NUYS, n° 62.

<sup>2337</sup> La première décision est intéressante à un autre égard. En l'espèce, le litige portait sur les suites du décès d'un associé d'une entreprise établie à Londres, les héritiers du défunt réclamant aux autres associés une participation aux bénéfices de l'entreprise. Après qu'ils furent assignés en Ecosse, les associés demandèrent et obtinrent du juge anglais une injonction interdisant la poursuite de la procédure écossaise. Le Lord Chancellor réforma en appel l'injonction accordée par le Master of the Rolls, en laissant subsister la possibilité pour les demandeurs de s'adresser aux tribunaux écossais pour obtenir une mesure visant à préserver les actifs des défendeurs. Les Lords écossais examinèrent avec soin l'injonction pour en conclure que malgré tout le respect qu'ils devaient à leurs collègues anglais, ils ne se sentaient pas liés par les termes de l'injonction!

<sup>2338</sup> P. ex. *Codmanne v Paul*, 20 S.C. (Dunlop) 178 (1857); *Ferguson v Buchanan*, 18 S.C. (Rettie) 119; *Hay v Jackson*, 1911 S.C. 876; *Brown v Maxwell's Executors*, 10 S.C. (Rettie) 1235.

<sup>2339</sup> 20 S.C. (Dunlop) 178 (1857).

<sup>2340</sup> "there seems no incompetency in a creditor bringing several suits against his debtor in several countries for the same debt if there is jurisdiction in all, though there is always an equitable power and duty to control in each tribunal to see that there is not on the whole an improper and oppressive accumulation of litigation or diligence", 20 S.C. (Dunlop) 178, 179 (1857).

<sup>2341</sup> Ce qui sera fait en 1873 dans l'affaire *Macadam v Macadam*, 11 M. 860 (1873).



conflit de procédures. La doctrine consacrée dans les arrêts *Longworth*,<sup>2342</sup> *Clement*<sup>2343</sup> et surtout *Sim*,<sup>2344</sup> a une portée tout à fait générale : le tribunal écossais se vit autorisé, de façon exceptionnelle,<sup>2345</sup> à refuser d'exercer la compétence qui lui revient. Il pouvait ce faire lorsque le défendeur démontre que le tribunal écossais n'est pas le for approprié.<sup>2346</sup>

Du conflit de procédures il n'était déjà plus question : le *plea of forum non conveniens* était d'abord et avant tout conçu comme un mécanisme de correction des règles de compétence. Avec l'apparition de la doctrine du *forum non conveniens*, l'exception de litispendance perdit son autonomie. De façon quasi-naturelle, les tribunaux écossais étendirent le principe du for inapproprié à toutes les situations mettant en concurrence, avérée ou simplement potentielle, le tribunal écossais et un tribunal étranger. C'est ainsi que le paradigme du for (in)approprié va être invoqué pour donner effet à une clause d'élection de for en faveur d'un juge étranger,<sup>2347</sup> ou encore lorsque les parties se sont mis d'accord sur une clause compromissoire.<sup>2348</sup> Bien vite la concurrence de procédures subira le même sort : la circonstance qu'un tribunal étranger a déjà été saisi du litige fut intégrée au raisonnement même qui sous-tendait l'exception de for approprié : cette circonstance constituait un élément important dans la détermination du caractère approprié des fors, sans être toutefois à lui seul déterminant.<sup>2349</sup> Les tribunaux auront l'occasion de confirmer que le *forum non conveniens* a phagocyté la litispendance.<sup>2350</sup>

<sup>2342</sup> *Longworth v Hope*, 3 S.C. (M : MacPherson) 1049 (1865).

<sup>2343</sup> *Clement v Macaulay*, 4. S.C. (M) 583 (1866).

<sup>2344</sup> *Sim v Robinow*, 19 S.C. (R : Rettie) 665 (1892).

<sup>2345</sup> Les tribunaux insistent sur le principe selon lequel un juge est tenu en règle générale d'exercer la compétence dont il est investi, principe qu'ils fondent sur l'adage *iudex tenetur impertiri iudicium suum*.

<sup>2346</sup> Expression qui est entendue de façon stricte : il ne suffit pas de démontrer que le défendeur aurait de meilleurs chances de l'emporter devant le tribunal étranger. Dans l'affaire *Sim v Robinow*, 19 S.C. (R : Rettie) 665 (1892) la Cour a d'ailleurs fait observer qu'il ne suffit pas pour le défendeur d'alléguer que procéder en Ecosse lui est difficile du fait de sa résidence à l'étranger, parce que ce genre d'inconvénients est quotidien dans l'administration de la justice. Il importe au contraire de démontrer que la poursuite de l'affaire devant le juge étranger est "dans l'intérêt de toutes les parties et celui de la justice" (*Clement v Macaulay*, 4 M. 583, 592. Lord Inglis explique que "The contention involved in such a plea is rather that for the interests of all parties and for the end of justice, the cause may more suitably be tried elsewhere". V. également *Sim v Robinow*, 19 S.C. (Rettie) 665, 668 (1882) (la Cour décide que "l'exception ne peut aboutir qu'à condition que la Cour soit convaincue qu'un autre tribunal, dûment compétent, est susceptible de traiter de l'affaire de manière plus convenable tant pour les intérêts de toutes les parties que pour les exigences de la justice" : "the plea can never be sustained unless the Court is satisfied that there is some other tribunal, having competent jurisdiction, in which the case may be tried more suitably for the interests of all parties and for the ends of justice", par Lord Low et du même p. 666, l'exception peut être invoquée "whenever it can be shown that the case cannot, consistently with fairness and justice, be tried in this country"). On a d'ailleurs fait remarquer (A. NUYTS, n° 160) que l'exception de for approprié n'a pas à cette époque été invoquée à l'encontre du for du domicile du défendeur qui constitue la règle de base en droit écossais.

<sup>2347</sup> Ce qui fut confirmé dans la décision *Elderslie Steamship Co v Burrell & Sons* (1895) 22 S.C. (Rettie) 389, v. E. ANTON, 1<sup>ère</sup> éd., 153.

<sup>2348</sup> *Hankyn & Co v Talisker Distillery* (1894) 21 S.C. (Rettie) 21 (H.L.) et les décisions citées par E. ANTON, 1<sup>ère</sup> éd., 153, note 31.

<sup>2349</sup> Selon M. Anton, "the fact of the prior initiation of such proceedings is an element of special importance [...] the priority of the proceedings, however, is only one of the factors to be taken into account in determining whether or not to admit the plea of forum non conveniens. Here, as elsewhere, the crucial question is whether the foreign court is one in which in all circumstances, the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and for the ends of justice" (1<sup>ère</sup> éd., 152).

<sup>2350</sup> V. les affaires suivantes : *Robinson v Robinson's Trustees*, 1930 S.C. (H.L.) 20; *Woodbury v Sutherland's Trustees*, 1938 S.C. 689; *Ferguso v Buchanan's Trustees* (1890) 18 S.C. (Rettie) 20; *Lairford v Lairford's Trustees* 1927 S.C. 360 et *Martin v Stopford Blair's Executors* (1879) 7 S.C. (Rettie) 329 ainsi que *Adamson's Executors v Mactaggart*, 30 Scot. Law Rep. 672 et la décision dans l'affaire *Rathfield v Cohen* (Outer House) 1919, 1 S.L.T. 138 (pour la décision anglaise dans cette affaire, cf. *infra*).

La décision rendue par la *Court of Session* dans l'affaire du tweed anglais illustre cette évolution : en l'espèce deux entreprises établies en Ecosse se disputaient sur le point de savoir si un tissu qui avait été filé à la main aux Hébrides mais n'avait pas été teint dans ces îles, méritait l'appellation de 'tweed'.<sup>2351</sup> Une procédure similaire était pendante en Angleterre. Lord Clyde fit d'abord observer que c'est à bon droit que les défendeurs invoquaient le *forum non conveniens* et non le *plea of lis alibi pendens*. Se tournant vers la question du for approprié, il observa qu'il lui était impossible d'accepter que la simple priorité temporelle soit décisive dans cette matière à l'exclusion de toutes autres considérations.<sup>2352</sup> Lord Clyde souligna que la question du for approprié ne pouvait être résolue à l'aide de règles rigides, mais devait faire l'objet d'une appréciation au cas par cas.<sup>2353</sup> En l'espèce la Cour releva que le litige n'avait d'attache qu'avec l'Ecosse, où étaient établies les parties et où la fabrication du tissu avait eu lieu. La simple priorité temporelle ne fut dès lors pas suffisante pour justifier l'accueil de l'exception. Lord Clyde conclut d'ailleurs que "*priority in time, although in some cases it may be so great as to be practically conclusive, is still only one of the factors which help to determine the question of sisting*".<sup>2354</sup>

La jurisprudence récente a confirmé la réduction de la concurrence de procédures au rang de simple facteur entrant dans l'équation sophistiquée du *forum non conveniens*.<sup>2355</sup> Dans le même temps les tribunaux confirmèrent que le *plea of lis alibi pendens* était dénué de toute portée extra-territoriale et ne pouvait donc être invoqué à l'égard d'une procédure pendante à l'étranger.<sup>2356</sup>

**523. Conclusions sur le droit écossais** – L'histoire de la jurisprudence écossaise illustre l'irrésistible enracinement du *forum non conveniens* dans le conflit de procédures. C'est à partir d'espèces mettant un jeu des procédures concurrentes qu'a été dégagée la

<sup>2351</sup> *Argyllshire Weavers Ltd. v Macaulay (Tweeds) Ltd. et al.*, 1962, S.C. 388 (C.S. 1962).

<sup>2352</sup> "I cannot accept the view that mere priority in time regardless of all other considerations must necessarily solve the matter, however brief the time may be".

<sup>2353</sup> "The determination of whether or not the court should sist an action upon the ground of forum non conveniens has never been treated as a question of applying rigid rules, but as a question of discretion for the court".

<sup>2354</sup> La Cour avait également relevé que les deux litiges n'étaient pas parfaitement identiques, une des parties à la cause en Ecosse n'ayant pas été assignée en Angleterre.

V. également Lord Guthrie, qui cite la décision du Lord Ordinary en première instance dans l'espèce, selon qui "When litigations are depending both in the Scottish and in a foreign court, weight has been given by the Scottish court when considering a plea of forum non conveniens to the question of priority". Et le Lord d'ajouter que "It is always an important circumstance that an action has been previously raised in a competent foreign court, and a court ought not to entertain a second and unnecessary suit [...]. In many cases, priority will be a determining factor, for example where it is absolutely immaterial whether the question of fact is tried in one or the other court [...]. But it is nowhere laid down that the priority of the foreign action is a conclusive circumstance, requiring the plea of forum non conveniens to be sustained, although the consequences to some of the parties may be harsh in the extreme".

<sup>2355</sup> *Joan Amelia Sinclair or Richardson et al. v British Int'l Helicopters Ltd.*, Court of Session : Outer House, 2 décembre 1988 (Lexis) (procédures en Ecosse et aux Etats-Unis suite à un accident d'hélicoptère dans les Shetlands, la Cour refuse le stay) et *Mitchell v Mitchell*, 1992 SCLR 252, 1992 S.L.T. 410 (Outer House, 27 sept. 1991) (divorces en France et en Ecosse, la procédure française instituée après la procédure écossaise. La Cour refuse le stay, notant que les époux sont écossais, ont vécu la plupart du temps en Ecosse et que leurs biens étaient pour la plupart situés en Ecosse. La Cour note que pour décider si oui ou non elle doit surseoir à statuer, il est nécessaire de prendre en considération "the overall connection of the marriage" avec les deux ordres juridiques concernés. On est bien loin d'une stricte litispendance!

<sup>2356</sup> *V. Martin v Stopford Blair's Executors* (1879) 7 R. (329), 331, par Lord President Inglis, qui décide que "proceedings in a foreign court do not constitute lis alibi pendens in the proper sense of that plea"; *Atkinson and Wood v Macintosh* (1905) 7 S.C. (Fraser) 598, 601 (par Lord Kinear). V. également *Alston v Alston's Tr.*, 1919 2 S.L.T. 22 et *Wilson v Dunlop, Bremner & Co., Ltd.*, 1921, 1 S.L.T. 35. Ceci fut confirmé en 1919 dans l'affaire *Cohen*, dans laquelle la Court of Session fit observer que "no cases was cited [...] in which the plea was sustained in respect of proceedings depending in a foreign court" et plus récemment *Argyllshire Weavers Ltd. v Macaulay (Tweeds) Ltd. et al.*, 1962 S.C. 388 (C.S. 1962).

possibilité pour un juge de refuser d'exercer une compétence dont il est investi. La généralisation de ce pouvoir d'appréciation s'est toutefois opérée au détriment des liens privilégiés qui l'unissait à l'origine au conflit de procédures. Dans la décision de principe qui consacra le *forum non conveniens* en droit écossais au 20<sup>ème</sup> siècle, les conflits de procédures ne sont d'ailleurs même plus évoqués!<sup>2357</sup> La concurrence de procédures fut vite confinée à un rôle secondaire, ne constituant qu'un facteur parmi d'autres pour apprécier le caractère approprié des fors en présence.

Au total les tribunaux écossais n'ont d'yeux que pour l'*inconvenience* qui résulte de la poursuite d'une procédure dans un for réputé inapproprié, sans tenir compte de celle qui se déduirait de la concurrence de procédures.<sup>2358</sup> L'exception de litispendance n'aura connu d'existence autonome que pendant la période de maturation du *forum non conveniens*.<sup>2359</sup> On va voir que le droit anglais a connu une évolution similaire.

## B. La poursuite de l'ambiguïté : le droit anglais

524. Le *forum non conveniens* trouve son origine en droit anglais dans le pouvoir général que les tribunaux se reconnaissent d'accorder un 'stay' ou sursis à statuer dans des circonstances diverses (*supra*, n° 408). Tout comme en droit écossais, cette compétence inhérente s'est d'abord manifestée à l'occasion de conflits de procédure. Dans un premier temps, la jurisprudence a reconnu, après quelques hésitations, une véritable exception de litispendance (1). A partir des années 1880, cette exception va se fondre dans un ensemble plus grand qui préfigure la doctrine moderne du *forum non conveniens* (2). Nous examinerons successivement ces deux périodes.

### (i) Les origines : le 'plea of lis alibi pendens'

525. Les hésitations du début du 19<sup>ème</sup> siècle - Historiquement, le *plea of lis alibi pendens* a précédé l'apparition en droit anglais du *forum non conveniens*. Des décisions fort anciennes font déjà mention du 'plea'. Certes les tribunaux se montraient à l'époque assez hostiles à la possibilité d'une quelconque coordination avec une procédure étrangère concurrente. Dans une motivation qui rappelle celle qui sera utilisée plus tard par les jurisprudences française et belge, une décision prononcée en 1798 a ainsi exclu qu'un 'stay' puisse être accordé en déférence à une instance pendante en Irlande, en arguant du

<sup>2357</sup> La formulation moderne de la doctrine en droit écossais est généralement attribuée à la décision *Société du Gaz de Paris v S.A. Les Armateurs Français*, 3 décembre 1925, 1926 S.C. 13 (H.L.). Cette affaire ne portait pas sur un conflit de procédures.

<sup>2358</sup> Notons que depuis l'entrée en vigueur en Ecosse de la Convention de Bruxelles, la litispendance a opéré un retour en force en droit écossais. Comme on le sait, les règles de cette Convention ont été étendues par le Schedule 8, du 1982 *Civil Jurisdiction Act*, pour former le droit commun écossais du conflit de juridictions (v. R. E. AIRD et J. N. ST. C. JAMESON, *The Scots Dimension to Cross-Border Litigation*, W. Green/Sweet & Maxwell, Edinburgh, 1996, 67 e.s.). En conséquence la règle de litispendance de l'article 21 s'applique de façon générale lorsque le tribunal écossais est second saisi. Si l'on accepte que le mécanisme du *forum non conveniens* est en principe incompatible avec l'esprit de la Convention, on ne peut que constater que la litispendance a repris le dessus lorsqu'il s'agit de résoudre les conflits de procédures.

<sup>2359</sup> L'ambiguïté des relations entre le *forum non conveniens* et le *lis alibi pendens* subsistera quelques temps. Dans son ouvrage qui date de 1926, M. Gibbs (*The International Law of Jurisdiction in England and Scotland* précité) traitait du *plea of lis alibi pendens* au chapitre consacré au *forum non conveniens* (pp. 213-220) sans expliquer clairement si la litispendance constituait une *lex specialis* indépendante ou seulement une sous-catégorie d'une plus large doctrine. Les doutes vont vite disparaître. M. Anton par exemple ne laisse planer aucun doute sur le sujet, le *lis alibi pendens* n'est plus qu'un facteur parmi d'autres à l'intérieur du *forum non conveniens*.

fait que les jugements irlandais étaient dénués d'effet en Angleterre.<sup>2360</sup> D'autres décisions toutes aussi anciennes ont également refusé d'accorder le 'stay' sollicité par le défendeur.<sup>2361</sup>

Progressivement les tribunaux acceptèrent toutefois de conférer une portée extra-territoriale au 'stay' lorsqu'un tribunal étranger a déjà été saisi d'une procédure concurrente. L'affaire *Cox. v Mitchell* décidée en 1859 contient déjà les premiers indices du changement qui s'annonce.<sup>2362</sup> Un marchand établi à Liverpool avait acheté une grande quantité de coton à un autre établi en Caroline du Sud. Le coton livré se révéla être de mauvaise qualité, sur quoi l'acheteur actionna le vendeur devant les tribunaux américains. En cours de procédure, il se ravisa et saisit les tribunaux anglais. Le vendeur demanda à ces derniers de lui accorder un 'stay'. En première instance, *Blackburn J.* constata tout d'abord "qu'il serait injuste à l'égard du défendeur d'admettre que les deux procédures se poursuivent simultanément".<sup>2363</sup> En l'absence de précédent direct sur la question, il estima que la solution au problème devait trouver sa source dans la compétence générale des tribunaux de sanctionner l'abus de procédure.<sup>2364</sup>

Après avoir observé que si le demandeur obtenait un jugement aux Etats-Unis, il pourrait en poursuivre l'exécution en Angleterre, le juge décida que dans de telles circonstances, "le tribunal peut empêcher le demandeur de poursuivre son action, du moins s'il ne met pas fin à la procédure étrangère".<sup>2365</sup>

Le principe ainsi posé ne fut toutefois pas suivi en appel. La *Court of Common Pleas* réforma la décision en s'appuyant sur le défaut de précédent.<sup>2366</sup> Tout en reconnaissant que la concurrence de procédures pouvait causer certaines difficultés ("hardship") au défendeur, le Chief Justice *Erie* insista sur le droit du demandeur d'obtenir justice des tribunaux. Le 'stay' accordé en première instance passa dès lors à la trappe.<sup>2367</sup> La décision du juge d'appel contraste singulièrement avec celle rendue en première instance. La distance qui sépare les deux décisions montre que le principe d'une exception de litispendance était encore loin d'être solidement établi.<sup>2368</sup>

<sup>2360</sup> *Lord Dillon v Aburns* (1798) 4 Ves. 357; reproduit in 31 *English Reports* 182.

<sup>2361</sup> *V. Maule v Murray*, 7 Term. Rep. 470 (Etats-Unis/Angleterre); *Foster v Vassale*, 3 Atk. 587 (Irlande/Angleterre, par Lord Hadowicke). V. cependant à la même époque *The Fortitudo*, 2 Dodson 58 (stay accordé).

<sup>2362</sup> *Cox. v Mitchell*, 2 nov. 1859, S.C. 29 L.J.C.P. 33; 1 L.T. 8; 8 W.R. 45, reproduit in 141 *English Reports* 734.

<sup>2363</sup> "It would be great injustice to the defendant to allow the proceedings to go on in both jurisdictions simultaneously" : 141 *English Reports* 734, 735.

<sup>2364</sup> "This application must found itself upon the general jurisdiction of the court to prevent an abuse of its process" : 141 *English Reports* 734, 735.

<sup>2365</sup> "The court may in its discretion restrain the plaintiff from proceeding in the action here unless he elects to abstain from going on in the foreign court" : 141 *English Reports* 734, 735.

<sup>2366</sup> Le juge Byles fit même observer que "There must have been many cases where proceedings have been taken here and abroad at the same time, and yet I have never heard of a motion as this; nor has any been produced before us" : 141 *English Reports* 734, 735.

<sup>2367</sup> Justice Williams explique aussi que "The question is whether the fact of the plaintiff having another action pending against the defendant in a foreign court is a bar of his remedy in the courts of this country. I am not aware of any principle upon which such an argument could rest" : 141 *English Reports* 734, 735.

<sup>2368</sup> Les quelques décisions de l'époque qui se sont penchées sur la question ne semblent pas autrement décisives, des considérations étrangères au conflit de procédures permettant de les expliquer. Ainsi dans une décision datant de 1821, le Vice Chancellor avait-il accordé un sursis à statuer dans l'attente que le juge écossais, saisi des mêmes questions, se prononce : *Elliott v Lord Minto*, 6 Madd. 15, reproduit in 56 *English Reports* 994 (5 mars 1821). S'agissant d'un litige portant sur une succession ouverte en Ecosse, il semble que la décision soit plus motivée par des considérations pragmatiques que de principe. Le Vice-Chancellor observe que le droit écossais était d'application, ce qui compliquait la tâche du juge anglais. Sa décision, très peu motivée, ne semble pas avoir été dictée par des considérations de principe. A la même époque, v. *Ostell v Le Page*, 21 L.J.Ch 501; 16 Jur. 404,

526. La reconnaissance du 'plea' en matière maritime - C'est par le biais du contentieux maritime que le 'plea of lis alibi pendens' s'imposera progressivement. On verra ainsi les tribunaux anglais accepter à l'occasion de litiges nés de la collision de navires la possibilité de renoncer à exercer une compétence dont ils étaient investis.<sup>2369</sup> Déjà dans une espèce tranchée en 1851, si le *plea of lis alibi pendens* invoqué au profit d'une instance concurrente engagée en Ecosse par le même plaideur fut rejeté,<sup>2370</sup> ce n'était plus pour des raisons de principe mais bien parce que les procédures étaient de nature différente, l'une *in rem* et l'autre *in personam*.<sup>2371</sup> Le 'plea' aurait donc pu être accueilli si les aléas de la compétence internationale n'avaient pas obligé le demandeur à engager deux procédures de nature différente. C'est ce qu'a confirmé la *High Court of Admiralty* quelques années plus tard à l'occasion d'une autre affaire mettant cette fois aux prises une instance canadienne et anglaise.<sup>2372</sup>

En l'espèce, un marin tentait d'obtenir paiement de ses gages pour services rendus à bord du navire *The Lanarkshire*. Il s'adressa d'abord aux tribunaux du Québec, où le navire mouillait. De retour en Angleterre, le marin saisit de nouveau les tribunaux. Le juge accepta le *plea of lis alibi pendens*, en rejetant la distinction suggérée par le marin entre la procédure anglaise, *in rem*, et la procédure québécoise, *in personam*. Il expliqua que les deux actions visaient le même but, à savoir récupérer les gages promis.<sup>2373</sup> À ses yeux, permettre la poursuite de la procédure anglaise reviendrait à faire du droit d'action du marin contre l'armateur, destiné à protéger le premier, une arme pouvant causer une injustice au second.<sup>2374</sup> On voit déjà poindre le critère de l'injustice qui deviendra déterminant par la suite.

Les décisions qui suivirent confirmèrent la possibilité pour le défendeur d'opposer à la saisine du juge anglais le *plea of lis alibi pendens*.<sup>2375</sup> À partir de 1860, la jurisprudence va acquérir une certaine maturité et les tribunaux dégager le principe qu'un juge possède un

reproduit in vol. 42 Law Reports, Chancery, 1121 (16 déc. 1852) (Cour refuse un 'stay' dans une affaire où le litige avait également été introduit devant les tribunaux de Calcutta. Ce précédent n'est pas décisif parce qu'il semble que les tribunaux indiens s'étaient déjà prononcé au fond. On peut tout de même observer que les juges se montrent très hésitants à intervenir pour interdire à une partie de saisir le juge du for : "When the court interferes upon motion to stop the Plaintiff from proceeding, it is taking upon itself a very delicate jurisdiction, and one in which it ought to see that by no possibility can it be doing injustice", Lord Cranworth, 1123.

<sup>2369</sup> Sur la compétence des tribunaux anglais en la matière, v. W. G. F. PHILLIMORE, "Compétence des cours anglaises en matière d'abordage en mer entre navires anglais et étrangers et entre navires étrangers", *J.D.I.*, 1886, 129-133.

<sup>2370</sup> *Hammer v Bell* ("The Bold Buccleugh"), (1851) 7 Moore 267, reproduit in 13 *English Reports* 884 (Sir John Jarvis).

<sup>2371</sup> 13 *English Reports* 884, 891.

<sup>2372</sup> *The Lanarkshire*, 2 Sp. Ecc. & Ad. 189, reproduit in 164 *Engl. Reports* 380 (1855).

<sup>2373</sup> "The distinction attempted to be drawn respecting the nature of the actions, does not appear to me to be substantial; first, it is clear that all these actions are for the same object, the recovery of wages; and that if the wages should be recovered in all the suits, the owners would have to pay the same demand twice, which would be wholly unjust" : 164 *Engl. Reports* 380, 382; 2 Sp. Ecc. & Ad. 189, 192.

<sup>2374</sup> "if I were to hold otherwise, I should convert the right of proceeding against the ship, the owner or the master, from a protection to the seaman into an act of injustice to the owner". On ne peut s'empêcher d'observer que l'injustice n'était sans doute pas dans la poursuite des deux procédures, mais bien dans l'arrêt de la procédure anglaise, puisqu'en l'espèce la marin, peu fortuné, était retourné en Angleterre, d'où il lui serait difficile de poursuivre la procédure québécoise.

<sup>2375</sup> P. ex. *The Bergal*, Swab. 468, reproduit in 166 *Eng. Rep.* 1220 (1859) (il n'y avait pas en l'espèce de véritable conflit de procédures, mais le juge observe obiter que "Even if it were a case of lis alibi pendens only, that would be a bar", 1221); *The John & Mary*, Swab. 471, reproduit in 166 *Eng. Reports* 1221 (1859) (en l'espèce c'était le plea of res judicata qui était invoqué et non celui de lis alibi pendens, le juge observe obiter que "I certainly should not allow, while an action was pending at common law on precisely the same grounds, a suit to be prosecuted here at the same time [...]", 1222).

pouvoir d'appréciation ('discretion') lui permettant de décider s'il est opportun d'exercer sa compétence en cas de saisine concurrente d'un juge étranger. La décision rendue en 1869 par la *Probate Division* dans l'affaire *Iwo Mali* illustre clairement l'abandon des hésitations passées.<sup>2376</sup> En l'espèce, le tribunal anglais avait été saisi d'une demande de dédommagement suite à une collision entre deux navires dans le détroit de Bosphore. L'armateur autrichien d'un des navires chercha justice auprès des tribunaux impériaux autrichiens, alors que le propriétaire norvégien de l'autre navire s'en remit aux tribunaux anglais.<sup>2377</sup> Rejetant le principe posé dans l'affaire *Cox v Mitchell* (*supra* n° 523), le juge Phillimore décida qu'il était "de son devoir soit de surseoir à statuer, soit d'obliger les parties à choisir une des deux procédures, s'il était établi qu'un tribunal étranger a été saisi du même litige et qu'il peut rendre complète justice au demandeur, sans qu'il soit besoin de s'interroger sur la nature *in rem* ou *in personam* des procédures".<sup>2378</sup>

En l'espèce, il ne fut pas nécessaire d'appliquer ce principe dès lors que le défendeur avait apparemment renoncé à la procédure autrichienne. Toujours est-il que cette décision marque un tournant dans l'évolution de la jurisprudence, les hésitations faisant place à une affirmation nette du principe.<sup>2379</sup> Le même juge confirma sa jurisprudence quelques années plus tard dans un litige qui avait déjà été soumis par le même demandeur aux tribunaux irlandais.<sup>2380</sup> A cette occasion, le juge observa qu'il "serait très désavantageux que le même litige fut soumis simultanément à deux tribunaux" et décida dès lors de surseoir à statuer.<sup>2381</sup>

Le *plea of alibi pendens* avait donc dès cette époque acquis une portée extra-territoriale.<sup>2382</sup> La jurisprudence, confinée aux espèces maritimes, n'était pas très explicite en ce qui concerne le motif du refus d'exercice de la compétence : on voit bien qu'il n'est pas question d'automatisme, mais il est difficile de distinguer ce qu'il était nécessaire de prouver, au-delà de la concurrence de procédures, pour obtenir le 'stay'.<sup>2383</sup> On peut déjà

<sup>2376</sup> *The Mali Iwo*, Law Reports Admiralty & Ecclesiastical, vol. 1-2, 356 (1869).

<sup>2377</sup> La Cour refusa de déduire son incompétence du caractère entièrement étranger du litige, en observant que "the jurisdiction of the High Court of Admiralty extends to all cases of collision happening upon the seas, that is, within the ebb and flow of the tide" : L.R.A. & E., vol. 1-2, 356, 358.

<sup>2378</sup> "I have come to the conclusion that it would be my duty either to suspend proceedings in this Court, or to put the parties to their election as to which court they would have recourse to, if, indeed the evidence before me established that there was a *lis alibi pendens* before a tribunal which could afford the plaintiff a complete remedy, whether the proceedings were technically instituted in *rem* or in *personam*" (L.R.A. & E., vol. 1-2, 356, 359). On remarquera que la majorité des décisions citées sont l'œuvre du juge Phillimore, dont on connaît par ailleurs le traité de droit maritime (*A Treatise on the Jurisdiction of the English Courts in Admiralty Actions and Appeals*, Londres, Sweet & Maxwell, 1902, 798 p). Sans doute cela doit-il nuancer quelque peu le constat d'une 'jurisprudence' constante.

<sup>2379</sup> Remarquons que dans la même décision, le juge refusa de se prononcer de manière générale sur l'existence d'une 'discretion whether or not [to] allow its jurisdiction to be put in force' (L. R. A. & E, vol. 1-2, 356, 358), préférant circonscrire la discussion à l'hypothèse particulière des conflits de procédure.

<sup>2380</sup> *The Caterina Chiazzare*, 1 P.D. 368 (1876) (Law Reports Probate Division) : collision au large de Cork en Irlande, le demandeur s'adresse d'abord aux juges irlandais puis au juge anglais lorsque le navire italien mouilla dans le port de Liverpool.

<sup>2381</sup> "it would be a most inconvenient course of proceeding to allow the same case to be heard at the same time in two different courts" : 1 P.D. 368, 372.

<sup>2382</sup> V. également *The Peshawar*, 8 P.D. 32 (par le même juge Phillimore, accorde en stay sans toutefois en donner les raisons).

<sup>2383</sup> Cons. également *Wilson v Fernand* 1871 W. 219, 13 L. R. Eq. 362 (Law Reports Equity) (1871) (Vice Chancellor) (refuse un stay qui était demandé en faveur d'une procédure française, engagée par le même demandeur contre le défendeur. Le conseil des défendeurs évoqua le "harcèlement" ("oppression") qui découlerait de la concurrence de procédures, ainsi que la "convenience" qui serait selon lui mieux servie si la procédure était suspendue en attendant que le juge français se prononce. Le Vice Chancellor Malins rejeta cette suggestion et plaça la barre plus haut en notant que "it requires a very clear case to sustain such a motion" (p. 366). Il observa qu'on ne

remarquer que le 'plea' avait été invoqué non seulement lorsque le même plaideur avait pris l'initiative des deux procédures, mais également en cas de procédure miroir. La jurisprudence va véritablement se cristalliser à partir des années 1880, les tribunaux s'accordant sur le critère de la nature 'vexatoire et harassante' de la procédure.

(ii) La consécration du 'stay' et la fin de l'autonomie du conflit de procédures

**527. Introduction** - Au cours des années 1880, le sursis à statuer va acquérir une portée plus générale, en se détachant du contexte maritime dans lequel il était apparu (A). Dans le même temps la jurisprudence va préciser à quelles conditions le défendeur peut s'opposer à la saisine du tribunal anglais. Ces conditions, fort générales, vont permettre l'extension du sursis à statuer au-delà du simple conflit de procédures et signaler ainsi la fin de l'autonomie du *plea of lis alibi pendens* (B). Nous allons examiner successivement les deux mouvements.

(A) Consécration du 'stay' : la jurisprudence de la Cour d'Appel

**528. Trois décisions de principe** - Les premiers acquis engrangés par les tribunaux à l'occasion du contentieux maritime vont être amplifiés dans trois décisions de principe de la Cour d'appel, que l'on a déjà évoquées.<sup>2384</sup> Dans les trois espèces, un juge étranger avait été saisi concurremment à un juge anglais. La question se posait de savoir si ce dernier pouvait refuser d'exercer la compétence que lui prêtait le demandeur. Comme on l'a déjà expliqué, la Cour d'Appel confirma à cette occasion, en des termes généraux, que le juge anglais possédait une 'jurisdiction' qui lui permettait de passer outre sa saisine par le demandeur (*supra*, n° 410).

Les juges se débarrassèrent d'abord de l'encombrant précédent que représentait la décision dans l'affaire *Lord Dillon* (*supra*, n° 523), en notant qu'il était révolu le temps où les décisions étrangères étaient réputées n'avoir pas d'effet en Angleterre.<sup>2385</sup> Ils répudièrent également, "avec le plus grand respect",<sup>2386</sup> la décision prononcée dans l'affaire *Cox v Mitchell*, en notant que si cette décision prétendait priver les tribunaux de la possibilité d'intervenir dans le choix du for du demandeur, elle ne pouvait être suivie.<sup>2387</sup> L'unanimité se fit en effet pour reconnaître au juge anglais la possibilité d'exercer un contrôle sur le choix du for du demandeur. Le *Master of the Rolls* déduisit cette compétence du "pouvoir de police général des tribunaux leur permettant de combattre les abus de procédure dont pourrait être victime un justiciable".<sup>2388</sup>

---

pouvait prédire quand les tribunaux français allaient se prononcer sur la cause (p. 367) et qu'il serait injuste de priver le demandeur de l'aide des tribunaux anglais.

<sup>2384</sup> *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397 (1882 C.A.); *Penruian Guano Comp. v Bockswaldt*, 23 Ch.D. 225 (1883 C.A.) et *Hymn v Helm*, 24 Ch. D. 531 (1883 C.A.).

<sup>2385</sup> *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 400 (Jessel, M.R.) et 408 (Bowen, L.J.).

<sup>2386</sup> *Idem*, 22 Ch. D. 397, 400 (Jessel, M.R.).

<sup>2387</sup> *Idem*, 22 Ch. D. 397, 400 (Jessel, M.R.) et 405 (Cotton, L.J.) et 408 (Bowen, L.J.).

<sup>2388</sup> *Idem*, 22 Ch. D. 397, 399 (Jessel, M.R.) : "it is part of the general jurisdiction of the Court to prevent a Defendant being improperly vexed by legal procedure". Dans le même sens, 22 Ch. D. 397, 405 (Cotton, L.J.).

Le simple fait que l'abus de procédure découlait non pas de la saisine d'un juge anglais, mais de celle d'un tribunal étranger ne privait pas le juge de la possibilité d'intervenir.<sup>2389</sup> On a déjà expliqué les limites étroites dans lesquelles les juges ont enfermé la compétence ainsi reconnue, rattachée au critère de l'abus qui ne permettra qu'exceptionnellement d'intervenir dans le choix du for par le demandeur.<sup>2390</sup> Ces principes seront d'abord appliqués dans les trois espèces citées, à propos d'un conflit de procédures. Pour autant, l'on ne saurait parler d'une jurisprudence consacrant une véritable exception de litispendance : les principes appliqués étaient formulés en des termes généraux et le pouvoir d'intervention des tribunaux n'était pas limité à la situation particulière des procédures concurrentes.<sup>2391</sup> Plutôt que de parler d'une figure juridique spécifique à ces conflits, on doit plutôt penser cette jurisprudence comme l'application d'un principe général à une situation particulière.<sup>2392</sup>

Certes, dans un premier temps le pouvoir d'appréciation du juge anglais fut surtout invoqué à l'occasion de conflit opposant une instance engagée en Angleterre à une instance étrangère.<sup>2393</sup> Rien toutefois dans les principes dégagés par la Cour d'Appel ne limitait cette jurisprudence à l'hypothèse particulière des procédures concurrentes.<sup>2394</sup> Il ne fallu dès lors pas longtemps pour que le pouvoir d'appréciation du juge anglais acquière une portée plus générale.

#### (B) Généralisation du 'stay' et disparition du *plea of lis alibi pendens*

**529. Le *forum non conveniens* comme principe général des conflits de juridictions** - La jurisprudence de la Cour d'Appel avait rattaché le pouvoir de sanction du juge anglais à l'existence d'un abus dans le chef du demandeur. Ce pouvoir fut tout d'abord invoqué à l'occasion de concurrences de procédures, et singulièrement de procédures concurrentes engagées par la même partie. Sans doute était-il plus facile dans cette hypothèse de démontrer l'existence d'une intention abusive dans le chef du demandeur. Les principes dégagés par la Cour d'Appel n'étaient toutefois nullement limités à cette situation particulière : le pouvoir d'appréciation pouvait être invoqué dès

<sup>2389</sup> "I see no reason on principle why, if the court is satisfied that the Defendant is being improperly vexed, the mere fact of one of the actions being in this country and one on a foreign country should prevent the Court protecting the Defendant from being so improperly vexed" (*McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 399). V. dans le même sens, *Pennian Guano v Bodevaldt*, 23 Ch. D. 225, 232 (Lindley, L.J.).

<sup>2390</sup> *Supra*, n° 412 à propos de la condition du caractère vexatoire et oppressif de la procédure, clé de voute de la jurisprudence anglaise jusqu'à la 'révolution' des années 1970.

<sup>2391</sup> On a déjà rappelé que le 'stay' pouvait prendre plusieurs formes, le juge mettant fin soit à la procédure anglaise, soit à la procédure du for. Lorsque les deux procédures étaient l'oeuvre de la même partie, les tribunaux anglais disposaient d'une autre possibilité d'intervention qui consistait à choisir l'une des deux procédures. Cette forme plus flexible d'abstention était mise sur le même pied que les deux autres, v. *The Christianborg*, 10 P.D. 141, 152.

<sup>2392</sup> Les tribunaux n'utilisent d'ailleurs que rarement l'expression 'plea of lis alibi pendens' qui dominait dans les anciennes affaires maritimes. Ils se contentent de parler de 'stay'. M. Nygh observe à juste titre que le terme 'lis alibi pendens' était plutôt utilisé "to describe the phenomenon of parallel litigation", et non pour qualifier un quelconque remède (P. NYGH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens : the Australian Experience", in J BASEDOW e.a. (éd.), *Private law in the international arena: from national conflict rules towards harmonization and unification Liber amicorum Kurt Siehr*, Den Haag, T. M. C. Asser Press, 2000, (511), 512).

<sup>2393</sup> V. par exemple *The Christianborg*, 10 P.D. 141 (Law Reports, Probate Division) (1885) (sur cette affaire, *supra*, n° 414) ; *Mutrie v Bimey* (1997), 35 Ch. D. 614 (C.A.) (procédures au Honduras britannique et en Angleterre) ; *Thornon v Thornon*, [1886-90] All Erp. 311 ; (1886) 11 P.D. 16 (C.A.) (procédures de divorce en Inde et en Angleterre) et *Cohen v Rothfield*, [1919] 1 K.B. 410 (C.A.).

<sup>2394</sup> Remarquons d'ailleurs que pour la Cour d'Appel ce n'est pas le dédoublement de procédures en tant que tel qui peut être synonyme d'abus, mais bien la saisine d'un for dans un autre but que celui d'en retirer un avantage légitime.



lors que la procédure anglaise était oppressive ou vexatoire, sans qu'il fut nécessaire de démontrer qu'elle concurrençait une procédure étrangère. Rien ne s'opposait dès lors à ce que le 'stay' soit invoqué en l'absence de procédures concurrentes.

C'est ce qui va se passer au début du 20<sup>ème</sup> siècle, la jurisprudence *McHenry* se voyant ainsi confirmée dans sa vocation de principe général. A nouveau, ce furent trois décisions de la Cour d'Appel qui rythmèrent l'évolution.<sup>2395</sup> Dans les trois espèces, le défendeur se plaignait d'avoir été attiré devant les tribunaux anglais non pas directement pour répondre devant un juge de ses agissements, mais dans le but de le contraindre à transiger en l'exposant à des poursuites onéreuses dans un for qui n'avait qu'un lien fort ténu avec l'affaire.

Il n'était nullement question de procédures concurrentes, seul le juge anglais ayant été saisi. La Cour d'Appel ne du pas faire violence à sa jurisprudence pour apprécier la légitimité de la saisine du juge anglais : il lui suffit de se référer au critère de l'abus de procédure dégagé dans l'arrêt *McHenry*. Et la Cour confirma la possibilité d'octroyer un 'stay' même en l'absence de saisine concurrente d'un juge étranger. Avec ces décisions fut donc arrêtée la vocation générale du 'stay', instrument destiné à réprimer l'abus de procédure, que celui-ci se traduise par la saisine redondante du for anglais ou plus généralement par l'introduction d'une procédure en Angleterre dans le seul but de nuire.

**530. Conclusion sur le droit anglais – L'affaire *Saint Pierre* et la phagocytose du conflit de procédures par le *forum non conveniens*** - La jurisprudence anglaise a trouvé dans la concurrence de procédures l'occasion de dégager le pouvoir d'appréciation qui est à la base du *forum non conveniens*. C'est autour de litiges opposant un juge anglais à un collègue étranger que s'est dessiné le critère de l'abus qui restreindra pendant si longtemps la version anglaise de cette doctrine. Comme en Ecosse, les conflits de procédures ont cependant vite été ramenés au rang de simple contexte, parmi d'autres, du pouvoir d'appréciation, sans en constituer la raison d'être. Formulé en des termes très généraux, le 'stay' a pu prendre ses distances de la concurrence de procédures pour acquérir une portée générale. Le 'plea of *lis alibi pendens*' a perdu au cours de cette évolution toute autonomie, pour intégrer une doctrine plus générale dont le but premier n'est pas de mettre fin à la concurrence de procédures, mais bien de réprimer les abus.

L'affaire *Saint Pierre*, déjà évoquée, illustre parfaitement la véritable *phagocytose* du conflit de procédures par le *forum non conveniens* naissant : on se rappellera qu'en l'espèce, le tribunal anglais avait été saisi concurremment aux tribunaux chiliens. La décision de principe de Lord Scott, qui restera pendant longtemps le point de référence du *forum non conveniens*, ne s'attardait guère sur la concurrence de procédures. Le juge anglais s'en tint au critère de l'injustice résultant de l'abus de procédure, indépendamment de la circonstance qu'un for étranger ait ou non déjà été saisi. Bien plus cette circonstance, si elle pouvait constituer un facteur dans l'évaluation globale, ne pouvait selon le juge être à elle seul décisive. Ainsi le *plea of lis alibi pendens* fut-il privé de toute autonomie. Comme on l'a remarqué, à partir de ce moment, l'expression *lis alibi pendens* n'aura plus une portée normative, mais une portée simplement descriptive, pour désigner le conflit de procédures.<sup>2396</sup>

<sup>2395</sup> *Logan v Bank of Scotland*, [1906] 1 K.B. 141 (C.A.); *Egbert v Short*, [1907] 2 Ch. D. 205 (C.A.); *Norton v Norton*, [1908] 1 Ch. D. 471 (C.A.).

<sup>2396</sup> Décivant la jurisprudence classique de common law, M. Nygh écrit que "The existence of a *lis alibi pendens* did not even give rise to a presumption that such a situation was undesirable. At most, the term described a factual

La confusion originelle entre le 'stay' et le 'plea of lis alibi pendens' n'aura pas duré longtemps. On a pu expliquer qu'en raison du chevauchement entre les domaines d'application de ces deux mécanismes, le premier n'avait jusqu'au 20<sup>ème</sup> siècle guère d'autonomie par rapport au second.<sup>2397</sup> Cette situation n'a pas perduré, la concurrence de procédures se faisant littéralement avaler par le forum non conveniens en devenir. Si le conflit de procédures a perdu son autonomie, il peut toujours jouer un rôle à l'intérieur de la doctrine générale du 'stay'. On va voir que la nature et la portée de ce rôle varie selon les juridictions.

## 2. LE POIDS DE LA CONCURRENCE DE PROCEDURES COMME 'INGREDIENT' DU FOR APPROPRIE

**531. Une doctrine à géométrie variable** - Le *forum non conveniens* n'est pas une doctrine fermée, aux contours arrêtés de façon définitive. Le visage de l'exception de for inapproprié a fortement évolué au cours du temps - de simple mécanisme anti-abus à l'origine en droit anglais, elle a évolué vers un correctif général apporté aux règles de compétence. Certaines décisions récentes montrent que de nouvelles évolutions ne sont pas à exclure, notamment par une redéfinition des rapports entre le principe du for inapproprié et l'exception de justice.<sup>2398</sup>

La grande souplesse qui caractérise le mécanisme se manifeste également en ce qui concerne le poids accordé à la concurrence de procédures. On verra ainsi que certaines juridictions accordent une importance plus prononcée au conflit de procédures, au point d'imprimer au *forum non conveniens* une évolution qui le rapproche, à certains égards, de l'exception de litispendance. Le raisonnement adopté s'écarte alors du schéma traditionnel pour accorder une plus large place à la concurrence de procédures. Dans l'ensemble cependant, l'exception de for inapproprié a bel et bien supplanté le *plea of lis alibi pendens* comme technique de résolution des conflits de procédures. Cette évolution est surtout visible en droit anglais.

Pour évoquer la subordination du conflit de procédures au *forum non conveniens*, on reviendra d'abord sur la 'révolution' des années 1970 qui a vu cette doctrine acquérir son visage moderne (i). La transformation du 'stay' en un véritable *forum non conveniens* n'a en

---

situation" (P. NYGH, *Lc*, in J BASEDOW e.a. (réd.), *Private law in the international arena...*, Den Haag, T. M. C. Asser Press, 2000, (511), 524).

La confusion entre le *stay* et le *plea of lis alibi pendens* n'a cependant pas toujours été évitée. M. Foote enseignait par exemple que rien ne séparait le *stay* du 'plea of lis alibi pendens' : J. A. FOOTE, *Foreign and Domestic Law A Concise Treatise on Private International Jurisprudence, based on the Decisions in the English Courts*, 5<sup>ème</sup> éd. par H. H. L. Bellot, Londres, Sweet & Maxwell, 1925, 628-629. V. également l'étude de J. D. McCLEAN, "Jurisdiction and Judicial Discretion", *I.C.L.Q.*, 1969, 931-948 : l'auteur note qu'existe une jurisprudence abondante dans laquelle les tribunaux anglais ont exercé un pouvoir d'appréciation pour mettre fin aux conflits de procédures. Il suggère que cette jurisprudence pourrait servir de base au développement d'une théorie générale permettant de refuser d'exercer une compétence lorsqu'un for étranger paraît plus approprié. Il résume sa pensée dans les termes suivants : "Mon étude a porté sur la jurisprudence en matière de conflit de procédures. It is suggested that they show the development of another body of principles, spelling out much the same criteria for the exercise of a similar discretion. There criteria are entirely suited to the forum conveniens situation" (*I.C.L.Q.*, 1969, (931), 948).

<sup>2397</sup> CH. CHALAS, 122, n° 116 explique que "les circonstances dans lesquelles les tribunaux anglais ont été enclins à faire appel à leur pouvoir de suspendre la procédure permettent difficilement de le considérer comme un mécanisme indépendant de l'exception de litispendance".

<sup>2398</sup> *Infra*, n° 759 à propos des décisions *Connelly et Lubbe*.

effet pas été sans influencer le sort des conflits de procédures au sein de cette doctrine. On précisera ensuite plus avant quelle place le droit anglais contemporain du *forum non conveniens* réserve à la concurrence de procédures (ii).

(A) La révolution des années 1970 et le conflit de procédures

**532. Des décisions qui laissent subsister une incertitude** - On a déjà évoqué la parenté historique entre le *forum non conveniens* et le conflit de procédures, ainsi que l'extension considérable qu'a pris le premier au détriment de l'autonomie du second. Depuis la première moitié du 20<sup>ème</sup> siècle, il est clair que la concurrence de procédures ne justifie pas l'application d'une règle différente, mais constitue tout au plus une circonstance parmi d'autres dans l'évaluation du caractère approprié des fors en présence. La 'révolution' des années 1970, qui a vu la Chambre des Lords, au fil de 4 décisions de principe, abandonner la référence traditionnelle au caractère vexatoire et oppressif de la procédure anglaise pour lui substituer une appréciation plus neutre et plus équilibrée du caractère approprié des fors en présence (*supra*, n° 421), ne va pas radicalement changer cet état de choses. On aurait pu espérer que les juges anglais fassent à cette occasion la lumière sur les relations entre l'exception de for inapproprié et le conflit de procédures, et ce d'autant plus qu'à deux reprises, le litige qui leur a été soumis s'articulait autour d'un conflit de procédures.<sup>2399</sup>

Au total cependant, les indications fournies dans ces décisions étaient bien maigres. Il faudra attendre une décision ultérieure pour clarifier les choses. Sans reprendre point par point l'évolution, dont les grandes lignes ont déjà été dressées, on peut noter le peu d'attention que les Lords ont consacré à la concurrence de procédures. On ne s'en étonnera pas pour les décisions *McShannon* et *Spiliada*, puisqu'il n'était pas question dans ces affaires d'un quelconque conflit de procédures.<sup>2400</sup> Il est plus regrettable qu'il en ait été de même dans les deux autres espèces.

Dans l'affaire *Atlantic Star* qui, comme on l'a déjà rappelé, opposait les tribunaux anglais et belges, les Lords, après avoir esquissé une première évolution du test du caractère 'vexatoire et oppressif' de la procédure étrangère, n'apportèrent que peu de précision sur le rôle imparté à la concurrence de procédures. La Chambre reconnut certes que la concurrence de procédures pouvait conduire à un conflit de décisions.<sup>2401</sup> Cette circonstance ne fut toutefois pas jugée être déterminante en tant que telle pour faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre. Au contraire, Lord Wilberforce observa que pour être pris en compte, les désavantages qui découlent pour le défendeur de la saisine du for anglais devaient être "importants".<sup>2402</sup> Et le juge d'ajouter comme pour dissiper les

<sup>2399</sup> *The Abidin Daver*, [1984] A.C. 398 (H.L.) et *The Atlantic Star*, [1974] AC 460.

<sup>2400</sup> Décisions précitées. L'absence de précisions de la part de la Chambre des Lords sur le sort des conflits de procédures alors même qu'elle imprimait une nouvelle direction au 'stay' n'a toutefois pas été sans dérouter quelque peu les juridictions du fond, laissées en quelque sorte à leur propre initiative. A défaut d'indications particulières, les tribunaux se résignèrent à appliquer telle quelle la formule modifiée du 'stay', même en présence d'un conflit de procédures, v. par exemple après l'arrêt *McShannon, Gadd v Gadd*, [1984] W.L.R. 1436 et les commentaires de R. SCHUZ, "Controlling Forum Shopping : The Impact of *MacShannon v. Rockware Glass Ltd*", *I.C.L.Q.*, 1986, (374-412), 380 ("The new test applies whether or not there is a *lis alibi pendens*").

<sup>2401</sup> *The Atlantic Star*, [1973] 2 All ER 175, 195, par Lord Wilberforce : "If both actions proceed, with the risk of conflicting decisions in the two courts [...]" et [1973] 2 All ER 175, 195 par Lord Kilbrandon.

<sup>2402</sup> Et qu'il ne suffit pas d'alléguer que la concurrence de procédures constitue en elle-même un inconvénient : "[...] to be taken into account at all, this must be serious, more than the mere disadvantage of multiple suits" : [1973] 2 All ER 175, 194.

doutes, que “[...] le stay n’est justifié que si les circonstances ne laissent aucun doute [...] et le simple fait qu’un juge étranger ait été également saisi ne suffit pas”.<sup>2403</sup>

Plus fondamentalement, il ne semble pas que les Lords aient eu l’intention de réserver la situation particulière des conflits de procédure. Au contraire les termes utilisés laissent penser qu’ils entendaient dégager un principe général applicable quel que soit l’état de la saisine étrangère. C’est en tout cas les conclusions que la jurisprudence ultérieure déduit de l’arrêt *Atlantic Star*. Dans l’affaire du *Tillie Lykes* par exemple,<sup>2404</sup> qui portait également sur une collision de navires, la procédure concurrente avait été entamée aux Etats-Unis, un mois après que le juge anglais fut saisi. Celui-ci refusa de s’incliner devant la procédure américaine, en notant que “la simple existence d’une procédure concurrente à l’étranger, la simple existence d’une multiplicité de procédures, ne constitue pas en tant que telle un désavantage affectant le défendeur. Il faut démontrer quelque chose de plus”.<sup>2405</sup>

**533. L’arrêt *Abidin Daver* : la suggestion d’un traitement différent des conflits de procédure** – Il fallut attendre l’affaire *Abidin Daver* pour que la Chambre des Lords se penche sérieusement sur l’incidence de sa nouvelle jurisprudence sur le conflit de procédures. Comme on l’a expliqué (*supra*, n°427), la Chambre des Lords se contenta dans cette affaire d’apporter quelques précisions au nouveau visage de la doctrine du *forum non conveniens*, sans y apporter de modifications fondamentales. Après avoir déterminé que le tribunal turc constituait le for naturel de la cause, la Chambre s’est divisée sur la question de savoir quelle importance accorder à l’existence d’un conflit de procédures.

En appel, la Cour avait fait de l’existence d’un conflit de procédures un facteur parmi d’autres, qui n’était pas décisif à lui seul.<sup>2406</sup> Les Law Lords ne purent s’accorder sur cette question : alors que Lord Templeman exprima son accord avec la position adoptée par la Cour d’Appel,<sup>2407</sup> Lord Diplock insista au contraire lourdement sur les inconvénients qu’entraînait la concurrence de procédures, et en particulier sur le risque d’aboutir à un conflit de décisions et la course au for qui s’en suivrait.<sup>2408</sup> Il proposa dès lors de modifier sensiblement le test applicable lorsque le litige fait l’objet de deux procédures concurrentes : à ses yeux, “lorsqu’une action est déjà pendante devant un tribunal étranger qui constitue le for naturel et approprié pour connaître de la cause [...] et le défendeur devant le juge étranger saisit le juge anglais du même litige le surcroît de dépenses et d’inconvénients qu’entraînerait la concurrence de deux procédures dans deux pays, portant sur les mêmes faits et qui nécessite le témoignage des mêmes personnes, ne peut se justifier que si le demandeur potentiel démontre de façon satisfaisante que seuls les tribunaux anglais lui reconnaîtraient le bénéfice d’un avantage personnel ou juridique

<sup>2403</sup> “[...] a very clear case is needed to justify a stay [...] and [...] the mere fact that there are proceedings abroad is not enough”, [1973] 2 All ER 175, 195.

<sup>2404</sup> *The Tillie Lykes*, [1977] Lloyd’s Rep. 124.

<sup>2405</sup> “the mere existence of other proceedings abroad, the mere existence of a multiplicity of proceedings abroad, is not to be taken into account at all as a disadvantage to the defendant. There has to be something more than that” »

<sup>2406</sup> [1983] 1 W.L.R. 884, 891-892, par Donaldson M.R. : “It is a factor of which account should be taken, but it is not a factor which, of itself, is of sufficient weight to displace the right of a plaintiff to choose his own forum and, of itself, to create a tilt in the other direction”.

<sup>2407</sup> [1984] AC 398, 425 : “English proceedings will not be stayed merely because of the dangers and difficulties of concurrent actions”.

<sup>2408</sup> [1984] AC 398, 411-412.

dont l'importance est telle que l'en priver serait source d'une grave injustice à son égard".<sup>2409</sup>

Ce faisant Lord Diplock proposait de modifier l'économie même de l'exception : alors que dans la formulation en vigueur à l'époque, le fait que le for étranger formait le for naturel de la cause ne constituait qu'un des éléments d'une appréciation globale où l'évaluation des avantages et des inconvénients pour les parties de procéder devant un tribunal ou l'autre, jouait un rôle important, le poids accordé au caractère plus approprié du for étranger aurait acquis, selon la formule qu'il proposait, un poids prépondérant lorsque ce for a déjà été saisi. L'évaluation des avantages des parties était ainsi ramenée au rang d'exception qui pouvait troubler la règle générale en cas d'injustice flagrante, et ne faisait plus partie du cœur du test. La différence de perspective est de taille. Elle est d'autant plus sensible que Lord Diplock a dans son raisonnement déduit l'"inconvenience" de la concurrence même de procédures.<sup>2410</sup>

**534. L'arrêt *Abidin Daver* : la suggestion d'un traitement différent des conflits de procédure (suite)** – Le glissement sémantique est remarquable : le juge anglais était invité non plus à considérer l'*inconvenience* qui découlerait de la conduite de la procédure dans un for jugé inapproprié, mais bien celle qu'entraîne l'existence d'un conflit de procédures. Le test tel qu'envisagé par Lord Diplock avait l'avantage de la clarté. Il épousait également de plus près les spécificités du conflit de procédures, et ouvrait la porte à une distinction au sein du *forum non conveniens* selon qu'existe ou non conflit de procédures.<sup>2411</sup>

La suggestion de Lord Diplock restera toutefois sans suite, les autres juges préférant appréhender le conflit de procédures à l'intérieur de la doctrine du *forum non conveniens*. Leur approche n'était pas dénuée de toute ambiguïté. Lord Brandon par exemple expliqua très classiquement que "les simples inconvénients qui découlent de la pluralité de procédures ne peuvent être considérées comme faisant pencher la balance de façon décisive d'un côté ou de l'autre".<sup>2412</sup> Il réserva toutefois l'hypothèse dans laquelle la pluralité de procédures "conduira à des conséquences importantes", sans préciser comment distinguer les conséquences importantes des autres.<sup>2413</sup>

<sup>2409</sup> [1984] AC 398, 411-412 : « *When a suit is already pending in a foreign court which is a natural and appropriate forum for the resolution of the dispute [...] and the defendant in the foreign suit seeks to institute as plaintiff an action in England about the same matter [...] then the additional inconvenience and expense which must result from allowing two sets of legal proceedings to be pursued concurrently in two different countries where the same facts will be in issue and the testimony of the same witnesses required, can only be justified if the would-be plaintiff can establish objectively by cogent evidence that there is some personal or judicial advantage that would be available to him only in the English action that is of such importance that it would cause injustice to him to deprive him of it* ».

<sup>2410</sup> "[...] the additional inconvenience and expense which must result from allowing two sets of legal proceedings to be pursued concurrently in two different countries [...]".

<sup>2411</sup> Analyse du speech de Lord Diplock qui est notamment partagée par E. SYKES et M. C. PRYLES, *Australian Private international Law*, Sydney, Law Book, 1991, 93.

<sup>2412</sup> "the mere disadvantage of multiplicity of suits cannot be decisive in tilting the scales" : [1984] AC 398, 423.

<sup>2413</sup> "but multiplicity of suits involving serious consequences with regard to expenses and other matters may well do so" : [1984] AC 398, 423. L'ambiguïté du speech de Lord Brandon s'explique sans doute par son souci de relativiser la portée de la décision qu'il avait prise dans l'affaire *The Tillie Lykes*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 124 (*supra*), sur laquelle la Cour d'Appel s'était fondée, sans toutefois la répudier complètement. Dans la suite de son speech, Lord Brandon semble d'ailleurs reconnaître qu'un conflit de procédures entraînera automatiquement des conséquences néfastes : "[...] if concurrent actions in respect of the same subject matter proceed together in two different countries, [...] one or other of two undesirable consequences may follow: first there may be two conflicting judgments of the two courts concerned; or, secondly, there may be an ugly rush to get one action decided ahead of the other, in order to create a situation of res judicata or issue estoppel in the other".

Au total, l'arrêt de la Cour ne permettait pas d'apercevoir exactement quelle était la place du conflit de procédures dans l'application de la doctrine du *forum non conveniens* – ce qui n'était pas critique en l'espèce puisque l'unanimité se fit pour accepter que les tribunaux turcs méritaient de se prononcer sur l'affaire.<sup>2414</sup>

L'évolution de la jurisprudence laissait après l'arrêt *Abidin Daver* un goût d'inachevé, que l'arrêt *Spiliada* ne vint pas combler : tout indiquait que la concurrence de procédures n'était qu'une circonstance comme une autre, et non une hypothèse particulière justifiant le recours à un test différent. La Chambre des Lords n'avait toutefois jamais expressément, et unanimement, confirmé cette solution. Pire, le speech de Lord Diplock dans l'affaire *Abidin Daver* laissait entendre qu'une solution autonome était envisageable pour le conflit de procédures. Il faudra attendre l'arrêt *de Dampierre* pour mettre fin aux derniers doutes

**535. L'affaire de Dampierre – la fin des illusions et le début des certitudes** – Il revient en effet à l'arrêt *de Dampierre* d'avoir, sans doute définitivement, élucidé la difficile question des rapports en droit anglais entre le *forum non conveniens* et la concurrence de procédures.<sup>2415</sup> Les faits de la cause ont déjà été exposés (*supra*, n° 5). En l'espèce, il était demandé aux Lords de réformer les décisions des tribunaux inférieurs qui avaient refusé de s'incliner devant la saisine parallèle du tribunal français. Le pouvoir discrétionnaire dont le mari demandait l'exercice, trouvait directement sa source dans une disposition législative, le *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* de 1973. Selon la section 5(6) de l'Act, complété par le paragraphe 9(1) du Schedule 1, le tribunal anglais peut accorder un sursis à statuer lorsqu'il constate qu'un juge étranger a été saisi d'un litige portant sur le même mariage. Le 'stay' est subordonné à la condition que la 'balance of fairness (including convenience)' penche en faveur d'une résolution du litige par le juge étranger.<sup>2416</sup> Cette disposition hybride vise spécifiquement les conflits de procédures, pour lesquels elle prescrit au juge d'appliquer un test dérivé de la doctrine (alors naissante) du *forum non conveniens*.

Comme déjà expliqué, elle avait été introduite pour permettre aux juges de faire face à l'inévitable multiplication des conflits de procédures qu'allait entraîner le considérable élargissement de la compétence des tribunaux anglais en matière de divorce, auquel l'Act procédait.<sup>2417</sup> Les tribunaux étaient restés hésitants face à la reconnaissance législative expresse du 'stay', ne sachant pas s'ils devaient dans l'exercice de leur pouvoir

<sup>2414</sup> V. les critiques de J. FAWCETT, *M. L. R.*, 1984, (481), 485-486 sur le flou de la décision quant au sort du conflit de procédures.

<sup>2415</sup> *De Dampierre v de Dampierre*, [1988] 1 A.C. 92 (H.L.).

<sup>2416</sup> Paragraph 9(1) du Schedule 1 : "Where before the beginning of the trial [...] in any matrimonial proceedings [...] it appears to the court - (a) that any proceedings in respect of the marriage in question, or capable of affecting its validity or subsistence, are continuing in another jurisdiction; and (b) that the balance of fairness (including convenience) as between the parties to the marriage is such that it is appropriate for the proceedings in that jurisdiction to be disposed of before further steps are taken in the proceedings in the court [...], the court may, if it thinks fit, order that the proceedings be stayed [...]. (2) In considering the balance of fairness and convenience [...] the court shall have regard to all factors appearing to be relevant, including the convenience of witnesses and any delay or expense which may result from the proceedings being stayed or not being stayed".

<sup>2417</sup> *Supra*, n° 29. Dans l'affaire *de Dampierre*, Lord Goff a dit du paragraphe 9(1) que "its purpose is to reduce the effect of a conflict between jurisdictions, a conflict which had become more likely to occur following an extension of the jurisdiction in this country to entertain matrimonial proceedings. Obviously the possibility of a conflict between two jurisdictions provides an incentive to securing, so far as possible consistent with the requirements of justice, a single trial in the appropriate forum" : [1988] 1 AC 92, 107.

d'appréciation faire référence aux standards du droit commun, d'ailleurs en pleine évolution.<sup>2418</sup>

Coupant court à ces hésitations, la Chambre des Lords aligna dans l'affaire *de Dampierre* le régime spécifique institué par le législateur de 1973 sur celui dégagé par les tribunaux depuis l'arrêt *Atlantic Star*. Lord Goff nota que la législation invoquée avait été développée avant la 'révolution' initiée par cet arrêt. Se posait dès lors la question de savoir si la jurisprudence ultérieure qui avait considérablement assoupli le 'stay' pouvait servir de guide dans l'application de l'Act de 1973.<sup>2419</sup> Se basant sur les travaux préparatoires,<sup>2420</sup> le juge nota que le paragraphe 9(1) avait pour but de prévenir les conflits entre tribunaux, qui en droit commun étaient appréhendés par l'octroi d'un 'stay' au profit du juge le plus approprié, ou éventuellement d'une interdiction de procéder.<sup>2421</sup>

Contrastant ce régime avec celui en vigueur sur le continent,<sup>2422</sup> Lord Goff conclut qu'il n'existait pas de différence de principe entre la doctrine générale du 'stay' et la possibilité de surseoir à statuer prévue par la législation particulière.<sup>2423</sup> Il en déduit que les mêmes principes devaient s'appliquer dans un cas comme dans l'autre.<sup>2424</sup>

**536. L'affaire *de Dampierre* (suite) - Subordination du conflit de procédures au 'stay'** - Ceci étant posé, restait à s'interroger sur la place qu'il convenait de réserver aux conflits de procédures dans l'appréciation du caractère approprié des fors. Lord Goff n'eut aucune hésitation à confirmer ce que l'évolution de la jurisprudence avait laissé deviner, à savoir la *subordination* du conflit de procédures au mécanisme général du 'stay'. Selon le juge, "le même principe s'applique que le for étranger ait ou non déjà été saisi".<sup>2425</sup> Plus aucun doute n'était dès lors permis, la doctrine générale du *forum non conveniens* constitue la seule référence pour trancher le conflit de procédures. L'existence d'une saisine concurrente du juge étranger est, toujours selon Lord Goff, un simple facteur dans l'appréciation globale à laquelle le juge anglais doit procéder.

<sup>2418</sup> *V. Mytton v Mytton* (1977) Fam.Law 244 (refuse le stay parce que c'est en plein accord avec son époux que l'épouse s'était rendue en Angleterre avec ses enfants, où elle avait demandé le divorce); *Shenshadfar v Shenshadfar* [1981] 1 All ER 726, 734 (refuse le stay invoqué au profit d'une procédure concurrente en Iran, Purchas décide que "in the exercise of its discretion under these provisions [1973 Act], the court must have regard to all relevant factors and that the area of this inquiry ought to be defined liberally. This must include, where relevant, the broad question of remedies, including the possibility of the dissolution of the marriage itself and custody of the children beside ancillary relief as matters of general fairness between the parties") et *Gadd v Gadd* [1985] 1 All ER 58, [1984] 1 WLR 1435, [1985] FLR 220 (C.A.) (la Cour s'en réfère aux décisions Abidin Daver et McShannon pour interpréter l'Act de 1973, en notant que le dictum de Lord Brandon dans l'affaire Abidin Daver « is very close to the words of the Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973 ». la Cour refuse le stay demandé en faveur d'une procédure de divorce pendante à Monaco alors que les époux y avaient vécu jusqu'à leur séparation. La Cour nota que l'épouse risquait d'être privée de toute compensation financière si elle devait se défendre devant les tribunaux de Monaco); *K v K* [1986] 2 FLR 411.

<sup>2419</sup> [1988] 1 AC 92, 106-107.

<sup>2420</sup> Et notamment le rapport préparé en 1972 par la *Law Commission*.

<sup>2421</sup> [1988] 1 AC 92, 107-108.

<sup>2422</sup> Règle qu'il qualifie d'"arbitraire" ("arbitrary") : [1988] 1 AC 92, 107.

<sup>2423</sup> "I find it very difficult to conclude that the underlying purposes of that principle [the doctrine of forum non conveniens] and of the statutory provision are materially different" : [1988] 1 AC 92, 108.

<sup>2424</sup> Dans le même sens Lord Templeman : "I agree [...] that the common law test of justice between plaintiff and defendant in commercial disputes corresponds to the statutory test of fairness as between husband and wife in matrimonial disputes" ([1988] 1 AC 92, 102).

<sup>2425</sup> "The same principle is applicable, whether or not there are other relevant proceedings already pending in the alternative forum" : [1988] 1 AC 92, 108.

La concurrence de procédures ne justifie pas l'adoption d'un test différent, elle modifie seulement les ingrédients de la doctrine générale.<sup>2426</sup> Comme l'explique Mme. Niboyet-Hoegy, cette circonstance est « pertinente, sans être péremptoire ». <sup>2427</sup> En l'occurrence les Lords ne prêtèrent d'ailleurs guère attention au fait que le juge français avait également été saisi. Après avoir rapidement déterminé que le for français était en tant que tel plus approprié, <sup>2428</sup> les juges se contentèrent d'examiner si l'épouse pouvait légitimement invoquer l'exception d'injustice en raison de la sévérité du droit français à l'égard de l'époux adultère. <sup>2429</sup> Au total, l'existence d'une procédure concurrente ne fut guère décisive.

**537. Absence d'autonomie du conflit de procédures** – Avec la décision de *Dampierre* disparut le dernier espoir d'autonomie qu'on pouvait entretenir à l'égard des conflits de procédures. Dorénavant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge en cas de procédures concurrentes n'a plus rien d'autonome par rapport à la doctrine générale. Les conflits de procédures potentiels et avérés sont appréhendés de la même manière. L'existence d'une situation de litispendance ne modifie pas l'équilibre général du mécanisme, fondé sur la recherche du for 'naturel' de la cause. Cette circonstance n'a d'influence qu'à l'intérieur de l'équation globale, dont elle constitue un des facteurs. La doctrine ne s'y est pas trompée, qui range la pluralité de procédures dans la (longue) liste des facteurs sur lesquels le juge doit fonder son appréciation. <sup>2430</sup> A l'instar du droit applicable à la cause ou encore de la localisation des témoins, la pluralité de procédures peut faire pencher la balance dans un sens ou dans l'autre tout en n'étant pas en soi

<sup>2426</sup> Après de *Dampierre*, les tentatives de convaincre les tribunaux d'adopter un test différent pour le conflit de procédures ont été vaines, v. par exemple *Arkwright Mutual Insurance Co v Bryanstone Ins. Ltd et al.*, [1990] 2 AB 649 ; [1990] 2 All ER 335 ; [1990] 3 W.L.R. 705 ; [1990] 2 Lloyd's Rep. 70 (le juge Potter refuse d'adopter la formule suggérée par Lord Diplock dans l'arrêt *Abidin Daver* et lui préfère celle de *Spiliada*). Pour le Canada, v. *Polar Hardware Mfg Co v Zafir et al.*, (1983) 43 C.P.C. 156, 164 (H.C. Ontario) où le juge White décide que l'existence d'une procédure concurrente à l'étranger constitue un facteur, sans être en elle-même déterminante.

<sup>2427</sup> *L.c.*, *Travaux comités français D.I.P.*, 1995-96, (71), 77.

<sup>2428</sup> Lord Goff, [1988] 1 AC 92, 109 : "the courts of France clearly provide the appropriate jurisdiction for the resolution of the dispute". La Cour se fonde sur la nationalité des parties, la résidence de l'époux en France et l'absence de tout lien avec l'Angleterre, sauf pour le dernier domicile conjugal des époux aujourd'hui abandonné.

<sup>2429</sup> Cette circonstance à elle seule ne fut pas considérée comme suffisante pour disqualifier le for français. Lord Goff observa que "the court should not, as a general rule, be deterred from granting a stay of proceedings simply because the plaintiff in this country will be deprived of such an advantage, provided that the court is satisfied that substantial justice will be done in the appropriate forum overseas" : [1988] 1 AC 92, 102, 110. V. aussi Lord Templeman, [1988] 1 AC 92, 101-102. *Infra* sur cette question.

<sup>2430</sup> DICEY et MORRIS, 13<sup>ème</sup> éd., 2000, 400 ("Although it was once thought that there were special factors in cas of *lis alibi pendens*, it is now clear that the existence of simultaneous proceedings is simply an additional factor relevant to the determination of the appropriate forum"); CHESHIRE et NORTH, 1999, 348-349 ; BRIGGS et REES, 1997, 204 ; J HILL, 1998, 264-265 ("The existence of *lis alibi pendens* does not raise a presumption in favour of a stay or refusal to give leave so as to reverse the burden of proof. The undesirability of there being concurrent proceedings in two countries is merely one of the considerations to be weighted as part of the overall assesment; it cannot necessarily lead to a stay or refusal to give leave"); J. J FAWCETT, "General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 29 ("lis pendens is not a doctrine in its own right, but is regarded as being overall a facet, albeit an important one, of the doctrine of *forum non conveniens*"); P. BEAUMONT, "Great-Britain", in *Dedining Jurisdiction*, 221; F. A. MANN, *Foreign Affairs in English Courts*, Oxford, Clarend Press, 1986, 143 ("where there exists a duality of actions in England as well as abroad, in other words, where one is confronted with *lis alibi pendens*, the cases can now conveniently be labelled as *forum non conveniens* cases"). Dans la 4<sup>ème</sup> éd. de l'ouvrage de Morris (J. H. MORRIS, *The Conflict of Laws*, 4<sup>ème</sup> éd., par D. McCLEAN, Londres, Sweet & Maxwell, 1993, 97), M. McClean considère toujours le '*lis alibi pendens*' comme une catégorie séparée, mais l'auteur précise que "although intervention on the ground of *lis alibi pendens* has a much longer history in English law than *forum non conveniens*, it can now be regarded for many purposes as a sub-set of the latter", 97.

Pour l'Ecosse, v. E. ANTON, *Private international law*, 1990, Edinburgh, Green, 213 ("The plea of *lis alibi pendens* does not apply to proceedings before foreign courts and its place is taken by the plea of *forum non conveniens*").



décisive. En d'autres termes, le conflit de procédures est entièrement subordonné au concept de for approprié.<sup>2431</sup>

Le refus des tribunaux anglais d'accorder un poids décisif à la concurrence de procédures s'explique sans doute en partie par leur méfiance atavique à l'égard de toute règle mécanique qui accorderait nécessairement la priorité au juge premier saisi. Evoquant la concurrence de procédures, Lord Templeman avait déjà souligné dans l'affaire *The A bidin Dater* que "les procédures anglaises ne seront pas suspendues simplement en raison des dangers et difficultés des conflits de procédures".<sup>2432</sup> Il fallait voir dans cette déclaration une mise en garde contre le danger d'une règle qui privilégierait systématiquement le tribunal premier saisi, comme le montre la suite de son speech dans lequel il note "qu'il faut éviter que la course infâme au jugement ne soit remplacée par une course tout aussi désolante pour obtenir la première saisine".<sup>2433</sup>

Le souci d'éviter de transformer le mécanisme souple du 'stay' en une règle qui favoriserait automatiquement le juge premier saisi, représente un frein important à la prise en considération des conflits de procédures. Voilà une première illustration de la tension qui peut exister entre l'objectif de prévention des conflits de procédures et celui de garantir le caractère approprié du for. Il faut toutefois se garder de généraliser. Lorsque les circonstances s'y prêtent, les tribunaux anglais se montrent sensibles aux inconvénients de la concurrence de procédures, et font du souci d'éviter ces inconvénients une circonstance déterminante justifiant l'octroi du stay.<sup>2434</sup> Il semble cependant que la sensibilité accrue aux conflits de procédures s'explique alors par les circonstances particulières de la cause, un critère d'analyse sur lequel nous allons maintenant nous pencher.

(B) La concurrence de procédures, une donnée à l'importance variable selon les circonstances

**538. Quelle pertinence pour la concurrence de procédures ?** - Selon la formule déjà rappelée, la concurrence de procédures constitue une donnée « pertinente, sans être péremptoire » dans l'application de la version anglaise du *forum non conveniens*. Encore faut-il s'interroger sur ce qu'on entend exactement par donnée 'pertinente'. Comme on l'a noté, « dans la mesure où ce facteur [la concurrence de procédures] ne doit son

<sup>2431</sup> La même analyse prévaut lorsque la question posée au juge anglais est de savoir s'il va autoriser la signification de l'assignation à l'étranger en vertu des RSC Order 11, alors qu'un tribunal étranger a déjà été saisi. Pour triompher et obtenir l'autorisation du tribunal, le demandeur devra montrer que le tribunal anglais constitue le for approprié de la cause, p. ex. J. HILL, 1998, 264 et CHESHIRE et NORTH, 1999, 314-315.

<sup>2432</sup> [1984] AC 398, 425 : "English proceedings will not be stayed merely because of the danger and difficulties of concurrent actions".

<sup>2433</sup> "An ugly rush to get one action decided ahead of the other is not to be replaced by an ugly rush to issue proceedings in one country before the issue of proceedings in another" : [1984] AC 398, 425. V. aussi le dictum de Lord Goff dans l'affaire *de Dampierre*, dans laquelle il compare le mécanisme du *forum non conveniens* avec la règle de litispendance de la Convention de Bruxelles, qu'il juge "arbitraire" : [1988] 1 A.C 92, 107. M. Ong mettra également en garde contre la tentation d'accorder un poids décisif à la circonstance que le juge étranger a déjà été saisi. Critiquant la décision *Cleveland Museum of Art (infra, n° 538)*, il explique que tenir compte de la concurrence de procédures peut aboutir à faire du forum non conveniens une doctrine rigide, guidée par le seul facteur du caractère approprié, ce qui pourrait encourager une certaine course au for : « there is a danger that if the [...] reasoning of Cleveland Museum were followed, courts might at times be aiding injustice by forcing deserving parties to have their day in court in their forum simply because the other party had managed to get his proceedings into a foreign court first » : C. ONG, *Cross-Border Litigation...*, La Haye, Kluwer, 1997, 477-478.

<sup>2434</sup> P. ex. *Cleveland Museum of Art v Capricorn Art Irnal SA et al*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 166 (QB) et *The 'Oinussin Pride'*, [1991] 1 Lloyd's Rep. 126 (QB), sur ces deux affaires, *infra*.

importance qu'aux inconvénients qu'il entraîne, le poids qui lui est attribué est susceptible de varier grandement en fonction des circonstances de l'espèce ». <sup>2435</sup>

C'est ce qu'a confirmé la Chambre des Lords dans l'arrêt *de Dampierre* : après avoir écarté l'idée que l'existence d'une saisine concurrente du juge étranger justifie le recours à une règle différente, Lord Goff expliqua que :

“l'existence d'une procédure concurrente peut, selon les circonstances, constituer un élément pertinent dans l'appréciation du juge. Cette circonstance peut également être dénuée de toute pertinence, par exemple si la procédure initiée à l'étranger n'a pas encore dépassé le stade initial. Si au contraire une véritable procédure a été engagée, et n'a pas seulement été initiée mais a progressé à un stade où elle est susceptible d'avoir une influence sur le litige entre parties, en particulier si cet effet n'est pas seulement provisoire, alors cette circonstance constitue un facteur pertinent qui doit être pris en compte dans l'évaluation du caractère approprié du for étranger pour la résolution du litige” <sup>2436</sup>.

Il nous semble que deux règles distinctes se dégagent de cette décision. La première a déjà été évoquée : la concurrence de procédures ne sera d'aucun poids lorsque le tribunal étranger n'a aucun lien avec la cause ; dans ce cas l'exception de for inapproprié sera rejetée, même si ce rejet laisse subsister la concurrence de procédures. La seconde règle vient logiquement compléter la première : la concurrence de procédures fera pencher la balance du côté du 'stay', pour autant que le for étranger possède les liens les plus significatifs avec le litige. Dans ce cas, l'existence d'une concurrence de procédures constitue une circonstance *additionnelle* qui, conjuguée au caractère distinctement plus approprié du for étranger, plaide pour l'arrêt de la procédure anglaise. Le dictum de Lord Goff laisse toutefois apparaître que le poids accordé à cette 'circonstance additionnelle' sera lui-même fonction des particularités de l'espèce. Il reste à préciser quels éléments se révéleront pertinents. Lord Goff avait déjà fourni quelques indications. La jurisprudence a permis de compléter le tableau et d'élucider le mystère des relations entre le *forum non conveniens* et la concurrence de procédures. En guise d'illustration, nous évoquerons quelques circonstances particulières qui ont été retenues par les tribunaux.

**539. *Forum non conveniens* et procédures parallèles** – Les tribunaux ne sont pas indifférents à l'identité de rôle des parties. L'existence d'une procédure concurrente se verra en effet accorder un poids plus important dès lors que c'est la même partie qui est à l'origine du conflit de procédures. Comme c'était déjà le cas au 19<sup>ème</sup> siècle, <sup>2437</sup> les tribunaux sont plus enclins à nourrir des doutes sur l'opportunité de leur saisine lorsque le demandeur a lui-même engagé la procédure concurrente. Ceci fut confirmé dans deux

<sup>2435</sup> CH. CHALAS, 245, n° 265. V. aussi A. BRIGGS et P. REES, 1997, 198 : “the existence of lis alibi pendens has no unique effect upon the identification of a more appropriate forum”.

<sup>2436</sup> [1988] 1 A.C. 92, AC 108 : “The same principle is applicable whether or not there are other relevant proceedings already pending in the alternative forum [...]. However, the existence of such proceedings may, depending on the circumstances, be relevant to the inquiry. Sometimes they may be of no relevance at all, for example, if one party has commenced the proceedings for the purpose of demonstrating the existence of a competing jurisdiction, or the proceedings have not passed beyond the stage of the initiating process. But if, for example, genuine proceedings have been started and have not merely been started, but have developed to the stage where they have had some impact upon the dispute between the parties, especially if such impact is likely to have a continuing effect, then this may be a relevant factor to be taken into account when considering whether the foreign jurisdiction provides the appropriate forum for the resolution of the dispute between parties”.

<sup>2437</sup> V. *supra* l'étude de la jurisprudence *McHenry v Lewis*, n° 526.

espèces, à vrai dire un peu particulières puisque dans les deux cas c'était le double demandeur à l'origine de la procédure anglaise qui sollicitait un 'stay' de celle-ci.<sup>2438</sup>

Aux yeux des juges, l'affaire se présentait plutôt comme « une question de bonne administration des procédures concurrentes ». <sup>2439</sup> Dans les deux cas, les juges anglais ont rappelé la règle traditionnelle qui veut que « lorsqu'un demandeur assigne le même défendeur dans deux Etats à propos du même litige, son comportement se rapproche de l'abus ». <sup>2440</sup>

La plus grande sévérité à l'égard du double demandeur se manifeste dans le choix de la sanction utilisée par les tribunaux : alors qu'en règle générale, l'exception de for inapproprié conduit à un simple sursis à statuer, <sup>2441</sup> ce qui suppose que la cause soit au moins maintenue au rôle, les tribunaux semblent opter pour le dessaisissement pur et simple en cas de procédures parallèles. <sup>2442</sup> Au vrai, la sanction du for inapproprié peut encore prendre une autre forme : les tribunaux se réservent en effet en cas de procédures parallèles la possibilité d'imposer au demandeur de choisir l'une ou l'autre des procédures. <sup>2443</sup> Encore une fois la sanction est adaptée aux circonstances particulières de l'espèce. <sup>2444</sup>

**540. Forum non conveniens et état d'avancement des procédures** – La position procédurale des parties n'est pas la seule circonstance qui peut peser sur le rôle attribué à la concurrence de procédures. Dans l'affaire *de Dampierre*, Lord Goff a également insisté sur la dimension chronologique du litige. Il ne s'agissait pas d'accorder une quelconque importance à l'ordre dans lequel les deux procédures ont été engagées. La jurisprudence anglaise se montre au contraire *indifférente* à la chronologie procédurale. Il arrive même que cette indifférence soit proclamée - Lord Justice Bingham a ainsi décrit la chronologie procédurale comme "a little more than an accident of timing". <sup>2445</sup> On a également vu un juge anglais donner suite à une exception de for plus approprié en faveur d'un juge américain alors que la procédure avait été engagée en Floride plus d'un mois après le début de la procédure anglaise. <sup>2446</sup> En réalité, la date de saisine des tribunaux ne

<sup>2438</sup> La configuration particulière de ces deux affaires a fait dire aux juges qu'il n'était pas question d'appliquer simplement le précédent *Spiliada : Attorney General v Arthur Andersen & Co*, [1989] ECC 224 (C.A.) et *Australian Commercial Bank v ANZ Bank*, [1989] 3 All ER 67, 69.

<sup>2439</sup> « the good management of the concurrent sets of proceedings » : *Attorney General v Arthur Andersen & Co*, [1989] ECC 224 (C.A.).

<sup>2440</sup> « Where a plaintiff seeks to pursue the same defendant in two jurisdictions in relation to the same subject matter, the proceedings verge of the vexatious » : *Australian Commercial Bank v ANZ Bank*, [1989] 3 All ER 67, 69. V. aussi P. J. SMART, « Lis Alibi Pendens : Staying or Discontinuing English Proceedings ? », *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1990, 316-329, 329 : "where a plaintiff has commenced proceedings in England and in a foreign court, the plaintiff will generally be required to elect which action he wishes to pursue".

<sup>2441</sup> Le 'stay' anglais se distingue ainsi de l'effet accordé au forum non conveniens en droit américain, où les tribunaux penchent plutôt pour le dessaisissement ('dismissal'), v. G. BORN, 1996, 343 et CH. CHALAS, 67, n° 727 ainsi que les réflexions de A. NUJYS, n° 400 e.s.

<sup>2442</sup> V. *Australian Commercial Bank v ANZ Bank*, [1989] 3 All ER 67, 70 : « This is not simply a question of the stay of its action here ; the action here must be dismissed [...] ».

<sup>2443</sup> *Australian Commercial Bank v ANZ Bank*, [1989] 3 All ER 67, 70 : « The plaintiff is required to elect which set of proceedings he wishes to pursue ». V. déjà *Persian Guano Co v Bockwold*, (1883) 23 Ch D 225 (C.A.).

<sup>2444</sup> V. également la décision du juge australien *Rogers* dans l'affaire *Erntad Ltd v Blaikie*, 24 décembre 1985, Supreme Court of New South Wales, inédite, citée et commentée par E. SYKES et M. C. PRYLES, *Australian Private International Law*, Sydney, 1991, 93-95, qui opposait une nouvelle fois Arthur Andersen à une entreprise dont elle était le réviseur, cette fois-ci le conflit opposait une procédure américaine et australienne.

<sup>2445</sup> *E. I. Du Pont de Nemours v Agnew*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 585, 593.

<sup>2446</sup> *Butler v Butler*, [1997] 2 All ER 822 ; [1998] 1 WLR 1208 ; [1997] 2 FLR 311 ; [1997] Fam Law 603 (C.A.) (en l'espèce, la décision est d'autant plus remarquable que le stay était fondé sur la section 5(6) du *Matrimonial*

préoccupe pas outre mesure les juges anglais.<sup>2447</sup> Si Lord Goff a préconisé le recours à la dimension chronologique, ce n'est pas pour les vertus de la priorité de saisine, d'ailleurs inexistantes aux yeux des juges anglais, mais bien pour privilégier la procédure la plus avancée.

La progression enregistrée par le juge étranger est ainsi retenue pour des raisons d'économie judiciaire : l'idée est qu'il convient d'éviter de reproduire les efforts déjà accomplis à l'étranger. Ainsi dans l'affaire *Capricorn*, née de la disparition d'une oeuvre d'art pakistanaise lors de son transport au-dessus de l'Atlantique, le tribunal anglais a-t-il observé que la procédure concurrente américaine avait été engagée deux ans avant la procédure anglaise et surtout que la phase préparatoire était achevée, ce qui permettait d'espérer rapidement un jugement.<sup>2448</sup> Cet élément fit pencher la balance en faveur du tribunal américain, sans toutefois se concentrer uniquement sur l'ordre dans lequel les procédures avaient été engagées. Au contraire c'est l'économie de procédures et non la stricte priorité temporelle qui a retenu l'attention du tribunal<sup>2449</sup> – qui a même fait observer que laisser se poursuivre la procédure anglaise aboutirait à gaspiller les substantiels honoraires que les parties avaient déjà déboursé pour leurs avocats américains.<sup>2450</sup>

Inversement, dans l'affaire *Arkwright*,<sup>2451</sup> le juge anglais fit observer que la procédure américaine, engagée un mois à peine avant la procédure concurrente dont il était saisi,

---

*Proceedings Act*, dont les termes, bien que non dénués d'ambiguïté, laissent entendre que le stay ne peut être accordé que dès lors que le tribunal anglais est second saisi. La Cour d'Appel a considéré que l'affaire possédait des liens substantiels avec la Floride, alors que la connection avec l'Angleterre était plus que ténue). V. aussi *Columbia Plaza Co v Security Nat'l Bank*, 525 F. 2d 620 (D.C. Cir. 1975) et *Williams Glueck v Int'l Playtex Co*, 407 F.2d 177 (D.C. Cir. 1969), cités par C. Y. C. ONG, *Cross-Border Litigation within ASEAN...*, La Haye, Kluwer, 1997, 489, note 64. Dans les relations inter-américaines, l'indifférence à la séquence chronologique trouve une autre illustration dans la pratique du 'stay' qui peut aussi bien être accordé par le tribunal second saisi que par le tribunal premier saisi : 1A C.J.S., v° Actions, 736, § 249 ("Ordinarily, proceedings in the first action will not be stayed on account of the pendency of another action subsequently commenced, but may properly be stayed where the second action will dispose of the entire controversy between the parties and the first will not [...]"); 1 *Am Jur*, 2d, v° Actions, § 78 ("Under some circumstances, it is within the discretion of the court to stay an action pending the outcome of a subsequently commenced foreign action" et la jurisprudence citée); A. A. EHRENZWEIG, *A Treatise on the Conflict of Laws*, St. Paul, West Publishing Co., 1962, 129, § 36 ("occasionally, even a subsequent foreign action may constitute grounds for a stay").

<sup>2447</sup> V. par exemple *CHESHIRE et NORTH*, 1999, 349 (à propos de l'exception de for plus approprié, ces auteurs notent que "It does not matter, in principle, whether the action was commenced first in England or abroad; this is merely an accident of timing"). On peut observer que Dicey et Morris ne mentionnent pas une seule fois la chronologie de procédures dans leur discussion du 'lis alibi pendens', comme facteur à prendre en considération dans le cadre de l'exception de for plus approprié (13<sup>ème</sup> éd., 2000, 400-401).

V. par exemple *The Coral Isis* [1986] 1 Lloyd's Rep. 413 (dans cette espèce, le juge a expressément refusé d'élever la priorité temporelle au rang de règle de principe. Après avoir observé qu'aucun précédent ne justifie une telle règle, il note d'ailleurs que s'il en était ainsi, "there is likely to be an ugly rush to issue a writ in one country before the commencement of proceedings in another country"); *Gadd v Gadd*, [1984] 1 W.L.R. 1435, [1985] 1 All ER 58, [1985] F.L.R. 220 ("the English proceedings were started first in point of time, but that is not a decisive consideration"). V. également en Nouvelle-Zélande, *McCormell Dowell v Lloyd's Syndicate 396* [1988] 2 NZLR 257, 273 (un groupe d'assureurs engage une procédure à Londres pour obtenir une déclaration que les contrats d'assurance ne couvrent pas les sinistres dont se plaint l'assuré; celui-ci demande, 10 jours après le début de la procédure anglaise, le paiement de dommages et intérêts auprès des tribunaux néo-zélandais. La Cour d'Appel refuse d'accorder un stay en faveur de la procédure anglaise en notant qu'en l'espèce les deux procédures ont été initiées "more or less contemporaneously" et que la chronologie procédurale ne doit donc pas être décisive).

<sup>2448</sup> *Cleveland Museum of Art v Capricorn Art International SA et al* [1990] 2 Lloyd's Rep 166; [1990] BCLC 546. En l'espèce la phase de 'discovery' avait déjà eu lieu.

<sup>2449</sup> *Cleveland Museum of Art v Capricorn Art International SA et al* [1990] 2 Lloyd's Rep 166; [1990] BCLC 546.

<sup>2450</sup> V. également *McCormell Dowell v Lloyd's Syndicate 396* [1988] 2 NZLR 257, 273 (la Cour constate que la procédure néo-zélandaise pourra être engagée plus rapidement que la procédure anglaise).

<sup>2451</sup> *Arkwright Mutual Insurance Co v Brynston Insurance Co Ltd*, [1990] 2 QB 649; [1990] 2 All ER 335; [1990] 3 WLR 705; [1990] 2 Lloyd's Rep. 70 (QB).

n'avait pas encore atteint le seuil critique, et en particulier n'avait pas plus progressé que la procédure du for : dans les deux cas, le juge ne s'était pas encore prononcé sur sa compétence, et les procédures de 'discovery' n'avaient pas encore été initiées. A ce titre, la priorité chronologique de la procédure américaine n'était d'aucune valeur.<sup>2452</sup>

541. *Forum non conveniens* et état d'avancement des procédures (suite) – Les tribunaux anglais ont ainsi adopté une interprétation sophistiquée du rôle de la chronologie procédurale, le facteur temps étant retenu non pas en tant que tel, mais bien lorsque la procédure étrangère a progressé à un point tel que ne pas en tenir compte serait favoriser le gaspillage.<sup>2453</sup>

Cette appréciation du facteur temps n'est pas isolée. On la retrouve aussi dans d'autres versions du *forum non conveniens*, et notamment à Singapour<sup>2454</sup> et aux Etats-Unis. Les tribunaux américains se montrent en effet sensibles à ce qu'ils jugent être un argument de bon sens : l'exception de for inapproprié sera d'autant mieux accueillie que le juge étranger a 'mis les mains à la pâte' et que le dossier a progressé. Ainsi un tribunal américain a-t-il observé que « la priorité ne doit pas être exclusivement mesurée à l'aune de la priorité de saisine, mais plutôt en terme du progrès réalisé dans chacune des deux

<sup>2452</sup> Le juge ne s'était penché qu'à titre subsidiaire sur l'exception de for inapproprié, qu'il a au demeurant rejeté, dès lors qu'il avait déjà jugé dans un premier temps que cette exception était en principe incompatible avec la Convention de Bruxelles. Sur cet aspect de la décision, v. CH. CHALAS, 548-549, n° 605.

<sup>2453</sup> V. également *Meadows Indemnity Co Ltd v Insurance Corp. of Ireland Ltd et al* [1989] 1 Lloyd's Rep. 181 (QB) (concurrence de procédures entre l'Angleterre et l'Irlande, la procédure irlandaise précède la procédure anglaise d'un mois seulement ; la juge décide que "the existence of foreign proceedings is a relevant factor in the equation when the Court has to consider whether the foreign forum is clearly more appropriate under the Spiliada test, particularly in view of the inherent undesirability of two concurrent sets of proceedings ; its weight will depend on all circumstances, including the state of advance of the foreign action" (je souligne). En l'espèce le juge constate que la procédure irlandaise a bien progressé, mais le for irlandais n'est pas jugé plus approprié pour autant) ; *Saipem SpA v Dredging VO2 Bv et al. (The 'Volvox Hollandia')* [1987] 2 Lloyd's Rep. 520 (QB) (procédures concurrentes aux Pays-Bas et en Angleterre, la procédure batave a été initiée la première par le propriétaire d'un navire de dragage qui avait endommagé un pétrolier. La propriétaire tentait d'obtenir du juge anglais qu'il renonce à statuer en raison de l'existence d'une procédure aux Pays-Bas, for selon lui plus approprié. Le juge rejette l'exception de for plus approprié en notant que "[...] the fact that the Dutch proceedings were started first in point of time [...] is also of some significance in deciding which is the appropriate forum, ; but I would not attach too much weight to it", de peur d'encourager une course au for dans des espèces ultérieures. Le juge ajoute d'ailleurs que "the first action to be commenced should not necessarily have preference in determining the forum where issues are to be tried [...]". En appel, la question ne fut plus évoquée : *Saipem SpA v Dredging VO2 Bv et al. (The 'Volvox Hollandia')* [1988] 2 Lloyd's Rep. 361 (CA)). V. également *The Coral Isis* [1986] Lloyd's Rep. 413 (QB) (procédures concurrentes aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, suite à une collision de deux navires au Danemark. La procédure néerlandaise ne précédait la procédure anglaise que d'une semaine. La juge décide que "I recognize that the proceedings in Holland were commenced shortly before Coral Isis was arrested in England. But the action in England has proceeded to the close of the pleadings, and discovery of documents has been given", alors que la procédure batave n'a pas beaucoup progressé. De plus, dans une situation comme en l'espèce, "in which there is more than one appropriate forum, but no natural forum, I do not regard a mere accident of timing in the commencement of a suit as necessarily decisive of the question : in which Court should this action proceed ?"); *The Oinoussin Pride*, [1991] 1 Lloyd's Rep. 126, 134 (QB) (procédure concurrente engagée en Alabama, qui peut revendiquer le titre de for naturel de la cause; le juge constate en sus que la procédure américaine a bien progressé, puisqu'on en était déjà à la 'discovery').

<sup>2454</sup> *The Hooghly Mills Co Ltd v Seltron Pte Ltd*, [1995] SLR 773, commenté par J. PRAKASH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens", in *Current Legal Issues in International Commercial Litigation*, T. KEANS SOOD (éd.), Faculty of Law, National University of Singapore, 1996, (25-43), 34-35. En l'espèce une entreprise indienne réclamait devant les tribunaux de Singapour le paiement du prix pour des marchandises livrées à un client établi à Singapour. Celui-ci refusait de payer en invoquant les nombreux défauts dont ses propres clients s'étaient plaint. Il demanda au juge de Singapour de surseoir à statuer en déférence à une procédure qu'il avait lui-même introduit trois mois auparavant en Inde, dans laquelle il réclamait compensation pour les défauts dont la marchandise était affectée. La Cour ne porta guère attention au facteur temps, dès lors qu'il apparut que la procédure indienne n'avait pas progressé au-delà du stade préliminaire ; la seule action entreprise par le demandeur consistant à demander une injonction pour paralyser la procédure concurrente.

actions ». <sup>2455</sup> Et la jurisprudence américaine manifeste clairement sa volonté de tenir compte des résultats engrangés dans les deux procédures pour les départager. <sup>2456</sup> Ainsi dans l'affaire *Heuft*, une procédure avait été engagée en Allemagne quelques 4 ans avant que le tribunal américain soit à son tour saisi. La Cour ne s'attarda pas à la simple priorité de saisine, mais constata au contraire que la procédure allemande avait considérablement progressé, le stade préliminaire étant de loin dépassé. <sup>2457</sup>

Au contraire, lorsque le juge constate que la procédure étrangère n'en est qu'à ses débuts, l'existence d'une procédure concurrente ne reçoit que peu de poids. Dans une formule qui est aujourd'hui devenue rituelle, le tribunal du district est de Pennsylvanie a ainsi fait observer que « lorsque la procédure étrangère en est à ses débuts, il convient de rejeter la demande de sursis de la procédure du for ». <sup>2458</sup>

Même si à elle seule la progression de la procédure étrangère ne garantit pas que le 'stay sera accordé, <sup>2459</sup> cet élément renforce considérablement le poids accordé à la procédure concurrente. <sup>2460</sup>

<sup>2455</sup> *Ludgate Insurance Comp. Ltd. v. B. Frederik Becker*, 906 F. Supp. 1233, 1242 (D.C. N. D. Ill. 1995) : "priority should not be measured exclusively by which complaint was filed first, but rather in terms of how much progress has been made in the two actions".

<sup>2456</sup> Il s'agit là d'un des critères repris par la loi modèle de l'ABA déjà évoquée, dont la section 3(m) dispose que le juge doit tenir compte, pour déterminer le for approprié, de « the nature and extent of litigation that has proceeded over the dispute ».

<sup>2457</sup> *Heuft Systemtechnik GmbH v. Videjet Systems Int'l, Inc.* 1993 U.S. Dist. Lexis 6014 (N.D. Ill. May 5, 1993). La Cour met en avant l'économie de procédures qui résultera du sursis à statuer ("[...] staying this action pending the outcome of the German litigation will prevent needlessly duplicative discovery and proceedings, thus conserving judicial resources and sparing the parties the expense of pursuing and defending two like actions"). Dans le même sens, *Abdullah Sajid Rajab Al-Rifai & Sons W.L.L. v. McDormell Douglas Foreign Sales Corp.*, 988 F. Supp. 1285, 1292 (E.D. Miss. 1997) (procédure au Koweït "has significantly progressed through the Kuwaiti court system").

<sup>2458</sup> « When foreign litigation is in its incipiency, motions to stay domestic action are properly denied » : *I.A.J., Inc. d/b/a Northeast Jet Company, Inc. et al. v. Marine Holdings, Ltd., Inc. et al.*, 524 F. Supp. 197, 199 (E. D. Penn. 1981). V. aussi *Brinco Mining Ltd. v. Federal Insurance Company*, 552 F. Supp. 1233, 1241-1242 (District Court District of Columbia 1982) (en l'espèce la Cour constate que la procédure canadienne est déjà bien engagée) ; *Ronar Inc. v. Michael Wallace et al.*, 649 F. Supp. 310, 319 (SDNY 1986) (la procédure allemande n'en est qu'à ses débuts) ; *Sunatuno Corp. v. Panakopi Compania Maritima*, 477 F. Supp. 737 (SDNY 1979) (la procédure grecque n'en est qu'à ses débuts) ; *Finou Capital Corp. v. Ryan Helicopters U.S.A., Inc. et al.*, 1999 U.S. App. LEXIS 14161 (7<sup>th</sup> Cir. June 25, 1999) (procédure étrangère "is still in its preliminary stage", et la cour de noter "the relative infancy of the St Lucia proceedings") ; *Victor Posner, Security Management Corporation v. Essex Insurance Company, Ltd.*, 1999 U.S. App. LEXIS 14021, p. 39 (11<sup>th</sup> Cir., June 25, 1999) ("little progress has been made in the Bermuda action", 39) ; *Nycal Corporation v. Inco PLC and Dovershire N.V.*, 968 F. Supp. 147, 149 (S.D.N.Y. 1997) ("the UK litigation is still in the preliminary stages and could be dismissed without a determination on the merits [...]") ; *Ludgate Insurance Co. Ltd. v. B. Frederik et al.*, 906 F. Supp. 1233, 1242 (D.C. N. D. Ill. 1995) ("although the English action was brought 6 months before this one, it has not advanced significantly further than the one before us") ; *Diego J. Herstein v. Martin E. Bruetman et al.*, 743 F. Supp. 184, 187 (SDNY 1990) ("The Argentine proceedings are in their preliminary stages").

<sup>2459</sup> P. ex. *Evergreen Marine Corp. v. Welgrow Int'l, Inc.*, 942 F. Supp. 201 (SDNY 1996). La procédure initiée par Evergreen devant le tribunal de commerce de Anvers précédait de près de 5 mois la procédure dont il a saisi les tribunaux américains. La Cour refusa cependant le sursis à statuer parce que la compétence du tribunal belge était contestée. Après que le défendeur ait promis de ne pas contester la compétence du tribunal belge, la Cour accorda le sursis à statuer (954 F. Supp. 101 (SDNY 1997)).

<sup>2460</sup> P. ex. J. HILL, *International Commercial Disputes*, Londres, LLP, 1998, 265 ("[...] the court is more likely to grant a stay if the foreign proceedings are already well advanced when the English proceedings are commenced. Conversely, the Court will refuse to stay English proceedings if [...] the proceedings are still at a preliminary stage [...]"); R. FENTIMAN, "Jurisdiction, Discretion and the Brussels Convention", *Cornell Int'l L.J.*, 1993, (59), 74 ("[...] there is powerful evidence that a court will tend to stay English proceedings when there is a prior action pending abroad". Et l'auteur d'ajouter que pour qu'il en soit ainsi, "[...] the foreign proceedings will have to be some way advanced"); J. D. MCCLEAN, *l.c.*, *I.C.L.Q.*, 1969, (931), 935 (dans les procédures strictement parallèles, "the court [...] attaches some importance to the order in which the proceedings were commenced. The court is more likely to stay the second action. [...] This seems entirely proper, as the defendant will often have taken steps and

542. *Forum non conveniens* et nature de la procédure – Tout comme l'état d'avancement de la procédure étrangère, la *nature* de cette procédure peut également influencer l'importance que le juge anglais lui accorde. Lord Goff avait déjà souligné l'importance de cette circonstance dans l'affaire *de Dampierre*, lorsqu'il évoquait l'exemple d'une procédure engagée devant un juge étranger dans l'unique but de démontrer l'existence d'une compétence concurrente.<sup>2461</sup>

Lorsqu'elle est engagée à titre uniquement 'exemplatif', la procédure n'aura pas un grand poids sur l'appréciation de l'opportunité du 'stay'. Il en ira de même lorsque l'instance étrangère n'a été engagée qu'à titre purement conservatoire, par exemple pour interrompre un délai de prescription.<sup>2462</sup> Ainsi dans une espèce où le propriétaire d'un navire avait d'abord assigné ses assureurs en Belgique avant de formuler la même demande en Angleterre, les juges anglais ont-ils invoqué, pour rejeter la demande de 'stay' des assureurs, la circonstance que la procédure engagée en Belgique ne l'avait été que pour éviter la prescription du droit d'action.<sup>2463</sup>

543. *Forum non conveniens* et nature de la procédure (suite) – La procédure étrangère sera également de peu de poids lorsqu'elle traduit une tentative manifeste et abusive de *forum shopping*,<sup>2464</sup> ce qui sera souvent le cas lorsqu'il s'agit d'une action dénégatoire. On a déjà évoqué la défaveur qui affecte ce type d'action. L'action dénégatoire est considérée par les tribunaux anglais comme l'instrument par excellence du *forum shopping*. L'existence devant un juge étranger d'une telle action, engagée préventivement, ne pèsera dès lors pas d'un grand poids dans la balance.

La réticence des tribunaux anglais face au recours à l'action dénégatoire comme tactique visant à bloquer la reconnaissance d'une future décision étrangère n'est pas neuve.<sup>2465</sup> Ainsi dans l'affaire de la *First National Bank of Boston*, les juges de la Cour d'Appel ont-ils

incurred expenses in preparation for defending the action in the jurisdiction first selected"). On remarquera que le facteur chronologique joue le même rôle dans l'appréciation de l'opportunité de l'injonction *anti-suit*. L'injonction sera d'autant plus facilement accordée que le for a été saisi avant le tribunal étranger. L'examen de la jurisprudence américaine apprend ainsi que dans la plupart des cas, l'interdiction de procéder visait une procédure étrangère antérieure à celle du for, comme l'a constaté un tribunal de Californie in *Peter Conroy Robinson v Jardine Insurance Broker Int'l. Ltd.*, 856 F. Supp. 554, 560 (N.D. Cal. 1994) (la Cour observe que "Plaintiffs has not pointed to any precedent for a federal district court enjoining an earlier-filed foreign proceeding").

<sup>2461</sup> « If one party has commenced the proceedings for the purpose of demonstrating the existence of a competing jurisdiction » : *de Dampierre*, [1988] 1 AC 92, 108. A ce type de procédure, Lord Goff opposait l'instance qualifiée de "genuine".

<sup>2462</sup> *Comp. avec Attorney General v Arthur Andersen & Co and Others*, [1989] EEC 224 : en l'espèce, le demandeur s'était d'abord adressé aux tribunaux américains et n'avaient saisi le tribunal anglais qu'à titre purement conservatoire, pour éviter l'écoulement du délai de prescription et ce par ce qu'il n'était pas encore certain que le tribunal américain accepte de se saisir de l'affaire, sa compétence étant contestée par les défendeurs.

<sup>2463</sup> *Irish Shipping Ltd. V. Commercial Union Assurance Co plc*, [1991] 2 QB 206; [1989] 3 All ER 853, [1990] 2 WLR 117, [1989] 2 Lloyd's Rep. 144 (C.A.). En réalité la crainte des propriétaires du navire s'est révélée infondée; ils avaient été induit en erreur par leurs assureurs qui avaient refusé de révéler certaines données du contra.

<sup>2464</sup> *P. ex. Meridien Biao Bank GmbH v Bank of New York*, [1997] 1 Lloyd's Rep. 43, 47 (C.A.) (la Cour d'Appel approuve la décision du juge de première instance qui avait refusé le stay en faveur d'une procédure américaine, en notant que "the Deputy judge rightly regarded the bank's conduct in bringing proceedings in New York as forum shopping of the worst kind" par Millet LJ). V. aussi *The Vishva Akha*, [1990] Lloyd's Rep. 312 (stay refusé en faveur d'une procédure sud-africaine notamment parce que celle-ci n'avait pu être engagée qu'à la faveur de la présence forcuite d'un navire du défendeur dans un port sud-africain).

<sup>2465</sup> V. déjà *Guaranty Trust Comp. of New York v Hamray & Co.*, [1915] 2 K.B. 536, 564-565 (procédure engagée en Angleterre pour obtenir une déclaration alors qu'une procédure était déjà pendante aux Etats-Unis); *Carrilla Cotton Oil Co. v Granadec SA* [1976] 2 Lloyd's Rep. 10 (idem, mais cette fois-ci la procédure concurrente était pendante en Suisse).

clairement manifesté leur réprobation envers la procédure dont ils avaient été saisis, à savoir une action dénégatoire engagée par la demanderesse après qu'une importante somme lui appartenant ait fait l'objet d'un séquestre en Suisse, prélude à une action au fond dans ce pays.<sup>2466</sup> Les juges y virent un « exemple manifeste » de forum shopping.<sup>2467</sup> Après avoir rappelé la défaveur affectant les procédures concurrentes, le juge Russell expliqua que « lorsque les procédures concurrentes prennent la forme, comme en l'espèce, d'une demande de déclaration négative, les objections sont encore plus fortes ».<sup>2468</sup>

Le préjugé défavorable qui affecte ce type de demande se traduit en pratique par un renversement de la charge de la preuve : il appartiendra au demandeur de démontrer que son action poursuit un « but utile »,<sup>2469</sup> alors qu'en règle générale, c'est au défendeur de convaincre le tribunal que la procédure étrangère mérite d'être privilégiée. En somme l'existence d'une action dénégatoire ne sera que d'un très faible poids dans la décision du juge.<sup>2470</sup>

**544. *Forum non conveniens* et identité des litiges** – Enfin, et même si l'identité entre les litiges n'est pas en droit anglais, entendue de façon aussi formelle que dans la tradition romano-germanique, il demeure que les tribunaux anglais sont sensibles au degré d'identité entre les litiges. Ainsi, l'existence d'une procédure concurrente se verra accorder un poids d'autant plus important qu'elle coïncide exactement avec l'enjeu du litige dont est saisi le juge anglais. Au contraire lorsque les procédures opposent des parties différentes<sup>2471</sup> ou que les questions litigieuses sont différentes,<sup>2472</sup> l'impact de la procédure concurrente diminuera d'autant.

**545. Conclusion** - Le droit anglais a fait de la concurrence de procédures une circonstance 'pertinente, sans être péremptoire' dans la détermination du for approprié. On a vu que la pertinence du conflit de procédures, fruit des circonstances historiques qui ont entouré l'apparition et l'évolution du *stay* en Angleterre, était fonction des circonstances particulières de chaque espèce. Au total, la route a été longue depuis les débuts du '*plea of lis alibi pendens*'. Il est temps maintenant d'examiner quelles leçons on peut tirer de l'évolution du droit anglais.

<sup>2466</sup> *First National Bank of Boston v UBS*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (C.A.).

<sup>2467</sup> [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (C.A.) : "blatant example" (juge Kerr).

<sup>2468</sup> « As a general rule, concurrent proceedings in different jurisdictions are not to be encouraged ; they can lead to inconsistent judgments and they can undermine comity. Furthermore, where those concurrent proceedings take the form, as in this case, of an application for the discretionary relief of a negative declaration, the objections become all the stronger » : [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (C.A.)

<sup>2469</sup> Formule utilisée par Lord Wilberforce in *Camilla Cotton Oil*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 10, 14 et reprise in *First National Bank of Boston v UBS*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (C.A.)

<sup>2470</sup> Que cette procédure ait été engagée en Angleterre, auquel cas l'exception de for inapproprié sera accordée, ou à l'étranger, auquel cas l'exception ne sera que rarement accordée. Au contraire, dans ce cas, le tribunal anglais pourra faire droit à une demande d'interdiction de procéder.

<sup>2471</sup> P. ex. *The Vishva Abha* [1990] 2 Lloyd's Rep. 312, 314 (le tribunal relève le fait que « the litigation in this country [...] is not between the same parties as the litigation currently pursued in South Africa [...] »).

<sup>2472</sup> P. ex. *Meridien Biao Bank GmbH v Bank of New York*, [1997] 1 Lloyd's Rep. 437, 422 (C.A.) (en première instance, le juge avait refusé le 'stay' sollicité en faveur d'une procédure concurrente pendante à New York. Pour ce faire, il avait notamment invoqué l'absence d'identité entre les deux actions : « I am far from satisfied that there is any genuine issue in the New York proceedings which overlaps with the English proceedings ». La Cour d'Appel se déclara d'accord, par la voix de Millet LJ, avec ce raisonnement).



## B. Le caractère approprié des fors, une base raisonnable pour la déférence ?

**546. Introduction** - Le concept de for 'approprié' ou 'naturel', dans toutes ses déclinaisons, peut-il servir de fondement à une règle de déférence internationale ? Voilà la question à laquelle nous tenterons de répondre. Ce concept a connu un succès considérable dans la réflexion sur les conflits de juridictions, au point qu'on a voulu l'importer dans les pays de tradition civile. Mlle. *Chalas* a ainsi récemment proposé d'admettre une clause générale à la compétence juridictionnelle, dont elle a d'ailleurs fourni un texte précis.<sup>2473</sup> Sa proposition vise à conférer au juge français - et éventuellement à d'autres juridictions - un pouvoir d'appréciation qui pourrait l'amener à refuser de statuer lorsqu'il est établi qu'un autre for est clairement plus approprié pour statuer sur le litige. De façon fort classique, elle compte parmi les facteurs qui doivent fonder l'appréciation du juge de l'exception, « l'existence d'une action en justice identique ou connexe entamée à l'étranger [...] ».<sup>2474</sup>

Cette suggestion aboutit à subordonner la résolution des conflits de procédures au mécanisme du for inapproprié, comme c'est le cas en droit anglais. Dans cette optique, il n'y aurait plus lieu de recourir à une technique particulière pour résoudre la concurrence de procédures ; celle-ci pourrait être appréhendée de façon satisfaisante par le biais d'une exception générale fondée sur l'idée de for inapproprié.<sup>2475</sup> Cette approche est pour le moins séduisante, surtout quand on la compare au traditionnel déclinaoire de litispendance fondé sur la chronologie des procédures. Elle permet d'éviter l'apparent arbitraire de la priorité chronologique, tout en faisant disparaître l'inconvénient de la course au for à laquelle cette priorité peut conduire (*infra*, n° 631).

De plus, il faut bien avouer que déterminer la priorité des fors en se fondant sur les circonstances individuelles de chaque espèce, pour apprécier la légitimité respective des fors concurrents, constitue une approche plus fine, plus sophistiquée que la 'guillotine' du juge premier saisi. Qui ne voudrait pas substituer la neutralité mécanique et froide de la litispendance pour une règle toute entière fondée sur l'*Einzelfallgerechtigkeit* ? On aurait l'impression de quitter 'l'âge des cavernes' des conflits de juridictions pour laisser place à une méthode 'civilisée',<sup>2476</sup> sans compter que le cauchemar de la définition du moment de la saisine des tribunaux (*infra*, n° 597) appartiendrait lui aussi au passé.

Bref, à première vue, le *forum non conveniens* semble de loin préférable à la priorité de saisine pour trancher la concurrence de procédures. Nous pensons toutefois que comme principe de solution des conflits de procédures, l'idée du for plus ou moins approprié n'est pas satisfaisante. Il ne s'agit pas ici d'examiner s'il serait opportun d'introduire une telle clause d'exception pour corriger les conséquences parfois insatisfaisantes des règles de compétence.<sup>2477</sup> La question est autre : elle est de savoir si l'on peut légitimement

<sup>2473</sup> CH. CHALAS, 700-701. V. aussi A. NUYS, spéc. pp. 732-738.

<sup>2474</sup> Idem, 701, tout en précisant que le juge doit également tenir compte de la "nature positive ou déclaratoire négative" de l'action en justice.

<sup>2475</sup> Il semble toutefois que dans l'esprit de Mme. *Chalas*, la clause d'exception déduite du *forum non conveniens* vienne compléter le déclinaoire de litispendance dont elle dénonce la rigidité susceptible de donner lieu à des « détournements » et non la remplacer purement et simplement.

<sup>2476</sup> V. la réflexion de Lord Goff in *Airbus Industrie GIE v Jaisueh Arjun Bhai Patel and others*, [1998] 2 All.E.R. 257, 263, qui explique que la doctrine du *forum non conveniens* "can be regarded as one of the most civilised principle".

<sup>2477</sup> Cette étude n'est pas le lieu d'entrer dans ce débat. La question de savoir si, dans quelle mesure, et sous quelle forme, il y a lieu d'introduire un correctif judiciaire aux règles de compétence internationale dans les pays de tradition romano-germanique, est passionnante. Elle a récemment fait l'objet de deux synthèses majeures, v. les

attendre d'une telle clause, à supposer qu'elle existe, qu'elle prenne également en charge les conflits de procédures. C'est uniquement à cette dernière question que nous allons tenter de répondre.

**547. For approprié et procédures concurrentes, des objectifs parfois inconciliables** - Une première critique qui peut être faite à la pratique anglaise est de pratiquer un malencontreux mélange des genres. Le *forum non conveniens* ne poursuit en effet pas nécessairement les mêmes objectifs qu'une règle de conflit de procédures. Alors que la seconde vise à trancher la concurrence de procédures, le premier est tout entier dévolu à l'impératif du 'juge naturel'<sup>2478</sup> : l'exception de for inapproprié, aussi bien dans sa version négative que dans sa version positive, a pour objectif de garantir que le litige soit soumis au juge qui en est le plus 'proche', ou du moins à éviter qu'il ne soit porté à la connaissance d'un juge dénué de tout lien significatif avec l'affaire. Les deux préoccupations, dont aucune ne doit a priori être rejetée,<sup>2479</sup> ne seront pas toujours compatibles. C'est ce que révèle l'expérience des tribunaux anglais.

On a vu que selon la formule adoptée par la Chambre des Lords, l'octroi du 'stay' demeure tout entier soumis à l'impératif du for approprié (*supra*, n° 535). L'absence d'autonomie du conflit de procédures signifie que cette circonstance n'aura pas d'influence sur le *but* assigné à la doctrine du *forum non conveniens* : que le for étranger ait ou non été saisi, l'exception de for inapproprié ne se préoccupe pas de mettre fin au conflit de procédures, mais bien d'éviter que le tribunal anglais se prononce sur un litige qui n'appartient pas à sa sphère 'naturelle' de compétence. En d'autres termes, dès lors que le litige présente des liens suffisants avec l'Angleterre, l'exception de for inapproprié sera rejetée, quelles qu'en soient les conséquences sur la poursuite du conflit de procédures.<sup>2480</sup>

Lorsque l'accueil de l'exception de for inapproprié met fin au conflit de procédures, c'est dès lors uniquement parce que le litige n'appartenait pas à la sphère de compétence du juge anglais, et non parce que celui-ci avait pour mission d'éviter la concurrence de

---

études de CH. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, 2 vol., 753 p. et A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens (Étude de droit international privé comparé)*, Thèse dactyl., Université Libre de Bruxelles, 2002, 3 vol., 769 p.

<sup>2478</sup> La jurisprudence anglaise ne fait pas expressément référence au concept de 'for naturel' pour exprimer le lien que cherche à garantir l'exception de for inapproprié. On retrouve toutefois cette expression sous la plume de Dicey et Morris (éd. 2000). Elle nous semble particulièrement adéquate pour traduire l'idée du *forum non conveniens*, que les tribunaux anglais n'ont jamais limité à un simple 'for de la proximité'. L'exception de for approprié peut en effet également s'inspirer de considérations liées à la souveraineté ou encore à la territorialité, dans la mesure où le juge 'approprié' peut être par exemple celui de la nationalité commune des parties.

<sup>2479</sup> Et les juges anglais reconnaissent généralement qu'il convient d'éviter les conflits de procédures, générateurs d'un surcroît de dépenses et d'insécurité juridique : p. ex. Lord Diplock, dans *The Abidin Daver*, [1984] A.C. 398, 411-412 et dans la même affaire, Lord Brandon, [1984] A.C. 398, 423 ("[...] if concurrent actions in respect of the same subject matter proceed together in two different countries [...] one or other of two undesirable consequences may follow : first, there may be two conflicting judgments of the two courts concerned ; secondly, there may be an ugly rush to get one action decided ahead of the other, in order to create a situation of *res iudicata*, or issue estoppel in the latter"). V. également *E. I. du Port de Nemours & Co v Agnew*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 585, 589 ("[t]he policy of the law must [...] be to favour the litigation of issues only once, in the most appropriate forum" - par Bingham LJ); dans le même sens, *Smyth v Beebehami* (1999), *The Times*, 9 avril (CA) et *New Hampshire Insurance Co v Aerospace Finance Ltd.*, [1998] 2 Lloyd's Rep. 539; *First National Bank of Boston v UBS*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (C.A.) ("the obvious and well-settled principle that it is undesirable for the same issues to be litigated concurrently in two jurisdictions [...]"). *Cons.* également A. BRIGGS et P. REES, 1997, 199 ("In general, the interests of justice do not favour two courts each hearing the same or a related dispute").

<sup>2480</sup> C'est ce qu'explique CH. CHALAS, (246), qui note que « le juge refusera de suspendre [sa procédure] si le défendeur ne peut rapporter la preuve que le tribunal étranger concurrentement saisi est distinctement plus approprié que le tribunal anglais, même si ce refus devait conduire à la poursuite de deux procédures parallèles » (nous soulignons). V. aussi G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *ac*, Cowansville, Y Blais, 1998, 321, n° 136.

procédures. La résolution éventuelle du conflit de procédures n'est en réalité qu'un 'effet secondaire' du *forum non conveniens* et non le but premier de la doctrine. On pourrait presque dire que si le *forum non conveniens* met fin à une concurrence de procédures, c'est uniquement par accident ! C'est ce qu'illustre l'affaire *Meadows Indemnity*.<sup>2481</sup>

**548. For approprié et procédures concurrentes, des objectifs parfois inconciliables (suite) – l'affaire *Meadows Indemnity*** – En l'espèce, le litige portait sur un contrat d'assurance crédit conclu entre une banque anglaise et un assureur irlandais, qui avait pour objet de garantir un prêt consenti à un entrepreneur en vue de l'acquisition d'une propriété immobilière située en Grèce. Ce dernier se trouvant dans l'impossibilité de rembourser le prêt, se posait la question de savoir qui allait supporter le risque de défaillance du débiteur. La banque anglaise ouvrit les hostilités en demandant remboursement de la somme prêtée à l'assureur irlandais. N'obtenant pas satisfaction, elle saisit les tribunaux du domicile de son cocontractant. Peu de temps après, une troisième partie, un réassureur établi à Guernsey, qui avait accepté de reprendre à sa charge une partie du risque, s'en fut chercher justice auprès des tribunaux anglais, à qui il demandait de déclarer le contrat de réassurance nul et non avenu.

Les deux procédures firent l'objet d'attaques croisées de la part des défendeurs. Les tribunaux irlandais rejetèrent tout d'abord une demande de 'stay'.<sup>2482</sup> Les défendeurs devant les tribunaux anglais tentèrent ensuite de faire échouer cette instance par le jeu de l'exception de for approprié. Invoquant l'autorité de Lord Diplock, qui dans la décision *The Abidin Daur* avait laissé entendre qu'un test modifié devait s'appliquer en cas de conflit de procédures (*supra* n° 531), le conseil des défendeurs tenta de convaincre le juge que "lorsqu'une action est déjà pendante devant le juge étranger, ceci suffit en tant que tel à faire du for étranger un for clairement et manifestement plus approprié que le for anglais".<sup>2483</sup>

Le juge *Hirst* reconnut qu'il était confronté à une « question de principe » ("a basic dispute of principle"), à savoir déterminer si le test applicable pour juger du caractère approprié du tribunal anglais devait s'appliquer tel quel lorsque le tribunal étranger concurrent avait déjà été saisi. Il commença par rappeler l'aversion du droit anglais pour la concurrence de procédures.<sup>2484</sup> Le juge refusa toutefois de suivre la suggestion du conseil ; il expliqua que "le caractère en principe néfaste de la concurrence de procédures ne constitue toutefois qu'une des circonstances qui entre en compte dans l'évaluation globale. Elle ne conduit pas de façon nécessaire à l'octroi d'un sursis".<sup>2485</sup> Se référant au dictum de Lord Goff dans l'affaire *de Dampierre* (*supra*, n° 534), le juge conclut que "l'existence d'une procédure concurrente est un facteur pertinent dans l'équation lorsque la Cour est amenée à déterminer si le tribunal étranger est manifestement plus approprié selon le standard dégagé dans l'affaire *Spiliada* [...]. Son poids dépendra de toutes les circonstances, en ce compris l'état d'avancement de la procédure étrangère. Mais je ne suis pas du tout convaincu qu'il s'agisse d'un facteur à ce point important qu'il fasse en

<sup>2481</sup> *Meadows Indemnity Co. Ltd. v Insurance Corporation of Ireland Ltd. et al.*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 181 (QB).

<sup>2482</sup> Cour Suprême d'Irlande, 14 avril 1988, cité dans la décision anglaise.

<sup>2483</sup> [1989] 1 Lloyd's Rep. 181 : "there is already in existence a genuine action brought abroad, that this in itself per se renders the foreign forum clearly and distinctly more appropriate than the English forum".

<sup>2484</sup> [1989] 1 Lloyd's Rep. 181 : "The policy of the law must nonetheless be to favour the litigation of issues only once, in the appropriate forum".

<sup>2485</sup> [1989] 1 Lloyd's Rep. 181 : "the general undesirability of such concurrent proceedings is, however, but one consideration to be weighed as part of the overall assessment. It cannot necessarily lead to a stay or setting aside of English proceedings".

tant que tel du for étranger le for plus approprié, et conduite à un renversement de la charge de la preuve”<sup>2486</sup>.

Partant le juge entreprit d'examiner l'ensemble des circonstances de la cause pour déterminer à la lumière du test dégagé dans l'arrêt *Spiliada* lequel des deux fors était le plus approprié. Il constata que le litige n'était aucunement lié à l'Irlande, les parties ni les témoins n'y étant domiciliés et la *lex causae* étant celle de Guernsey. La simple circonstance que le juge irlandais était déjà saisi, et que le 'trial' en Irlande pouvait débiter dans l'année, ne fut pas de nature à renverser la balance en faveur de l'Angleterre. Le juge rejeta dès lors le 'stay'.<sup>2487</sup>

**549. For approprié et procédures concurrentes, des objectifs parfois inconciliables (suite et fin)** – On voit comment le caractère approprié du for triomphe largement du souci de mettre fin au conflit de procédures, réduit à une simple circonstance parmi d'autres dans l'appréciation du caractère approprié des fors. L'indifférence relative des tribunaux anglais face au conflit de procédures a pour effet que le 'stay' sera refusé s'il n'est pas prouvé que le tribunal étranger est mieux placé pour connaître de la cause, et ce même si cette décision laisse subsister le conflit de procédures.<sup>2488</sup>

En d'autres termes, il peut exister une *tension* entre l'objectif de prévention des conflits de procédures et celui de garantir le caractère approprié du for. Dans la version anglaise du *forum non conveniens*, ce dernier triomphera largement du premier. Les choses peuvent aller encore plus loin. L'étude de la jurisprudence américaine révèle en effet que le rôle des conflits de procédures au sein de l'équation globale du *forum non conveniens* est plus ténu encore. Si cette circonstance a reçu une consécration plus ou moins officielle en droit anglais comme étant pertinente – ce qui s'explique sans doute par l'histoire du développement du 'stay' en Angleterre, les procédures concurrentes ayant occupé une

<sup>2486</sup> [1989] 1 Lloyd's Rep. 181 : “the existence of foreign proceedings is a relevant factor in the equation when the Court has to consider whether the foreign forum is clearly more appropriate under the *Spiliada* test, particularly in view of the inherent undesirability of two concurrent sets of proceedings; its weights will depend on all the circumstances including the state of advance of the foreign action. But I am wholly unpersuaded that it is a decisive factor in the equation so as to establish per se the foreign forum as more appropriate, and shift the burden of proof”.

<sup>2487</sup> [1989] 1 Lloyd's Rep. 181 : “giving full weight to those aspects which favour Ireland [...] and to the undesirability of two concurrent sets of proceedings, [the defendant] has completely failed to satisfy me that Ireland is clearly and distinctly the more appropriate forum”.

<sup>2488</sup> *P. ex. E. I. du Port de Nemours & Co v Agnew & Kerr*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 585 (le tribunal anglais refuse de se dessaisir au profit d'une procédure pendante devant les tribunaux de l'Illinois, parce que le for anglais est mieux placé pour trancher le litige, notamment en raison de l'applicabilité du droit anglais) ; *The Varma*, [1994] 2 Lloyd's Rep. 41, 47 (le tribunal reconnaît la “general undesirability of concurrent proceedings”, mais s'empresse de préciser qu'il ne s'agit là que d'une “important factor” et non d'une considération décisive) ; *Chase et al. v Ram Technical Services*, [2000] Lloyd's Rep. 418, 421 (l'existence d'une procédure concurrente est une “compelling consideration”, sans toutefois être à elle seule décisive ; en l'espèce, le for canadien est jugé être plus approprié) ; *The Vishva Akab*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 312, 315 (le tribunal reconnaît que le rejet du stay exposera les parties à des dépenses supplémentaires, mais ne peut se résoudre à surseoir à statuer en raison de la nature purement fortuite de la compétence revendiquée par le tribunal Sud-Africain, qui s'appuie sur la seule saisie du navire dans un port sud-africain) ; *Meridien Biao Bank GmbH v Bank of New York*, [1997] 1 Lloyd's Rep. 437, 441 (CA) (le tribunal reconnaît d'emblée que « lis alibi pendens is, of course, often a decisive point in favour of an application for a stay because of the burden and expense of having two sets of proceedings and because of the risk of inconsistent findings, but in the present case, I consider the plea of lis alibi pendens to be of little weight for a number of reasons », notamment le fait que la compétence du juge américain était douteuse). V. également l'opinion dissidente du juge Brown dans l'affaire *First National Bank of Boston v UBS*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (CA) (le juge refuse, au contraire de ses deux collègues, d'accorder le stay en faveur de la procédure suisse. Il explique que « Unfortunately, this will probably result in the continuance of parallel proceedings in Switzerland and England, but that is not an uncommon situation and seems to me unavoidable in the present case”).

place importante tant dans les premières décisions du 19<sup>ème</sup> siècle que lors de la 'révolution' des années 1970 – il n'en va pas de même en droit américain.

**550. For approprié et procédures concurrentes, la version américaine** - C'est en vain que l'on chercherait une quelconque indication du poids à accorder, lors de la détermination par le juge américain du for approprié, à la circonstance que le litige a déjà fait l'objet d'une procédure concurrente devant un tribunal étranger. La Cour Suprême n'a à notre connaissance jamais évoqué la question.<sup>2489</sup>

Au vrai l'absence d'indication expresse de la part de la Cour Suprême ne signifie pas que les tribunaux ne peuvent d'aucune façon tenir compte de l'existence d'un conflit de procédures dans la détermination du for approprié. On sait en effet que, comme c'est le cas en droit anglais,<sup>2490</sup> la version américaine du *forum non conveniens* ne constitue pas un mécanisme enfermé dans des limites précises, dont chaque élément aurait été identifié et répertorié. La Cour Suprême a au contraire insisté sur la nature purement exemplative des facteurs qui doivent fonder l'appréciation du juge.<sup>2491</sup>

Rien n'empêche dès lors un tribunal américain d'inclure dans son appréciation discrétionnaire une référence à l'existence d'un conflit de procédures. On constate en effet que dans certaines décisions, les juges accordent une certaine importance au fait qu'une procédure concurrente soit déjà en cours dans le for étranger. Dans un litige tranché en 1980, la Cour d'Appel du deuxième circuit était confrontée à l'existence d'une procédure concurrente en Belgique, qui était l'œuvre d'un assureur cherchant à obtenir une déclaration l'exonérant de toute obligation d'indemnisation d'un dommage causé à certaines marchandises lors d'un transport maritime. La Cour fit droit à l'exception de for plus approprié invoquée par la compagnie d'assurance et débouta le preneur d'assurance qui cherchait à obtenir compensation. Dans son analyse des facteurs d'intérêt public, la Cour pris soin de noter que « l'économie de procédures sera mieux servie si l'espèce est jugée en Belgique, où les tribunaux sont saisis d'une demande formulée par l'assureur ; en accordant le stay, [...] on évitera une multiplication inutile de l'administration de la preuve et un gaspillage des ressources de l'appareil judiciaire ».<sup>2492</sup>

En l'espèce, ce facteur n'a pas été à lui seul déterminant ; il est venu renforcer la présomption en faveur du tribunal belge, que les autres éléments de la cause désignaient comme étant le for approprié.<sup>2493</sup> D'autres tribunaux ont également évoqué l'existence d'un conflit de procédures dans leur appréciation du caractère approprié des fors, le plus

<sup>2489</sup> Encore une fois, ceci s'explique puisqu'aucune des décisions de principe de la Cour ne mettait en jeu un conflit avéré de procédures. De plus on a vu que le droit américain possédait un jeu varié de règles visant spécifiquement cette question.

<sup>2490</sup> *Spiliada Maritime v Cansulex*, [1987] AC 411, 465 : « the factors which the court is entitled to take into account in considering whether one forum is more appropriate are legion. The authorities do not, perhaps cannot, give guidance as to how these factors are to be weighed in any particular case ».

<sup>2491</sup> *Gulf Oil v Gilbert*, 330 U.S. 501, 508 (1947) « Wisely, it has not been attempted to catalogue the circumstances which will justify or require either grant or denial of remedy. The doctrine leaves much to the discretion of the court to which the plaintiff resorts » et « If the combination and weight of factors are difficult to forecast or state, those to be considered are not difficult to name ». V. également *Van Cauwenberghe v Bariel*, 486 U.S. 517, 528 (1988) (« [the] list of consideration to be balanced is by no means exhaustive, and some factors may not be relevant in the context of a particular case »).

<sup>2492</sup> *Cavalo Growers of California v Generali Belgium et al.*, 632 F.2d 963, 967-968 (2d Cir. 1980) : « [...] judicial efficiency will be served by trying this case in Belgium, where the underwriters' action is already in progress; by dismissing this suit [...] needless duplication of proof and waste of judicial resources will be avoided ».

<sup>2493</sup> A savoir l'application du droit belge, la majorité des témoins et des parties en Belgique, le contrat conclu et négocié en Belgique.

souvent au titre de facteur d'intérêt public, à savoir le souci de garantir l'économie de procédures, qu'une consolidation des deux procédures permettrait d'atteindre.<sup>2494</sup>

Il reste que l'influence du conflit de procédures dans l'application de la doctrine du *forum non conveniens* aux Etats-Unis reste discrète et indirecte. Non seulement le rôle de la concurrence de procédures n'a pas été codifié par la jurisprudence, au contraire de ce qui s'est passé en droit anglais. Si ce facteur intervient, ce sera dès lors seulement de manière *indirecte*, au détour d'un autre facteur comme celui de l'économie de procédures ou encore celui de la disponibilité des témoins.<sup>2495</sup> En outre, tout comme en droit anglais, ce facteur ne sera pas à lui seul déterminant. Il ne jouera un rôle que lorsque le for étranger est en soi plus approprié, la concurrence de procédures renforçant alors la présomption en faveur de l'exception.

On peut conclure, avec Mlle. Chalas, que « [s]i le [forum non conveniens] reste disponible [en cas de conflit de procédures] et constitue par nature un moyen de mettre un terme au conflit en permettant à la justice du for de renoncer à se réaliser, l'existence d'un conflit de procédures n'exerce à cet égard qu'une faible influence sur l'appréciation du juge ».<sup>2496</sup>

**551. For approprié et procédures concurrentes, la version américaine (suite) -**  
La version américaine du *forum non conveniens* se montre certainement plus indifférente au

<sup>2494</sup> P. ex. *Ludgate Insurance Co Ltd. v B. Frederik et al.*, 906 F. Supp. 1233, 1238 (D.C. N.D. Ill 1995) (procédures concurrentes en Angleterre et aux Etats-Unis opposant l'acheteur et le vendeur d'une société ; le tribunal note que « When an action can be consolidated efficiently with pending litigation in an alternative forum, dismissal for forum non conveniens is favored ». Et la Cour d'ajouter que « The purpose of favoring dismissal when consolidation in a foreign forum is possible, is to promote the efficiency of the courts and to save judicial and litigation resources » (906 F. Supp. 1233, 1239). En l'espèce toutefois le tribunal rejeta l'exception en raison de la différence trop marquée entre les procédures que pour justifier un dessaisissement, qui ne servirait pas l'économie de procédures : « Little if anything would be saved if the English action and the one before us were brought together in a single jurisdiction » ; *Barco Norrines Ltd. et al. v Iroquois Brand Ltd.*, 748 F. Supp. 1070, 1076 (D. Del. 1990) (litige faisant suite à la vente d'une société, trois des actionnaires intentent un procès en Angleterre pour récupérer le prix de vente ; cette première procédure est suivie d'une autre aux Etats-Unis ; les défendeurs invoquent l'exception de for inapproprié. Le tribunal considère la concurrence de procédures lorsqu'il examine les facteurs d'intérêt public et en particulier « any other burdens imposed on the forum ». Il note que « hearing this case in Delaware would result in this court repeating many of the steps that are being conducted in England in the other litigation arising out of these eight contracts [...]. The Defendant will raise the same defense in each case. Many of the witnesses in each case will be identical. Much of the evidence presented in each case will be the same. It is a waste of judicial resources to require two courts to attend to this matter when there is a chance that the cases could be consolidated in England. This factors weighs in favor of dismissing the case so that it may be pursued in England ». Le tribunal fit droit à l'exception) ; *K. R. Jayaraman v Salomon Inc.*, 1991 WL 61071, 1991 U.S. Dist. Lexis 4205 (S.D.N.Y. 3 avril 1991) (procédure concurrente en Malaisie, le tribunal new-yorkais fait droit à l'exception de for plus approprié après avoir constaté que le tribunal malais est mieux placé pour connaître de la cause. Il note que « the similarities in the claims and the identity of certain important evidence provides an indication that the Malaysian courts is a convenient forum to try the issues ») ; *Mahmoud Fustak v Banque Populaire Suisse et al.*, 546 F. Supp. 506, 512-513 (S.D.N.Y. 1982) (procédures concurrentes en Suisse et aux Etats-Unis à l'occasion d'allégations de fraude dans le chef de la banque lors de la gestion de sommes appartenant au demandeur. Examinant l'exception de for plus approprié, le tribunal note que « Since [...] the pending action in the Swiss court is available to afford full relief to the plaintiff upon all the claims here advanced, the simultaneous maintenance of this action would result in needless duplication and an utter waste of judicial resources, and would unnecessarily delay litigants [...] »).

<sup>2495</sup> P. ex. *Barco Norrines Ltd. et al. v Iroquois Brand Ltd.*, 748 F. Supp. 1070, 1076 (D. Del. 1990) (le tribunal note que l'existence d'une procédure concurrente en Angleterre compliquera l'administration de la preuve, et en particulier l'audition des témoins qui seront doublement sollicités : « The Defendant is involved in two other pieces of litigation [...] Several of the Defendant's witnesses will probably be the same in each case. Requiring these key witnesses to fly between London and Delaware to testify and prepare for litigation occurring simultaneously in two for a is a burden which might hamper the Defendant's ability to prepare its case »).

<sup>2496</sup> CH. CHALAS, 315-316, n° 349. V. aussi L. E. TEITZ, *lc, Int'l Lawyer*, 1992, 36, qui évoque les « limitations of the doctrine of forum non conveniens » dans ce contexte.

conflit de procédure que la version anglaise.<sup>2497</sup> Cette indifférence se manifeste de la façon la plus spectaculaire dans une certaine jurisprudence qui, confrontée à un conflit de procédures, tente d'isoler le for le plus approprié sans tenir *aucunement* compte de l'existence d'une procédure devant un juge étranger. Dans certaines décisions, l'incidence du conflit de procédures n'est en effet tout simplement pas évoquée, le tribunal en faisant abstraction dans son analyse du for approprié.

C'est ainsi qu'un tribunal californien devait trancher un litige opposant des joueurs de base ball d'une équipe de la République dominicaine au propriétaire du Club.<sup>2498</sup> En l'espèce, les joueurs s'étaient d'abord adressés aux juges de leur pays avant de porter leur demande devant le tribunal californien. Le propriétaire leur opposa l'exception de for inapproprié, qui fut acceptée par le tribunal. Celui-ci débuta son analyse par la constatation que les tribunaux dominicains constituaient un for alternatif disponible.<sup>2499</sup> Dans la suite de l'analyse, l'existence d'une procédure concurrente fut toutefois passée sous silence. Elle ne fut pas évoquée, ni en faveur du 'stay', ni pour le rejeter. Le tribunal se montra tout simplement *indifférent* à la concurrence de procédures, préférant examiner séparément le caractère approprié de chaque for.

D'autres décisions affichent la même indifférence à l'égard du conflit de procédures.<sup>2500</sup> Un tribunal ira même jusqu'à refuser explicitement de tenir compte de l'existence d'une procédure concurrente pendante en France, en constatant qu'il n'existait « aucun précédent » qui l'obligeait à tenir compte de cette circonstance.<sup>2501</sup>

<sup>2497</sup> L'existence d'une procédure concurrente est parfois prise en compte par les tribunaux américains non pas pour déterminer le caractère approprié des fors, mais bien pour s'assurer qu'il existe bien un for alternatif, condition préalable de l'application de la doctrine. V. par exemple *Banco Norinnes Ltd. et al. v Iroquois Brand Ltd.*, 748 F. Supp. 1070, 1073 (« The High Court of Justice is capable of hearing this case ; it already has two actions before it arising from four of the other contracts involved in this transaction » dans le cadre de l'analyse de l'availability of the alternative forum) et *Mahmoud Frisak v Banque Populaire Suisse et al.*, 546 F. Supp. 506, 509 (S.D.N.Y. 1992) (procédures en Suisse et aux Etats-Unis, le tribunal constate que "[...] not only is an alternative forum available, but there is presently pending an action in the courts of Geneva which encompasses the major claims that plaintiff asserts in this action").

<sup>2498</sup> *Yarn Carlos Ravelo Monrogo et al. v Luis Rosa et al.*, 1998 U.S. Dist LEXIS 13556 (N.D. Cal. 27 août 1998).

<sup>2499</sup> « The plaintiffs have already sued Rosa and the Giants in the Dominican Republic, and the defendants have appeared in those proceedings, so the Court begins with a presumption that the Dominican Republic is an adequate alternative ».

<sup>2500</sup> P. ex. C. *Frank Rexcis et al. v Gulf Oil Corp. et al.*, 85 F.R.D. 666 (D.C. Delaware 1980) (procédure concurrente au Venezuela, l'exception de for plus approprié est rejetée, sans que la Cour ne dise mot de l'existence d'une procédure concurrente) ; *Calabrian Co., Inc. v Bangkok Bank, Ltd.*, 55 F.R.D. 82 (S.D.N.Y. 1982) (procédure concurrente devant les juridictions thaïlandaises, instituée par le même demandeur ; dans son examen de l'exception du for plus approprié, qui est rejetée, la Cour ne se préoccupe pas du tout du parallélisme de procédures) ; *Gibbons v Udaras na Gaeltachta*, 549 F. Supp. 1094 (S.D.N.Y. 1982) (litige né de l'inexécution par une agence gouvernementale irlandaise d'une aide promise pour financer un investissement en Irlande, la demande de dessaisissement fondée sur le forum non conveniens est rejetée sans que la Cour ait égard à la procédure concurrente en Irlande) ; *Spyridon Catapodis v Aristotle S. Orassis*, 2 Misc. 2d 234 ; 151 N.Y.S. 2d 39 (Supreme Court NY 1956) (demande de dessaisissement au profit d'une procédure française accordée par la Cour qui décide que le tribunal français constitue le for approprié de la cause. Dans son analyse du caractère approprié des fors, la Cour ne prend pas une seule fois en compte le fait qu'une procédure parallèle est déjà pendante devant le juge français) ; *Everett/Charles Contact Products v Gentec SARL*, 692 F. Supp. 83 (DRI 1988) (procédure concurrente en France à la suite de la rupture d'un contrat de distribution exclusive, le tribunal ignore l'existence d'une action concurrente devant le juge français et va même jusqu'à douter qu'il existe un for alternatif disponible !) ; *Cliffs-Neckbrill Turnken Intl - Oranjestad v Rich Ocean Tankers SA (The Rich Duke)*, 734 F. Supp. 142 (D.C. Del. 1990) (procédures concurrentes aux Pays-Bas et aux Etats-Unis suite à une collision de navire, le tribunal rejete l'exception de for plus approprié, sans dire un mot dans son analyse de l'existence d'une procédure concurrente).

<sup>2501</sup> *American Cyanamid Corp. et al. v Picaso-Arvalt et al.*, 741 F. Supp. 1150, 115, note 3 (D.N.J. 1990) (litige né suite à la rupture d'un contrat de distribution exclusive, le tribunal rejete l'exception de for inapproprié invoquée à l'encontre de la procédure américaine commencée 3 jours à peine après que le tribunal français ait été saisi. Le tribunal ne tient aucunement compte de l'existence d'une procédure concurrente. Les défendeurs soutenaient que

552. **For approprié et procédures concurrentes, la version américaine (suite)** - L'indifférence relative d'une partie de la jurisprudence américaine face aux conflits de procédure, qui est d'ailleurs parfois explicitement défendue par les commentateurs,<sup>2502</sup> s'explique sans doute en partie par l'absence de toute directive de la Cour Suprême sur le poids à accorder à cette circonstance.

Elle traduit également la conviction que la détermination du for approprié ne doit pas dépendre d'une circonstance *extérieure* au litige, mais reposer uniquement sur les liens unissant chaque for au litige.<sup>2503</sup> Il est vrai que l'existence d'un conflit de procédures se distingue des autres éléments sur lesquels repose l'appréciation du juge, puisque cette circonstance n'invite pas à un examen des qualités et titres de chaque for considéré séparément. La concurrence de procédures touche aux relations *entre* les deux fors et non pas à la question de la meilleure localisation du litige.

A dire vrai, tenir compte de la concurrence de procédures aboutit à transformer le concept même de 'for plus approprié' : il ne s'agit plus seulement d'éviter de laisser la procédure se poursuivre dans un for 'inapproprié', mais bien de prendre en compte l'*inconvenience* qui résulte de la poursuite de deux procédures concurrentes. On en arrive ainsi à une nouvelle acceptation du concept d'*inconvenience*.<sup>2504</sup>

L'expérience américaine illustre fort bien la différence d'objectifs qui séparent le *forum non conveniens* et la déférence. A la limite, le premier peut faire pleinement abstraction du second. Il ne visera alors qu'à garantir la saisine du for le plus approprié, en examinant les seules qualités des fors en présence.

Si la version anglaise du *forum non conveniens* tolère une mesure de 'litispendance' en son sein, c'est uniquement parce que les tribunaux sont conscients que l'existence d'une procédure concurrente peut contribuer à faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre – et nullement par souci d'en faire une considération primordiale, au point qu'elle éclipse la recherche du for le plus approprié. La résolution des conflits de procédures est en réalité une tâche 'annexe' assignée au *forum non conveniens*, sans doute par facilité. Partant, on peut se demander si l'exception de for inapproprié peut satisfaire l'objectif de résolution des conflits de procédures que nous nous sommes fixés.

A la lumière de ces explications, les commentaires de MM *North et Farwell* prennent tout leur sens, qui expliquaient qu'en cas de conflit de procédures, le juge anglais saisi d'une exception de for inapproprié ne détermine pas simplement à quel for le demandeur devra s'adresser ; il peut au contraire décider soit de laisser les deux procédures se poursuivre

---

cette circonstance était pertinente, le juge répondit qu'ils « have cited no authority for this proposition and indeed, the case law appears to admit to no such exception »).

<sup>2502</sup> M. *Georges* explique par exemple que la charge de la preuve reposant sur le défendeur doit être la même, que le tribunal concurrent ait ou non été saisi (J. P. *Georges*, "Parallel Litigation", *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 944). Il écrit que "When using [the forum non conveniens] in a parallel litigation setting, as opposed to one in which no other lawsuit has been filed, there should be no difference in the argument or analysis. The movant should bear the same burden of persuasion in both instances, and it should be understood that the mere fact of having a parallel case does not compel the dismissal of other cases. The court must apply just as strict an analysis under *Gilbert* as it would in the absence of a pending parallel case".

<sup>2503</sup> MM. *Briggs et Rees* expliquent ainsi que « At first sight it may be wrong that factors beyond the actual dispute between parties may affect the decision of where it is most appropriate for it to be tried" (1997, 198-199). Ces auteurs s'empressent toutefois de noter que la jurisprudence anglaise prescrit d'en tenir compte.

<sup>2504</sup> M. *Bermann* faisait la distinction entre les deux acceptations de l'*inconvenience* : "The Use of Anti-Suit Injunction in International Litigation", *Col. J. Trans.L.*, 1990, (589), 629.



concurrentement lorsqu'il refuse le stay, ou ne laisser subsister que la procédure étrangère, lorsqu'il accorde le stay.<sup>2505</sup> Certes, cette limitation n'est pas propre au *forum non conveniens*. On peut en dire autant de la règle de litispendance : si le juge saisi de l'exception constate qu'il a été premier saisi, il refusera de faire droit au déclinatoire et laissera ainsi subsister le conflit. En réalité, dans les deux cas, tout dépendra de l'attitude adoptée par le tribunal concurrent. Il n'y aurait plus lieu de reprocher au *forum non conveniens* un mélange des genres si toutes les juridictions venaient à adopter une technique similaire de résolution des conflits de procédures.<sup>2506</sup> En effet, lorsque les deux Etats concernés font du *forum non conveniens* la solution des procédures concurrentes, le conflit de procédures se résoudra nécessairement, puisque l'un des tribunaux conclura que le litige appartient à la sphère naturelle de l'autre. On ne pourrait plus alors parler de limitation ; toutes les procédures concurrentes pourraient trouver une solution grâce au *forum non conveniens*. On va voir que cette vision pêche par manque de nuances.

**553. Absence de pouvoir discriminant du concept de 'for naturel'** - Pour qu'une règle permette de départager deux tribunaux saisis concurrentement, encore faut-il qu'elle indique de façon précise à quelle juridiction revient la priorité. C'est sans doute le grand avantage de la priorité de saisine que de ne laisser que peu de doute sur cette question, à la manière d'une guillotine. On ne peut pas en dire autant du *forum non conveniens*. Cette doctrine accuse en effet un manque certain de pouvoir discriminant qui contribue à faire peser un doute sur sa capacité à résoudre les conflits de compétence.

Pour comprendre ce défaut, il faut se rappeler la question que se pose le juge saisi d'une exception de for inapproprié. Selon la formulation classique, il doit examiner s'il est établi qu'il existe un autre tribunal qui est clairement et distinctement plus approprié pour trancher le litige. Il ne s'agit pas de savoir si un autre tribunal est sensiblement plus adéquat ou encore si le for est particulièrement mal placé.<sup>2507</sup> Le seuil à atteindre pour justifier l'accueil de l'exception se rapporte uniquement à l'existence d'une supériorité manifeste de la qualité de compétence revendiquée par le juge étranger. La formule révèle bien qu'il s'agit par essence d'une exception, d'une *clause de correction* appelée à jouer uniquement dans les situations, que l'on espère fort rares, dans lesquelles les règles de compétence n'ont pas pu garantir la saisine d'un juge proche du litige et des parties.

Or dans de nombreux cas - on hésite à écrire dans la majorité des espèces - les deux juges saisis concurrentement, pourront légitimement revendiquer compétence sur le litige sans qu'il soit possible d'accuser l'un ou l'autre d'usurper la compétence de l'autre. Partant, et même si ces deux juges étaient saisi d'une exception de for inapproprié, il n'est pas certain que l'un se dessaisisse au profit de l'autre et mette ainsi fin au conflit de procédures. On pense par exemple à un litige opposant deux époux belges, chacun demandant le divorce aux torts de l'autre, l'époux devant les tribunaux congolais où le

<sup>2505</sup> CHESHIRE et NORTH, 1999, 347. Le législateur a d'ailleurs consacré la suprématie de la doctrine du for approprié, en l'élevant au rang de mécanisme de solutions des conflits de procédures dans le contentieux familial. Outre le *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* de 1973 déjà cité, sur lequel v. *Thyssen-Bornemisza v Thyssen-Bornemisza*, [1986] 1 Fam. 1 ; [1985] 1 All ER 328, v. aussi la section 16 du *Matrimonial and Family Proceedings Act* de 1984 (sur cette disposition Cheshire et North, 1999, 848 et *Holms v Holms*, [1989] Fam 47 ; [1989] 3 All ER 786 (CA) et, en matière de garde d'enfants, la section 5(2)(b) du *Family Law Act* de 1986, sur lequel Cheshire et North, 1999, 863-864 et *Hill v Hill*, (1990) S.C.L.R. 238 (Outer House).

<sup>2506</sup> C'est d'ailleurs le vœux exprimé par la Chambre des Lords in *Airbus Industrie GIE v Jaisukh Arjun Bhai Patel and others*, [1998] 2 All.E.R. 257, 263.

<sup>2507</sup> Condition expressément rejetée en droit anglais, même si elle constitue la conséquence logique de la constatation que le tribunal étranger est manifestement plus approprié. *Infra*, n°561 sur le droit australien, différent sur ce point.

couple a vécu maritalement pendant 20 ans, l'épouse devant les tribunaux belges où elle est revenue habiter depuis 5 ans. Pourra-t-on dire dans ce cas que le tribunal belge ou au contraire le tribunal congolais possède un titre plus grand à statuer sur le litige ? Il nous semble difficile de trancher de manière catégorique dans un sens ou dans l'autre. Certes des arguments valables pourraient être avancés pour démontrer que l'un ou l'autre tribunal est moins inadéquat que l'autre. On peut toutefois douter qu'il soit possible de convaincre que l'un des tribunaux puisse prétendre au titre *exclusif* de juge naturel. Pourtant, en cas de procédures concurrentes, il faudra bien trancher !<sup>2508</sup>

**554. Absence de pouvoir discriminant du concept de 'for naturel' (suite)** - Les limites du concept de 'for naturel' sont bien connues. La jurisprudence a d'ailleurs depuis longtemps reconnu que dans certains cas, il sera impossible de départager les deux fors dont le défendeur prétend que l'un est plus approprié que l'autre. Déjà dans l'affaire *Spiliada*, le juge Goff avait expliqué que dans certaines instances « aucune juridiction en particulier ne peut être décrite comme le for naturel de la cause. Ceci est en particulier susceptible de se produire dans les litiges commerciaux, dans lesquels des éléments peuvent rattacher le litige à une pluralité de juridictions différentes [...] ou dans les affaires maritimes, en cas de collisions de navires en haute mer ». <sup>2509</sup>

Cette observation a trouvé écho auprès de la Cour Suprême du Canada. Dans l'affaire *Amchem*, le juge Sopinka a en effet fait œuvre de modestie en reconnaissant qu'au vu de l'internationalisation croissante des opérations internationales, « il est devenu plus difficile d'identifier le for manifestement plus approprié pour ce type de litige ». <sup>2510</sup> Et le juge d'ajouter que « fréquemment, il n'y aura pas un seul for qui est manifestement le plus approprié ou le plus adéquat pour statuer sur le litige, mais bien plusieurs qui constituent tous également des alternatives adéquates ». <sup>2511</sup>

La jurisprudence s'est trouvée confrontée à cette limitation de la doctrine, qui a dû reconnaître dans certaines affaires qu'aucun des fors en présence ne pouvait revendiquer le titre exclusif de for naturel. Ainsi dans un litige opposant les armateurs de deux navires entrés en collision dans les eaux danoises, le juge anglais saisi d'une demande de compensation a avoué sa perplexité face à l'exception de for inapproprié invoquée par l'autre armateur. <sup>2512</sup> Il expliqua que « lorsqu'une collision entre deux navires de nationalités différentes survient dans les eaux internationales, il ne doit pas être rare

<sup>2508</sup> Les difficultés de départager deux fors sur base du seul critère du for approprié ont incité un commentateur à proposer, dans le cadre des négociations de La Haye, de prévoir un mécanisme inspiré de l'arbitrage pour résoudre d'éventuelles contestations sur l'identification du forum conveniens : H. Smit, in A. LOWENFELD et L. J. SILBERMAN, *The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments*, Yonkers, Juris Publishing, 2001, 98.

<sup>2509</sup> “[...] there are cases where no particular forum can be described as the natural forum for the trial of the action. Such cases are particularly likely to occur in commercial disputes, where there can be pointers to a number of different jurisdictions [...] or in Admiralty, in the case of collisions on the high seas” (*Spiliada Maritime v Cansulex Ltd.*, [1986] 3 All ER 843, 855 (HL)). Et Lord Goff de faire référence à titre d'exemple à l'affaire *European Asian Bank AG v Punjab and Sind Bank*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 356. Dans cette affaire, et bien que la compétence du juge anglais, saisi en raison de la présence en Angleterre d'une succursale du défendeur, était plus que fortuite, l'exception de for inapproprié fut repoussée, ni les tribunaux indiens, ni les tribunaux de Singapour ne pouvant être considérés comme clairement plus appropriés que le tribunal anglais.

<sup>2510</sup> *Amchem Products, Inc. et al. v Workers' Compensation Board et al.*, [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, 104-105 : “it has become more difficult to identify one clearly appropriate forum for this type of litigation”.

<sup>2511</sup> “Frequently there is no single forum that is clearly the most convenient or appropriate for the trial of the action but rather several which are equally suitable alternatives [...] there will be cases in which the best that can be achieved is to select an appropriate forum. Often there is no one forum that is clearly more appropriate than other”.

<sup>2512</sup> *The Coral Isis*, [1986] Lloyd's Rep. 413.

qu'aucun tribunal ne puisse à juste titre être désigné comme 'le for naturel' ou même 'un for naturel'. Et le juge de poursuivre en notant que « les raisons d'une telle constatation sont évidentes. Les deux navires peuvent être enregistrés dans des pays différents ; leurs propriétaires ou utilisateurs peuvent être des sociétés établies dans d'autres pays ; le capitaine et l'équipage peuvent être des ressortissants de pays encore différents ; après la collision, les navires peuvent être amenés pour réparation dans des chantiers situés dans d'autres pays et y rester jusqu'à ce que survienne un moment approprié pour les faire saisir et engager une procédure ». <sup>2513</sup> La Cour conclut que les tribunaux anglais et les tribunaux néerlandais saisis concurremment constituaient des fors appropriés, sans que l'un d'eux puisse revendiquer le titre de for naturel. <sup>2514</sup>

**555. Absence de pouvoir discriminant du concept de 'for naturel' (suite) -** Au vrai, personne ne conteste les limites du concept de for naturel. Les commentateurs les plus avertis s'accordent ainsi pour reconnaître que dans certains cas, il ne sera pas possible de départager deux fors concurrents sur cette seule base. <sup>2515</sup>

La relativité du concept de for naturel qui fonde le *forum non conveniens* est à rapprocher des limites du concept de 'lien plus étroit' dans le conflit de lois. On accepte en effet qu'il existe des situations dites 'plurilocalisées', qu'il est artificiel de vouloir rattacher à tout prix à l'une ou l'autre juridiction. <sup>2516</sup> Les limites du for naturel ne portent pas à conséquence dans l'application classique du *forum non conveniens* comme clause de correction des règles de compétence. Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer quel est le for naturel, la clause de correction n'a pas lieu d'être puisque les deux fors sont également appropriés - ou du moins que l'on ne doit pas craindre que le litige sera soumis à un for totalement inapproprié. Le *forum non conveniens* garde toute son utilité comme

<sup>2513</sup> "It must frequently happen that when [a collision in international waters between two ships of different nationality] occurred, no court can properly be described as 'the natural forum' or even 'a natural forum'. The reasons are self-evident. The two ships may be registered in different countries; their owners or managers may be companies incorporated in yet other countries; the master and the crew may be nationals of still different countries; after the collision, the ships may go into repair yards in other countries and remain there until there comes a convenient moment to arrest them and thereby institute proceedings in rem" : [1986] Lloyd's Rep. 413

<sup>2514</sup> "This court is an appropriate forum for the determination of the dispute between the parties. The Dutch court exercising jurisdiction is an equally appropriate forum. But neither court can claim to be 'a natural forum'" : [1986] Lloyd's Rep. 413. V. aussi *Barclays Bank plc v Homan et al.*, [1993] BCLC 680, [1992] 757 (les suites de la faillite de l'empire Maxwell, le juge conclut qu'il n'y a pas un for plus approprié : « it cannot sensibly be suggested that any one forum is the natural forum, that is, the forum in which exclusively proceedings should be brought"); *Finova Capital Corp. v Ryan Helicopters USA Inc. et al.*, 1999 U.S. App. Lexis 14161 (7<sup>th</sup> Cir. 25 juin 1999) (La Cour refuse d'accorder la priorité à l'un des deux fors, elle refuse de tenir compte du caractère approprié des deux fors dans le cadre de l'abstention internationale parce que « the underlying dispute is clearly connected to both forums »); *Gibbons v Udara na Gaeltachta*, 549 F. Supp. 1094, 1123 (S.D.N.Y. 1982) (concurrence entre l'Irlande et les Etats-Unis, la Cour conclut que « In truth, actions of this variety are hugely inconvenient for everyone associated with them, no matter where they are tried"); *Pirelli Cables Ltd. et al. v United Thai Shipping Corp. Ltd.*, [2000] 1 Lloyd's Rep. 663 (dommage causé à la marchandise lors d'un transport par navire, le tribunal anglais accorde un 'stay' pour donner suite à une clause d'élection de for en faveur des tribunaux de Thaïlande, les juges expliquent que « the evidence as to which of the two countries was the more appropriate forum for a trial was evenly balanced ; the claimant had not shown a strong cause for not granting a stay where there was an exclusive jurisdiction clause ; at most they had shown that England might be a little more convenient »); *Spar Aérospatiale Ltd. v American Mobile Satellite Corp.*, C.S. Montréal 500-05-041421-981, 10 avril 1999, J.E. 99-2060 (la Cour rejete l'exception de *forum non conveniens* invoquée en faveur des tribunaux américains, en notant que le litige "pourrait tout aussi bien être entendu en Californie, en Pennsylvanie, en Virginie ou dans l'Etat de New York ou en Ontario » et que « La majorité des témoins devra parcourir une distance équivalente peu importe dans laquelle des cinq juridictions le litige est entendu »).

<sup>2515</sup> V. A. BRIGGS et P. REES, 1997, 196, n° 4.10 : "[I]t is clear that there may be cases in which there is no natural forum; no forum which is clearly or distinctly more appropriate than England. In an international commercial dispute, it may well be that there are points of contact with a number of possible fora, but that no one of them can be said to be 'clearly or distinctly more appropriate than England'". V. aussi W. HAU, 228.

<sup>2516</sup> Question déjà évoquée *supra*, n° 109.

élément de correction pour les cas où la règle de compétence a effectivement conduit à la saisine d'un juge dénué de tout lien avec la cause. Il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit de trancher entre deux fors déjà saisis – et non pas seulement potentiellement saisis. L'existence d'une concurrence avérée de procédures nécessite de pouvoir faire appel à une réponse claire. Or la netteté n'est pas le fort du *forum non conveniens*

Certes, on ne peut dénier tout pouvoir discriminant au concept de for naturel. Dans nombre de cas, il sera possible de dire que tel for est effectivement le 'siège naturel' de la cause. Tout dépendra en réalité du contexte, et surtout des règles de compétence en vigueur. Si ces règles sont très larges, par exemple parce qu'elles se fondent uniquement sur la nationalité des parties, elles appelleront souvent une correction. Par contre, si les Etats concernés se sont mis d'accord sur un ensemble de règles suffisamment précises, visant des litiges particuliers pour lesquels des critères de rattachement spéciaux ont été sélectionnés, il faudra moins craindre que le juge désigné par telle ou telle règle s'avère totalement inapproprié. C'est d'ailleurs en appelant au caractère raisonnable de la plupart des règles de compétence en vigueur au sein de l'espace judiciaire européen que l'on a pu justifier, sans doute un peu vite,<sup>2517</sup> l'absence de clause de correction de ce système.<sup>2518</sup> Si jamais les Etats européens devaient dès lors nuancer les règles de compétence de la Convention de Bruxelles par le biais d'une clause de correction inspirée du *forum non conveniens*, celle-ci serait tout à fait insatisfaisante pour départager les fors concurrents. Une exception de déférence toute entière fondée sur le concept de for plus approprié ne permettra pas dans tous les cas de privilégier à coup sûr le for du défendeur sur celui du fait dommageable, ou encore le for du lieu de livraison sur celui du défendeur. Elle manquerait dès lors à la mission première de résolution des conflits de procédures.

**556. Une exception de for approprié radicalement discriminante ?** - La faillite de la version classique du *forum non conveniens*, faillite qui ne préjuge pas de sa légitimité comme correctif des règles de compétence, ne doit pas seulement être nuancée en la rapportant à la nature des règles de compétence en présence. Son pouvoir limité de discrimination tient également à sa formulation. On a rappelé que dans la version anglaise, l'exception visait le for manifestement plus approprié. Pour assurer une plus grande discrimination des procédures, on pourrait envisager une acceptation radicale du *forum non conveniens*, selon laquelle le for saisi devrait faire droit à l'exception dès lors qu'un autre tribunal est un tant soi peu plus approprié, et ce même s'il peut lui-même revendiquer un lien raisonnable avec la cause ou les parties. Partant, l'exception de for inapproprié verrait son seuil d'acceptation radicalement diminué, pour être d'application à la moindre différence entre les titres respectifs des fors concurrents.

Une telle acceptation extrême n'a toutefois cours dans aucun pays de *common law*. Au contraire, on constate que certaines jurisprudences demeurent réticentes au *forum non conveniens* dont elles privilégient une version réduite. C'est le cas en Australie, où l'exception ne permettra au juge de se dessaisir que s'il est lui-même manifestement

<sup>2517</sup> Il faut bien sur rester modeste. L'humilité force à reconnaître qu'il n'est pas de perfection, même pas dans les règles de compétence. La pratique a montré que mêmes les règles de compétence en vigueur au sein de l'espace judiciaire européen pouvaient conduire à des résultats désastreux. Toute la question est alors de savoir si les avantages qu'apporterait la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation aux tribunaux, notamment en termes de meilleure localisation des litiges, sont de nature à justifier le risque d'insécurité juridique et de perte de temps qu'une telle appréciation discrétionnaire ne manquerait pas d'apporter. Il n'est pas de place dans ce débat pour les réponses générales, par essence réductrices. Nous renvoyons dès lors aux études spécialisées, et notamment les recherches très abouties, et complémentaires sur bien des points, de CH. CHALAS et de A. NUYTS, précitées.

<sup>2518</sup> V. les auteurs cités par CH. CHALAS, 368, n° 403.

inapproprié et que le tribunal étranger est au contraire le juge naturel de la cause (*infra*, n° 561). Dans cette conception, la différence de légitimité entre les deux fors doit se révéler très importante pour justifier le dessaisissement. Une simple différence de degré dans le caractère approprié des fors ne suffira pas pour justifier la déférence. Or c'est précisément dans ce type de situation que le *forum non conveniens* montre ses limites. Il en va d'autant plus ainsi lorsque la jurisprudence ne s'est pas départie d'une présomption, d'intensité variable, en faveur du choix du demandeur, comme c'est le cas aux États-Unis.<sup>2519</sup> Partant les deux fors ne sont pas mis sur un pied d'égalité. Dans ce cas, il est illusoire de penser que l'exception de for inapproprié peut faire office de règle de partage entre deux fors.<sup>2520</sup>

**557. Une exception de for approprié radicalement discriminante ? (suite) – l'affaire *Oceanic Sun* -** L'affaire *Oceanic Sun* soumise à la Haute Cour australienne illustre bien la diversité des formulations du *forum non conveniens* et leur influence sur le sort éventuel d'une demande concurrente.<sup>2521</sup> En l'espèce, un citoyen australien s'était offert une croisière autour de la Grèce. L'homme fut victime d'un accident pendant la traversée, qui nécessita une hospitalisation en Grèce et diverses interventions chirurgicales une fois de retour en Australie. Une fois ses forces revenues, le voyageur engagea une action devant les tribunaux australiens pour obtenir compensation du dommage subi. L'armateur ne manqua pas d'invoquer le caractère à ses yeux inapproprié du for australien pour fonder une exception de *forum non conveniens*.<sup>2522</sup> L'exception fut rejetée, ce qui confirma, pour un temps au moins, la position pour le moins restrictive des tribunaux australiens à l'égard du *forum non conveniens*. Les juges ne purent cependant s'accorder sur le fondement de leur décision. Les différentes opinions qu'ils ont émises à cette occasion se lisent comme autant de versions possibles du *forum non conveniens*. Elles permettent d'apercevoir les limites de cette doctrine dans le rôle annexe dont on l'a affublé, celui de départager les fors concurrents.

Le Chief Justice Brennan s'en tint à une version extrêmement restrictive du 'stay', telle que développée dans l'arrêt *Saint Pierre* déjà évoqué. Le juge australien ne devait dans cette conception se dessaisir que pour autant que sa saisine constitue une manœuvre abusive. Il n'est pas besoin de revenir sur les limites de cette conception (*supra*, n° 415). Deux autres juges proposèrent au contraire un élargissement du test, comparable au résultat auquel la Chambre des Lords avait abouti dans l'affaire *The Atlantic Star* (*supra*, n° 422). Ce faisant, le demandeur sur l'exception devait convaincre le juge australien qu'il constituait un for clairement inapproprié pour connaître de la cause, auquel cas l'action serait selon les juges abusive et vexatoire, et justifierait un dessaisissement. Appliquée aux conflits de procédures, cette formule intermédiaire signifie que les conflits persisteront

<sup>2519</sup> V. surtout l'arrêt *Piper Aircraft Co. v Reyno*, 454 U.S. 235, 256 (1981) et les critiques de CH. CHALAS, 299-302.

<sup>2520</sup> Sans oublier que le caractère plus ou moins approprié d'un for n'est pas une donnée fixe, l'évaluation peut se modifier en cours de procédure si les circonstances viennent à changer. Ainsi dans l'affaire *Lubbe v Cape*, Lord Bingham a-t-il expliqué que le litige soumis à la Chambre des Lords aurait dans un premier temps également pu être soumis aux juges anglais qu'aux juges sud-africains, chacune des deux questions soulevées présentant des attaches très fortes avec l'une des juridictions. En cours de procédure, un élément nouveau vint toutefois faire pencher la balance en faveur de l'Afrique du Sud, la question de la responsabilité de la maison-mère, qui concernait au premier chef l'Angleterre, passant au second plan ([2000] 2 Lloyd's Rep. 391).

<sup>2521</sup> *V. Oceanic Sun Line Shipping Co. Inc v Fay*, (1988) 62 ALJR 389 et les commentaires de M. PRYLES, "Judicial Darkness on the Oceanic Sun", A.L.R. 1988, 774 e.s.

<sup>2522</sup> Une autre exception d'incompétence fondée sur une clause d'élection de for en faveur des tribunaux grecs contenue dans le billet, fut rejetée par la Cour, le droit applicable réputant non écrites les clauses sur lesquelles l'attention du consommateur australien n'avait pas expressément été attirées. V. *supra* sur cette question, n° 123 e.s.

dès lors qu'aucun des fors n'est clairement inapproprié. Encore une fois, cette version de l'exception n'est donc pas convaincante.

Une minorité de juge proposa enfin de suivre l'exemple de la Chambre des Lords anglaise et d'adopter le test posé dans l'affaire *Spiliada*. En clair, il suffirait pour obtenir le dessaisissement de convaincre la Cour que les tribunaux grecs étaient clairement plus appropriés.<sup>2523</sup> Cette dernière version, la plus radicale, met en relief la difficulté d'ériger le *forum non conveniens* en mécanisme de résolution des conflits de procédures. S'il faut en effet qu'un des fors soit clairement plus approprié que l'autre pour qu'il l'emporte, on peut craindre qu'il soit des cas dans lesquels les deux fors restent concurrentement saisis.

Aucune des trois versions de la règle évoquées dans cette affaire ne permet donc de départager systématiquement les fors concurrents. On rejoint en quelque sorte la critique déjà formulée à l'encontre de la déférence fondée sur l'abus de procédure : dans les deux cas, seules certaines procédures concurrentes seront visées, à savoir celles qui sont engagées de manière manifestement abusives ou dans un for manifestement inapproprié. Cette option est tout à fait défendable. Elle pourrait par exemple s'inscrire dans le droit commun d'un Etat qui choisit d'autre part de ne pas accorder d'effet automatique aux décisions étrangères. Il est moins certain qu'elle puisse être adoptée au sein d'un espace judiciaire unifié fondé sur l'impératif de libre circulation des jugements.

On notera d'ailleurs qu'une formulation radicale du *forum non conveniens* telle que celle évoqué ici irait sans doute à l'encontre de la nature même du *forum non conveniens*, qui n'est pas de privilégier systématiquement le for le plus approprié, mais d'empêcher un for manifestement inapproprié de se prononcer. L'exception de for inapproprié constitue une *clause de correction* visant des cas exceptionnels et non une réflexion théorique sur les mérites respectifs des règles de compétence.

**558. Rejet du *forum non conveniens* comme mécanisme de résolution des conflits de procédures** - On a constaté et explicité les défauts de l'exception de for inapproprié comme règle visant à départager les instances concurrentes. Le *forum non conveniens* n'est pas une science exacte, comme l'a constaté Lord Bingham, qui expliquait dans l'affaire *Lubbe* qu'il s'agissait d'une matière « à propos de laquelle différents tribunaux peuvent aboutir à des conclusions différentes sans que l'une ou l'autre soit susceptible d'être remise en question ».<sup>2524</sup>

Il faut toutefois raison garder : sans qu'il soit possible de quantifier l'une ou l'autre catégorie, il sera bien sûr des cas dans lesquels le *forum non conveniens* permettra de désigner un et un seul for. Dans ce cas, le tribunal fait d'une pierre deux coups : non seulement il met fin au conflit de procédures, puisque le for réputé le moins approprié s'effacera.<sup>2525</sup> En outre, le partage se fera non pas de manière abstraite, mais en privilégiant une justice de proximité, en apportant une nuance appréciable à l'exercice d'une compétence qui se révèle, en l'espèce, trop peu discriminatoire. Lorsque toutes ces conditions sont réunies, le *forum non conveniens* constitue un instrument plus que satisfaisant de résolution des conflits de procédures. Il n'en sera toutefois pas toujours ainsi. Dans d'autres situations, elles aussi difficiles à quantifier, les deux fors concurrents camperont sur leur saisine,

<sup>2523</sup> Les juges Wilson et Toohey précisèrent d'ailleurs que selon eux, la question ne faisait pas de doute, les tribunaux grecs pouvant légitimement revendiquer le titre de for naturel de la cause.

<sup>2524</sup> "This is a field in which different conclusions can be reached by different tribunals, without either being susceptible to legal challenge" : *Lubbe v Cape*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 391.

<sup>2525</sup> Si tant est du moins que les fors en présence ont fait leur la doctrine du *forum non conveniens*.

aucun n'étant manifestement plus adéquat que l'autre.<sup>2526</sup> Et l'on peut craindre alors pour la résolution des conflits de procédures.

Au-delà du problème du partage, il y va également d'une difficulté de bilatéralisation de la règle : l'appréciation par un des fors concurrents du caractère plus ou moins approprié des deux tribunaux ne s'imposera pas toujours aussi facilement à l'autre tribunal, en tout cas pas aussi naturellement qu'une décision fondée sur la seule chronologie de procédures. Par essence, l'appréciation du caractère approprié est discrétionnaire. Si cette discrétion ne doit pas nécessairement être synonyme de subjectivité, elle n'en laisse pas moins une plus grande place à la contestation.

**559. Rejet du *forum non conveniens* comme mécanisme de résolution des conflits de procédures (suite)** - Au total, nous pensons devoir rejeter l'utilisation du *forum non conveniens* comme mécanisme de résolution des conflits de procédures. L'extension du champ d'application de cette doctrine aux procédures concurrentes, extension qui ne s'est imposée qu'au fil de l'histoire, procède en effet d'un mélange des genres peu judicieux. Il est certes tout à fait louable de vouloir éviter aux parties le calvaire d'une procédure dans un for qui n'a que peu d'attaches avec le litige. Cette préoccupation, qui peut se traduire de différentes façons,<sup>2527</sup> n'a en réalité pas sa place lorsque deux fors sont concurrentement saisis. A ce stade, les deux fors auront déjà vérifié leur compétence (*supra*, n° 453). On peut espérer que ceci fait, il ne soit plus possible d'affirmer que l'un ou l'autre n'a aucun titre à se prononcer sur le litige. Si ceci devait être le cas, il faudrait remettre en question les règles de compétence, au besoin en les nuanciant par un mécanisme de correction.

Lorsque se pose la question de la déférence, il est trop tard pour redresser la barre et exclure un for inapproprié. Elever la règle de déférence au rang de mécanisme de correction des règles de compétence risque d'aboutir à subordonner la déférence à l'impératif du for approprié. On a déjà évoqué la faillite du *forum non conveniens* dans une situation opposant deux fors également appropriés. Le même défaut s'observe lorsque les deux fors sont également exorbitants. Dans ce cas de figure aussi, le *forum non conveniens* révèle ses limites. Au vrai, le conflit de procédures est nuisible, quelle que soit la qualité des fors en présence. A moins de s'en remettre en cas d'"égalité" des fors à une course au jugement - à notre sens aussi peu judicieuse qu'une course au for - il faut donc abandonner la prétention de vouloir fonder la déférence sur le seul critère du *forum non conveniens*.<sup>2528</sup>

**560. Vers un traitement distinct de la concurrence de procédures** - Des développements récents montrent d'ailleurs qu'une tendance se fait jour pour séparer les

<sup>2526</sup> Les différences d'appréciation sont d'autant plus à l'ordre du jour que les jurisprudences nationales n'ont pas toutes adopté le même seuil justifiant l'accueil de l'exception, comme on l'a vu. En outre, une réflexion est en cours dans certaines juridictions sur la pertinence de certains éléments retenus pour déterminer si un for est plus ou moins approprié. L'attention apportée classiquement à la localisation des témoins, qui se comprend en raison du caractère oral de la procédure anglaise, est ainsi de plus en plus remise en question au vu du développement des moyens modernes de communication, v. *Fitzgerald v Texaco, Inc.*, 521 F.2d 448, 455-458 (2d Cir. 1975) (opinion dissidente du juge Oakes, qui appelle à un examen du rôle assigné à la localisation des témoins « in light of the transportation revolution » qui a eu lieu depuis l'arrêt *Gilbert* en 1947) ; *Blanco v Banco Industrial de Venezuela, S.A.*, 997 F.2d 974, 984 (2d Cir. 1993) (évoque la « antiquated doctrine of forum non conveniens ») et en général, *Dow Chemical v Alfaro*, 786 S.W. 2d 674 (Texas Supreme Court 1990).

<sup>2527</sup> A côté d'une clause de correction générale fondée sur l'idée du for approprié, des aménagements plus ponctuels de certaines règles de compétence plus susceptibles de conduire à des déséquilibres, ne doivent pas être exclus.

<sup>2528</sup> Répétons le, cette conclusion ne préjuge en rien de l'opportunité d'introduire une éventuelle clause de correction visant à pallier les défauts de règles de compétence. Les deux débats doivent simplement être séparés.

deux préoccupations. Tant dans les Principes de Leuven-Londres que dans le projet de Convention de La Haye, la résolution des conflits de procédures reçoit un traitement distinct du souci de garantir le caractère approprié des fors. Ainsi le projet de Convention prévoit-il une exception de litispendance distincte de la clause de correction inspirée du *forum non conveniens*.<sup>2529</sup> Cette évolution nous semble judicieuse, le mélange des genres ayant montré ses limites.

L'évolution récente de certaines jurisprudences nationales participe de la même tendance. On constate en effet que, là où les tribunaux anglais ont définitivement dénié au conflit de procédures toute prétention à une quelconque autonomie au sein du *forum non conveniens*, les tribunaux canadiens, australiens et surtout américains évoluent clairement dans la direction opposée. Des décisions récentes témoignent en effet d'un souci d'accorder au conflit de procédures un traitement particulier, qui dévie quelque peu de la ligne classique tracée pour le *forum non conveniens*. Même si ces décisions doivent encore être confirmées, nous y voyons la confirmation qu'il est nécessaire de séparer souci de garantir la proximité et résolution des conflits de procédures. En guise de conclusion de cette section, nous allons examiner quelle est la portée de ces jurisprudences nationales.

### C. Le *forum non conveniens* adapté au conflit de procédures

**561. Généralités** - Le conflit de procédures constitue un des contextes les plus propices à l'application de l'exception de for inapproprié.<sup>2530</sup> Il ne faut dès lors pas s'étonner que la question du caractère 'approprié' du mécanisme pour appréhender ces conflits se soit posée. On a déjà vu que les tribunaux anglais avaient rejeté toute déviation de la ligne tracée dans l'affaire *Spiliada*, estimant que l'existence d'une concurrence de procédures ne justifiait pas le recours à un test différent (*supra*, n° 535).

Dans d'autres juridictions, le besoin d'une adaptation du mécanisme du *forum non conveniens* à la circonstance particulière du conflit de procédures s'est fait sentir. Peut-être faut-il y voir le résultat de l'absence d'exception de litispendance – le droit anglais pouvant se reposer pour une grande partie du contentieux sur la règle de litispendance européenne. Quoi qu'il en soit de l'explication, force est de constater qu'en dehors de l'Angleterre, les tribunaux ont développé une version du *forum non conveniens* spécifiquement adaptée aux conflits de procédures. La jurisprudence américaine en constitue le meilleur exemple, qui a façonné au cours des 20 dernières années une nouvelle branche du forum non conveniens, l'*international abstention*. Bien que les contours de cette doctrine soient encore vagues, il est certain qu'elle vise spécifiquement l'hypothèse du conflit de procédures, en réservant à celle-ci une place plus importante que celle qui lui est accordée dans la version anglaise du *forum non conveniens*. Non seulement la concurrence de procédures constitue-t-elle le point de départ de l'analyse, mais de plus on a pu constater qu'un glissement s'est opéré dans l'objectif même qui est poursuivi : la doctrine toute entière est mise au service du règlement des conflits de procédures, qui constitue l'objectif premier et le concept de for approprié ne constitue plus qu'un instrument destiné à assurer cette priorité. En d'autres termes, le forum (non) conveniens est passé de raison d'être même de la doctrine au rang d'instrument au service

<sup>2529</sup> On reviendra ultérieurement sur la possibilité de bâtir des ponts entre les deux mécanismes devenus autonomes.

<sup>2530</sup> E. SYKES et M. C. PRYLES, *Australian Private International Law*, Sydney, 1990, évoquent à propos de la concurrence de procédures « a seemingly obvious case » pour l'application du forum non conveniens.



du règlement des conflits de procédures. La différence de perspective est importante, elle signale un rapprochement avec l'esprit, sinon la lettre de l'exception de litispendance.

Sans aller aussi loin, on peut constater que certaines décisions émanant d'autres juridictions ont également amorcé un mouvement allant vers une plus grande prise en compte du conflit de procédures. Il s'agit plus particulièrement du Canada et de l'Australie. Il est encore trop tôt pour dire s'il faut voir dans cette évolution les premiers signes d'une certaine autonomisation du conflit de procédures à l'intérieur du *forum non conveniens*. Force est toutefois de constater que dans les deux cas, l'existence d'une concurrence de procédures a clairement dépassé le rang de simple ingrédient pour modifier l'équilibre même de la doctrine. Nous allons examiner successivement ces deux juridictions, avant d'expliquer quelle a été l'évolution de la jurisprudence américaine.

(1) LE *FORUM NON CONVENIENS* EN AUSTRALIE ET AU CANADA ; LES PREMIERS PAS VERS UNE RECONNAISSANCE DE LA LITISPENDANCE INTERNATIONALE ?

562. **Introduction** - La doctrine du *forum non conveniens* a été adoptée, peu ou prou, par l'ensemble des droits de la *common law*. L'extension du champ d'application de la doctrine n'a pas été sans une certaine adaptation aux 'couleurs locales'. Ainsi on accepte généralement que la version australienne du *forum non conveniens* se montre plus restrictive que le 'modèle' anglais. Parmi les adaptations auxquelles les jurisprudences nationales ont procédé, on peut relever une attention accrue à la question de la concurrence de procédures. Cette attention s'est manifestée dans deux juridictions, l'Australie et le Canada, que nous allons examiner successivement.

A. Le *forum non conveniens* en Australie : *Henry v Henry*

563. **Une première décision de la Haute Cour sur les procédures concurrentes** - Le *forum non conveniens* n'est venu que tardivement à l'Australie, et sous une forme restrictive. Si certains tribunaux des Etats australiens ont fait leur dans les années 1980 les principes nouveaux dégagés par la Chambre des Lords dans les affaires *McShannon* et surtout *Spiliada*,<sup>2531</sup> la Haute Cour australienne a fait preuve de plus de réticence, préférant en rester au critère traditionnel de la procédure 'oppressive et vexatoire' abandonné en Angleterre.<sup>2532</sup>

Ni dans *Oceanic Sun*, ni dans la décision qui suivit,<sup>2533</sup> la Haute Cour ne souffla mot du sort des procédures concurrentes dans le *forum non conveniens*.<sup>2534</sup> L'attente fut toutefois

<sup>2531</sup> V. p. ex. *Ranger Uranium Mines Pty. Ltd. v B.T.R. Trading (Qld) Pty. Ltd.*, (1985) 34 N.T.R. 1; *Muller v Fencott* (1981) 3 A.L.R. 310 (Federal Court); *Gaiseabo Nominees Pty. Ltd. v Taub Pty. Ltd.*, [1979] 1 N.S.W.L.R. 663 et la décision *Lep Int'l. Pty. Ltd. v Atlantrafic Express Service, Inc.*, (1987) 10 N.S.W.L.R. 614.

<sup>2532</sup> V. *Oceanic Sun Line Shipping Co. Inc. v Fay*, (1988) 62 ALJR 389, [1988] 165 CLR 197 et les commentaires de M. PRYLES, "Judicial Darkness on the Oceanic Sun", A.L.R. 1988, 774 e.s. En général sur le *forum non conveniens* en Australie, E. I. SYKES et M. PRYLES, *Australian Private International Law*, 3<sup>ème</sup> éd., Sidney, Law Book Company Ltd., 1991, 80-90; P. NYGH, *Conflict of Laws in Australia*, 6<sup>ème</sup> éd., Sydney, Butterworths, 1995, 101-108 et P. PRINCE, « Bhopal, Bougainville and OK Tedi : Why Australia's Forum Non Conveniens Approach is Better », *I.C.L.Q.*, 1998, 573 e.s. ainsi que A. NUJYS, 145 e.s.

<sup>2533</sup> *Voth v Manildra Flour Mills Pty. Ltd.*, [1990] 65 A.L.J.R. 83, [1990] 171 CLR 538, (1990) 97 A.L.R. 24 (HCA).

<sup>2534</sup> Ce qui fit dire à MM. Sykes et Pyles (ac, 1990, 91) que le droit australien n'était pas encore fixé. V. *Muller v Fencott*, (1981) 3 A.L.R. 310 (Fed. Ct.) et *In the Marriage of Takach* (1980) F.L.C. 90-883 (deux espèces qui mettaient en jeu un conflit de procédures, et dans lesquelles les tribunaux ont adopté une approche inspirée de la jurisprudence *Abidin Daver*).

largement récompensée puisqu'avec la décision *Henry v Henry* la concurrence de procédures fut au centre des préoccupations.<sup>2535</sup> En l'espèce, il s'agissait d'une affaire de divorce, qui opposait un citoyen australien à son épouse allemande. La question était de savoir si le for australien, saisi d'une demande de divorce formulée par l'époux, devait s'incliner au nom du *forum non conveniens* devant la saisine antérieure des tribunaux de Monaco, devant lesquels l'épouse sollicitait également le divorce. Les tribunaux du fond avaient refusé de faire droit à l'exception de for approprié.

A l'unanimité, la Haute Cour réforma la décision et enjoignit à la Cour d'Appel de reconsidérer sa décision à la lumière des principes qu'elle exposa.<sup>2536</sup> L'issue du débat faisait peu de doute : le litige appartenait quasi-naturellement aux tribunaux de Monaco où les époux avaient vécu maritalement et où était localisé une partie importante de leur patrimoine. Les liens avec l'Australie étaient au contraire plus que ténus, les époux n'y avaient jamais vécu.<sup>2537</sup> Le seul lien avec ce pays était la résidence de l'époux, qui y avait déménagé après la séparation.<sup>2538</sup> Il était donc évident que le for de Monaco était plus approprié. Restait à savoir quelle était l'incidence sur l'exception de for plus approprié, de l'existence de deux procédures concurrentes. La Haute Cour profita de l'occasion pour donner quelques explications sur cette question.

**564. Une prise en charge particulière des procédures concurrentes** - Tout comme ils s'étaient divisés sur la règle générale, les juges australiens ne purent s'accorder sur le traitement des conflits de procédures. Le Chief Justice refusa de répondre à l'invitation du conseil de la défenderesse, qui soulignait l'importance de la concurrence de procédures, en insistant au contraire sur la qualité du lien entre le litige et la juridiction, comme critère déterminant du test.<sup>2539</sup> A ses yeux, il n'y avait pas lieu de tenir compte de l'état d'avancement de la procédure concurrente à Monaco ou de l'ordre chronologique des procédures.<sup>2540</sup> Le test devait uniquement se préoccuper de la connexion entre le litige

<sup>2535</sup> *Henry v Henry*, [1995-1996] 185 CLR 571, 135 A.L.R. 564 (HCA). V. les commentaires de P. NYGH, « Voth in the Family Court Re-Visited : The High Court Pronounces Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens », *Australian Family Law*, 1996, 163 e.s.

<sup>2536</sup> Le Chief Justice Brennan décida également en faveur de l'appel, en adoptant toutefois une autre motivation beaucoup plus conservatrice, qui s'en tenait aux principes généraux (et très restrictifs) du *forum non conveniens* tel que développé en droit australien. La différence entre le Chief Justice et la majorité portait sur l'existence ou non d'une présomption en faveur de l'élection de for du demandeur comme principe premier de l'analyse. Le Chief Justice insistait sur cette présomption, qui devait selon lui constituer le point de départ de l'analyse et non un simple facteur comme tant d'autres dans l'évaluation globale ([1995-1996] 185 CLR 571, 579-580) : « In my respectful opinion, it is erroneous in principle to regard the prima facie right to insist on the exercise of the jurisdiction of the selected forum as a factor to be weighed in a balance of convenience or appropriateness between the selected forum and a foreign forum. The gravamen of the [applicable] test is that some reason must be shown, not for preferring one forum or another, but for staying the exercise of the jurisdiction of the selected forum ». La majorité au contraire cherchait à diminuer l'importance de cette présomption ([1995-1996] 185 CLR 571, 588-589) : « in some cases, too much weight may have been given to the notion that a proceeding regularly invoked provides a prima facie right to have the proceedings continue in that forum » et plus loin « there may be cases where the forum is so clearly inappropriate that the notion of prima facie right can have no real bearing on the matter [...] ».

<sup>2537</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 582-583 (majorité).

<sup>2538</sup> Le Chief Justice expliqua que « The parties to the marriage in the present case were not married in Australia. They have never lived in this country as man and wife. Their married life was in Europe, latterly in Monaco, where they had their matrimonial home. In this country, there are no children of the marriage. [...] Nor is there any substantial property of the spouses [...] In short, there is no connection between the marriage of the parties and this country » ([1995-1996] 185 CLR 571, 580, par Brennan, CJ).

<sup>2539</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 580 : « It is sufficient for the appellant to show an absence of any connection between the marriage [...] on the one hand and Australia on the other ».

<sup>2540</sup> Le juge Brennan conclut que « It is not helpful to inquire where there are proceedings on foot elsewhere and then, perceiving that duplication of the proceedings in the selected forum would be undesirable, hold that the selected forum is clearly inappropriate » [1995-1996] 185 CLR 571, 581.

et les deux fors. La majorité ne l'entendit pas de cette oreille. Après avoir rappelé les grandes lignes de la doctrine australienne du *forum non conveniens*,<sup>2541</sup> les 4 juges de la majorité<sup>2542</sup> examinèrent quelle devait être l'incidence de l'existence d'un conflit de procédures sur le *forum non conveniens*.

Les juges notèrent d'abord que dans une décision rendue en 1993, la Cour d'Appel avait émis des doutes sur la pertinence de la version australienne du *forum non conveniens* lorsque le for étranger est également saisi.<sup>2543</sup> Analysant l'exception de for approprié, les juges avaient noté dans cette affaire que le test laissait entier la possibilité que se poursuivent les deux procédures.<sup>2544</sup> Et les juges d'ajouter que si les deux tribunaux concernés ont simultanément recours à l'exception de for plus approprié, il n'est pas exclu qu'ils se refusent tout deux de se dessaisir, laissant subsister les deux procédures.<sup>2545</sup> La Haute Cour pris note de ce que les juridictions du fond n'avaient toutefois pas en général accordé grande importance à l'existence d'une procédure concurrente pour refuser le 'stay'. Les juges se distancèrent de ce raisonnement, en expliquant les inconvénients qui découlaient du parallélisme de procédures.<sup>2546</sup> La Cour déduisit de cette prémisse qu'il serait vexatoire « de commencer une deuxième procédure devant les tribunaux australiens, lorsqu'une action portant sur le même litige a déjà été engagée ».<sup>2547</sup>

Sans plaider pour un sursis automatique de la procédure du for, les juges de la majorité expliquèrent qu'au minimum, l'existence d'une procédure devant le for étranger devait être considérée comme « extrêmement pertinente »<sup>2548</sup> pour l'appréciation de l'exception. Et les juges d'indiquer que « les tribunaux doivent tendre à éviter la concurrence de procédures, dans la limite de ce que permet le test du *forum non conveniens* ».<sup>2549</sup>

Les précisions que les juges fournirent ensuite sur la nature des éléments à prendre en considération, ne trompent pas : la majorité indiqua que sont pertinents « l'ordre dans lequel les instances ont été engagées, le stade qu'elles ont atteint et les dépenses qui ont été encourues ».<sup>2550</sup> Les autres facteurs plus classiques du *forum non conveniens* conservent bien entendu toute leur pertinence.

<sup>2541</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 586-587.

<sup>2542</sup> Les juges Dawson, Gaudron, McHugh et Gummow.

<sup>2543</sup> *Gilmore v Gilmore*, (1993) 11 F.L.R. 311 ; 16 Fam. L.R. 285. En l'occurrence, une procédure de divorce était pendante en Nouvelle-Zélande, parallèlement à celle pendante en Australie. Sur cette décision, P. NYGH, "Voth in the Family Court : Forum Conveniens in Property and Custody Litigation", *Australian Fam L.J.*, 1993, 260 e.s.

<sup>2544</sup> Selon Fogarty, LJ, le test « might lead to inconvenience, in that it will create the risk of parallel proceedings », (1993) 110 FLR 311, 320; 16 FamLR 285, 293. Lindermayer J avait lui expliqué que le test "is bound to lead to increased forum shopping and jurisdictional conflict [...]" (110 FLR 311, 339; 16 Fam LR 285, 313).

<sup>2545</sup> « If the courts of New Zealand apply the Spiliada test to such cases, as seems not unlikely, then the prospect of having a number of cases in which parallel proceedings for similar relief are going forward in both courts simultaneously on either side of the Tasman, is one which can only be regarded with great trepidation by those responsible for the administration [of the courts] in both countries" : 110 FLR 311, 339; 16 FamLR 285, 313, Lindenmayer LJ.

<sup>2546</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 590-591 : "From the parties' point of view, there is no less – perhaps considerably more – inconvenience and embarrassment if the same issue is to be fought in the courts of different countries according to different regimes, very likely permitting of entirely different outcomes".

<sup>2547</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 591 : « It is prima facie vexatious and oppressive, in the strict sense of those terms, to commence a second [...] action in the courts of this country if an action is already pending with respect to the matter in issue".

<sup>2548</sup> « highly relevant », [1995-1996] 185 CLR 571, 591.

<sup>2549</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 591 : "courts should strive, to the extent that Voth permits, to avoid that situation".

<sup>2550</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 592 : « the order in which proceedings were instituted, the stage which they have reached and the costs that have been incurred ».

565. *Henry v. Henry*, une première étape vers l'autonomie des conflits de procédures - Le jugement de la majorité n'indique pas expressément que l'existence d'un conflit de procédures justifie l'adoption d'un test différent. Entre les lignes, cette conclusion est toutefois limpide. Comme le relevait M. *Nygh*, lorsqu'existe un tel conflit, le point de départ de l'analyse doit dorénavant être le souci d'éviter la concurrence de procédures.<sup>2551</sup> Si les liens entre les fors et le litige conservent leur importance, la Haute Cour a également injecté une dose importante de litispendance dans l'analyse, en prescrivant de tenir compte de l'ordre de saisine. De plus, la Cour a clairement signifié sa réticence à autoriser une partie à ouvrir un second front alors qu'une bataille a déjà été engagée à l'étranger.<sup>2552</sup> Manifestement la Cour reconnaît que l'existence d'un conflit de procédures nécessite une approche adaptée.<sup>2553</sup> On s'éloigne peu à peu de l'assimilation du conflit de procédures à une situation comme une autre où la théorie générale du *forum non conveniens* doit s'appliquer.

566. Confirmation de la jurisprudence *Henry* dans les décisions ultérieures - La jurisprudence eut par la suite l'occasion de confirmer que les procédures concurrentes appelaient un traitement sensiblement distinct. Ce fut le cas dans l'affaire *CSR v Cigna*, même si celle-ci portait sur une demande d'interdiction de procéder et non de dessaisissement.<sup>2554</sup> L'injonction ne pouvait être décernée que pour autant que le for australien constituait le for le plus approprié<sup>2555</sup> ce qui obligeât la Cour à se pencher sur la question du test applicable au 'stay' en présence d'une concurrence d'actions.<sup>2556</sup> En l'occurrence, le conflit opposait un tribunal américain, saisi d'une demande visant à faire constater que les demandeurs étaient en droit de réclamer de leurs assureurs compensation pour les dommages causés par l'amiante qu'ils avaient commercialisé, et un tribunal australien, à qui les assureurs avaient demandé d'interdire la poursuite de la procédure américaine.

La Cour confirma sa jurisprudence *Henry* : selon les juges, lorsqu'une action est pendante aussi bien en Australie que devant le juge étranger, « il est *nécessaire* pour le tribunal

<sup>2551</sup> P. NYGH, « Voth in the Family Court Re-Visited : The High Court Pronounces Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens », *Australian Family Law*, 1996, 163, en conclusion : "where there is a lis alibi pendens, the forum must start from the point of view that this is undesirable".

<sup>2552</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 591 : "It is prima facie vexatious and oppressive in the strict sense of those terms, to commence a second [...] action in the courts of this country if an action is already pending with respect to the matter in issue". V. aussi P. NYGH, *l.c.*, *Australian Family Law*, 1996, 163, en conclusion : la Haute Cour « has certainly sent a strong message to those who walk away from existing foreign proceedings to try their luck in Australia ».

<sup>2553</sup> V. P. NYGH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens : the Australian Experience", in J BASEDOW e.a. (réd.), *Private law in the international arena...*, Den Haag, T. M. C. Asser Press, 2000, (511) 524 : l'affaire *Henry* est pertinente par "its recognition that the lis alibi pendens creates a situation to which somewhat different rules apply than in the case of a single action" et à la p. 526 : "In relation to parallel litigation, the Australian High Court has truck out on its own path. Alone among common law jurisdictions it has developed specific rules for lis alibi pendens and related actions".

<sup>2554</sup> *CSR Ltd. v Cigna Insurance Australia Ltd. et al.*, (1997) 189 CLR 345 ; 146 ALR 402 (High Court). Ici encore, le Chief Justice Brennan s'opposa à la majorité des juges. Sur cette affaire, v. les commentaires de A. LOWENFELD, "Editorial Comment : Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations and Related Tools of International Litigation", *Am J. Int'l. L.*, 1997, 314-324.

<sup>2555</sup> Au sens où cette expression est entendue en droit australien, c-à-d que le tribunal australien n'était pas un for manifestement inapproprié.

<sup>2556</sup> Comme le note la majorité, « If the Australian court decides that it is clearly an inappropriate forum, that will be the end of its involvement and the occasion for considering whether to grant an anti-suit injunction or other relief will not arise. If the Australian court reaches the opposite conclusion, namely that it is not a clearly inappropriate forum, then it must go on to determine whether to require the applicant to seek a stay or dismissal of the foreign proceedings or to grant an anti-suit injunction" : 146 ALR 402, 438.

australien de prendre en compte l'existence d'une procédure étrangère pour déterminer si oui ou non il doit surseoir à statuer.<sup>2557</sup> Et les juges d'expliquer que s'il en était ainsi, c'est en raison de l'importance des problèmes engendrés par la concurrence de procédures. Voilà qui confirme le traitement privilégié de la concurrence de procédures au sein du *forum non conveniens* australien.<sup>2558</sup>

La Cour mit toutefois un bémol à ce constat, en notant les différences qui séparaient les deux procédures, notamment en ce qui concerne l'application des lois américaines anti-trust : en l'espèce, les deux procédures ne se chevauchaient que parce que le petitum de l'une constituait la négation du petitum de l'autre.<sup>2559</sup> On peut y voir la preuve que l'importance accordée à la concurrence de procédures sera d'autant plus grande que les actions seront identiques.<sup>2560</sup>

Toujours est-il que cette décision constitue un pas supplémentaire dans la reconnaissance d'une certaine autonomie au conflit de procédures au sein de l'exception de for inapproprié. La jurisprudence a d'ailleurs suivi le mouvement : dans une décision du 24 mars 2000,<sup>2561</sup> la *Family Court* eut soin, pour accorder un 'stay' en faveur d'une procédure concurrente pendante aux Iles Fiji, de souligner le danger que la poursuite de deux actions concurrentes pourrait mener à des décisions contradictoires. Comme dans l'affaire *Herry*, la procédure australienne de divorce avait été engagée alors qu'une procédure de séparation était déjà pendante devant le juge étranger.<sup>2562</sup> Il en aurait donc peut être été autrement si la procédure australienne avait été engagée la première, ce qui contribue d'ailleurs à rapprocher encore plus cette version australienne du *forum non conveniens* de la litispendance continentale. On peut également faire ce rapprochement à propos de la jurisprudence récente au Canada.

## B. La concurrence de procédures et le *forum non conveniens* au Canada

**567. Le *forum non conveniens* au Canada : principes généraux et évolution historique** - Parallèlement à l'évolution de la jurisprudence australienne, certains tribunaux canadiens ont également manifesté la volonté d'accorder une plus grande importance à la concurrence de procédures au sein de la doctrine générale du *forum non conveniens*. Pendant longtemps les tribunaux canadiens se sont contenté de suivre la ligne de conduite posée par la Cour d'Appel anglaise dans l'affaire *Saint Pierre*, en ne retenant qu'une version somme toute assez restrictive de l'exception de for inapproprié. Ainsi le fondement de la doctrine était toujours le droit du demandeur à élire le for de son choix, choix qui n'était sanctionné que dans des circonstances exceptionnelles.<sup>2563</sup>

<sup>2557</sup> 146 ALR 402, 439 : « Where proceedings are pending both in an Australian court and in a court of another country, it is necessary for the Australian court to have regard to the existence of the foreign proceedings in determining whether to stay its own proceedings on forum non conveniens grounds » (nous soulignons).

<sup>2558</sup> V. aussi P. NYGH, *l.c.*, in J BASEDOW *e.a.* (réd.), *Private law in the international arena...*, Den Haag, T. M. C. Asser Press, 2000, (511) 524-525.

<sup>2559</sup> 146 ALR 402, 439, 441.

<sup>2560</sup> *Supra*, n° 542 pour la jurisprudence anglaise à ce propos.

<sup>2561</sup> *Beverly Florence Fernier-Watson v Denis Allan McElrath*, Family Court of Australia, [2000] Fam CA 219.

<sup>2562</sup> Les deux procédures ne coïncidaient pas exactement, puisque l'instance fijiienne visait à obtenir la séparation de corps, alors que l'époux, entre temps établi en Australie, y sollicitait le divorce. La Cour ne prêta guère attention à ces subtilités. Elle expliqua que « It was clear that there was but one dispute between the parties, that being the marital relationship », § 102.

<sup>2563</sup> V. par exemple *Rogers v Bank of Montreal* [1984] 2 W.W.R. 597, 4 D.L.R. (4th) 567, 622-623 (la Cour d'Appel de la Colombie britannique réforme la décision du juge de première instance, parce que celui-ci "has failed [...] to place

La Cour d'Appel de la Colombie britannique a consacré cette version restrictive du *forum non conveniens* à l'occasion d'un conflit de procédures dans l'affaire *Avenue Properties*.<sup>2564</sup> En l'espèce, les tribunaux de l'Ontario et de la Colombie britannique s'opposaient dans un litige portant sur la vente d'une propriété située dans la première province. Lorsque l'acheteur resta en défaut de payer le prix convenu, le vendeur l'actionna devant les tribunaux de l'Ontario. L'acheteur répliqua 6 mois plus tard par la saisine des tribunaux de la Colombie britannique, son action visant à faire constater que le contrat était nul et non venu. Pour la Cour d'appel, le juge McLachlin expliqua qu'en principe, le choix du for du demandeur ne devait pas être écarté à la légère : il avait le droit d'avoir accès aux tribunaux de son choix et dès lors le 'stay' ne devait être accordé qu'avec la plus grande réserve.<sup>2565</sup> Se penchant ensuite sur le conflit de procédures, le juge n'y vit pas un facteur décisif dans un sens ou dans l'autre : l'existence d'une procédure concurrente dans le for étranger, expliqua-t-il, n'est pas en elle-même suffisante pour justifier l'octroi d'un stay, en particulier lorsque le demandeur dans le for est défendeur à l'étranger.<sup>2566</sup>

Cette décision ne laissait pas présager d'une reconnaissance des spécificités de la concurrence de procédures.<sup>2567</sup> La version moderne du *forum non conveniens* canadien ne fut esquissée qu'à partir des années 1990, avec l'arrêt *Ambem* de la Cour Suprême.<sup>2568</sup> Dans cette affaire, se posait la question de savoir si le juge canadien pouvait légitimement interdire à une partie de poursuivre une procédure engagée au Texas. Le juge Sopinka profita de l'occasion pour présenter une véritable synthèse des principes applicables aux relations entre procédure du for et procédure étrangère.<sup>2569</sup> Le détour ainsi fait par le *forum non conveniens* et le concept de for approprié était selon le juge nécessaire, parce

---

sufficient emphasis on the right of the plaintiff to bring this action in British Columbia [...]). En l'espèce il n'y avait pas litispandance.

<sup>2564</sup> *Avenue Properties Ltd. v First City Development Corp., Ltd.*, 32 D.L.R. (4th) 40; (1986) 7 B.C.L.R. (2d) 45 (Cour d'Appel de la Colombie Britannique, 1986). En première instance : *Avenue Properties Ltd. v First City Development Corp., Ltd.*, 65 B.C.L.R. 301.

<sup>2565</sup> 32 D.L.R. (4th) 40, 45 : "a plaintiff's choice of forum should not be lightly denied. It is his right to have ready access to the courts of his jurisdiction and not to be required to travel outside his jurisdiction to present his case [...]. Accordingly, the court's jurisdiction to stay proceedings should be used sparingly".

<sup>2566</sup> "[...] the existence of two actions in different jurisdictions is not in itself sufficient to invoke the court's jurisdiction to grant a stay, particularly when the plaintiff in the forum court is a defendant in the foreign action" : 32 D.L.R. (4th) 40, 45. Dans le même sens, *Eco Heatings Products Ltd. v J. K. Campbell & Associates, Ltd.*, (1990) 48 B.C.L.R.(2d) 36.

<sup>2567</sup> V. également une décision plus ancienne de la même Cour d'Appel, *Tompkins Contracting Ltd. v Northern Clearing Enterprises Ltd.*, (1964) 50 W.W.R. 246 : ici aussi, les juges jurèrent par la version restrictive du forum non conveniens, en ne réservant pas un accueil spécifique à la question de la concurrence de procédures. Le juge Davey expliqua que si "There is no question but that the supreme court of British Columbia has jurisdiction to stay proceedings before it when litigation between the same parties and over the same subject matter is before the courts of another country", il demeurerait cependant que "The ground upon which that jurisdiction is exercised is to restrain vexatious and oppressive litigation [...]" ((1964) 50 W.W.R. 246, 251). Comme le voulait la jurisprudence anglaise du siècle passé, il suffisait au demandeur d'alléguer l'existence d'une différence substantielle entre les deux procédures pour obtenir le rejet du stay : "But litigation ought not to be stayed if there is real reason to apprehend prejudice to one of the parties because of differences in rights, remedies or procedure by requiring the action to proceed in another forum" ((1964) 50 W.W.R. 246, 251).

<sup>2568</sup> *Ambem Products, Inc. et al. v Workers' Compensation Board et al.* [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, [1993] 1 S.C.R. 897. En première instance, 65 D.L.R. (4th) 567, 38 C.P.C. (2d) 232, 42 B.C.L.R. (2d) 77 (Supreme Court of British Columbia) et en appel : 75 D.L.R. (4th) 1, 44 C.P.C. 1, 50 B.C.L.R. (2d) 218 (Court of Appeal). V. sur cette affaire C. G. CASTEL, "Some Recent Trends in Canadian Private International Law", *N.I.L.R.*, 1993, 15 e.s. et J. BLOM, "Injunction Against Prosecution of an Action in Another Jurisdiction (*Ambem Products Inc. v British Columbia*)", *Canadian Yearb. Int'l L.*, 1993, 405 e.s.

<sup>2569</sup> V. surtout les pages 102 D.L.R. (4th) 96, 104 et suivantes, le paragraphe intitulé "Choosing the forum in modern litigation". Son speech fut d'ailleurs largement cité et approuvé par Lord Goff dans l'affaire *Airbus Industries GIE v Patel and Others*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 631, 638 (H.L.).

qu'une interdiction de procéder pouvait à ses yeux plus difficilement être accordée s'il apparaissait que le for étranger pouvait légitimement revendiquer un titre à entendre la cause.<sup>2570</sup> Ainsi, le juge entreprit-il de réformer en profondeur les principes applicables en droit canadien au *forum non conveniens*.<sup>2571</sup> Après avoir rappelé l'évolution de la jurisprudence anglaise, le juge Sopinka adopta une formule quasi-identique à celle proposée dans l'arrêt *Spiliada* : le 'stay' sera accordé dès lors que le for étranger est manifestement plus approprié pour connaître de la cause, une appréciation qui se fonde sur les liens qui unissent le litige et les parties aux deux fors concurrents.<sup>2572</sup> Ainsi le droit canadien embrassa lui aussi le concept de 'for naturel', rétablissant l'équilibre entre demandeur et défendeur.<sup>2573</sup>

**568. *Forum non conveniens* et concurrence de procédures (1) : l'affaire *Thrifty*** - Cette libéralisation n'avait toutefois pas permis de préciser l'importance qui revient au conflit de procédures à l'intérieur de l'exception de for inapproprié. Ceci fut fait avec deux décisions de la Cour d'Appel de la Colombie britannique, qui réservèrent une grande place à la concurrence de procédures et augurèrent sinon d'une certaine autonomie du conflit de procédures, au moins d'une plus large prise en compte de cet élément.

La première décision fut rendue dans un litige opposant une entreprise de location de voitures à une autre à qui elle avait attribué une licence d'exploitation.<sup>2574</sup> Le preneur de licence se voyait reprocher de n'avoir pas satisfait à ses obligations contractuelles. Assigné en paiement des redevances convenues devant les tribunaux de l'Ontario, il riposta devant les tribunaux de la Colombie britannique, sollicitant la résolution du contrat et d'importants dommages et intérêts. A ces demandes croisées répondirent des demandes croisées de dessaisissement, fondée sur l'exception de for inapproprié. Les

<sup>2570</sup> 102 D.L.R. (4th) 96, 106 : pour arriver à définir les conditions présidant à l'octroi d'une interdiction de procéder, il est nécessaire "to consider when a foreign court has departed from our own test of forum non conveniens to such an extent as to justify our courts in refusing to respect the assumption of jurisdiction by the foreign court [...]" . La Cour Suprême s'est aligné, en ce qui concerne l'interdiction de procéder, sur les principes dégagés par la Chambre des Lords dans l'affaire *SNI Aerospatiale v Lee Kwa Jak*, précitée.

<sup>2571</sup> La voie vers une certaine libéralisation de l'exception de for inapproprié avait déjà été tracée dans une décision de la même Cour Suprême dans l'affaire *Antares Shipping Corp. v The Capricorn* (1977) 2 S.C.R. 422, 65 D.L.R. (3d) 105, dans laquelle la Cour avait, par la voix de Richie J., déjà prôné une certaine libéralisation du 'stay', notamment par l'abandon de la présomption en faveur du choix du for du demandeur. La décision ne fit cependant pas école, sans doute parce qu'elle avait été prononcée dans une affaire d'"amirauté". La Cour d'Appel de la Colombie britannique dira plus tard que la décision dans l'affaire *Antares* "has been treated as one arising on its particular facts and seems to have had little influence on the decisions of Canadian courts" : *472900 B.C. Ltd. v Thrifty Canada Ltd.*, 168 D.L.R. 4th 602, 619. V. également l'opinion dissidente d'un juge de la Cour d'Appel dans l'affaire *Rogers v Bank of Montreal* [1984] 4 D.L.R. (4th) 567, 607 (le juge propose de "discard [...] the admonition to be found in many cases to the effect that the foreign litigant shall not be lightly refused access to the King's Courts").

Sur l'histoire du *forum non conveniens* au Canada jusqu'à l'arrêt *Amchem, v. E. L. HAYES*, "forum non conveniens in England, Australia and Japan : the Allocation of Jurisdiction in Transnational Litigation", *U.B.C. L. Rev.*, 1992, (41), 42-45 et déjà C. G. CASTEL, "Jurisdiction and the Exercise of Discretion by the Court - Forum Conveniens", *Canadian Bar Review*, 1971, 466 e.s. Adde E. EDINGER, "The MacShannon Test for Discretion : Defence and Delimitation", *Canadian bar Review*, 1986, 283 e.s.

<sup>2572</sup> 102 D.L.R. (4th) 96, 109-112. A la différence du test anglais, la formule proposée par le juge ne comporte toutefois qu'un seul membre, les avantages et désavantages respectifs pour les parties entrant en compte dans la détermination du for naturel.

<sup>2573</sup> La 'révolution' *Amchem* et la réforme du *forum non conveniens* canadien est sans doute en partie due au changement considérable du sort réservé aux jugements étrangers, que la Cour Suprême avait libéralisé quelques temps plus tôt dans l'affaire *Morguard Investments Ltd. v De Savoye* (1990) 76 D.L.R. (4th) 256, [1990] 3 S.C.R. 1077, 46 C.P.C. (2d) 1, 15 R.P.R. (2d) 1, 52 B.C.L.R. (2d) 160. Le juge Sopinka a d'ailleurs fait référence à cette décision pour souligner l'importance de la *comitas* (102 D.L.R. (4th) 96, 105-106).

<sup>2574</sup> *472900 B.C. Ltd. v Thrifty Canada Ltd.*, 168 D.L.R. (4th) 602 (Cour d'Appel de la Colombie britannique, 1998).

tribunaux d'Ontario rejetèrent la demande de 'stay'; la Cour d'Appel de la Colombie britannique quant à elle fit droit à la demande de stay en faveur de la procédure concurrente, en vertu de la doctrine du *forum non conveniens*. Au passage elle précisa le rôle de l'existence d'une procédure concurrente dans l'application de cette doctrine.<sup>2575</sup>

Après avoir rappelé les grandes lignes de l'histoire du *forum non conveniens* tant en Angleterre<sup>2576</sup> qu'au Canada,<sup>2577</sup> la Cour d'Appel, par la voix du juge Esson, entrepris d'expliquer pourquoi la décision antérieure de la Cour dans l'affaire *Avenue Properties* (*supra*, n° précédent) ne pouvait plus être suivie.<sup>2578</sup> Le juge constata tout d'abord que les principes sur lesquels *Avenue Properties* était fondé, et notamment la présomption en faveur du choix de for du demandeur, avaient depuis lors été répudié comme contraires à la *comitas* internationale.<sup>2579</sup> Dorénavant il revenait à la courtoisie de guider le juge dans son appréciation et non plus à l'attitude "insulaire" qui caractérisait la jurisprudence classique.<sup>2580</sup>

Pour déterminer le rôle du conflit de procédures, le juge s'inspira largement des principes dégagés par Lord Diplock dans l'affaire *The Abidin Daver* (*supra*, n° 531), en insistant notamment sur l'aversion de la courtoisie internationale pour le désordre des procédures concurrentes.<sup>2581</sup> Le poids accru reconnu à la courtoisie internationale avait radicalement changé la vieille tolérance des procédures concurrentes. Dorénavant, "les actions concurrentes portant sur le même objet doivent être évitées, à moins que la partie qui s'oppose au 'stay' ne montre qu'elle pourrait perdre un avantage juridique". En pratique la charge de la preuve avait basculé : lorsque le juge étranger a déjà été saisi, et qu'une partie tente de saisir le juge canadien, il devra justifier cette saisine concurrente sur laquelle pèse une présomption d'illégitimité. Cette présomption ne jouera toutefois pas lorsque le juge canadien est premier saisi.<sup>2582</sup>

En réalité, selon le juge, c'est le but même du 'stay' qui se trouve modifié. Il expliqua que "[u]n des buts principaux de la nouvelle règle est d'éviter d'avoir deux actions concurrentes pendantes dans des juridictions différentes, avec le risque attendant de décisions contradictoires".<sup>2583</sup>

Le visage du *stay* fut donc changé : non seulement le poids accordé à la concurrence de procédures fut renforcé, mais de plus le *stay* se vit attribué une nouvelle mission, à savoir la prévention des conflits de procédures. On conviendra qu'on est là bien loin de la

<sup>2575</sup> La Cour ne s'embarrassa pas de nuances pour constater l'identité entre les deux procédures, constatant simplement que "Although the pleading by [the plaintiff] in the British Columbia action are much more elaborate than its counterclaim in the Ontario action, it is clear that the two proceedings arise out of the same matter and raise the same issue" : 168 D.L.R. (4th) 602, 607.

<sup>2576</sup> 168 D.L.R. (4th) 602, 608-618.

<sup>2577</sup> 168 D.L.R. (4th) 602, 618-622.

<sup>2578</sup> 168 D.L.R. (4th) 602, 623-626.

<sup>2579</sup> Notamment dans les affaires *Ambem* et *Morguard Investments*, toutes deux précitées.

<sup>2580</sup> 168 D.L.R. (4th) 602, 626, n° 55. Et le juge de constater notamment que "The right of a plaintiff to sue in the court of his choice is not now a significant factor" : 168 D.L.R. (4th) 602, 617, n° 32.

<sup>2581</sup> Le juge Esson cite le dictum de Lord Diplock à la page 168 D.L.R. (4th) 602, 615, n° 24 et de le rappeler ensuite à la page 625-626.

<sup>2582</sup> Dans ce cas au contraire, il sera sans doute plus facile au demandeur d'obtenir une interdiction de procéder.

<sup>2583</sup> 168 D.L.R. (4th) 602, 617, n° 32 : "Parallel actions dealing with the same subject matter must now be avoided unless the party resisiting the application to stay can demonstrate possible loss of a juridical advantage. [...] A primary purpose of the present rule is to avoid having two actions proceeding in different jurisdictions with the attendant risk of conflicting decisions".



douce indifférence proclamée par les tribunaux anglais !<sup>2584</sup> En l'espèce la Cour d'Appel réforma la décision entreprise et accorda le 'stay' demandé en faveur de la procédure engagée en Ontario.

**569. Forum non conveniens et concurrence de procédures (2) : l'affaire Westec**  
- La Cour d'Appel réitéra son souci de ne pas permettre l'apparition de procédures concurrentes dans l'affaire *Westec*.<sup>2585</sup> Ici aussi la Cour laissa entendre que le *forum non conveniens* devait laisser une place conséquente au conflit de procédures. Le conflit opposait une entreprise américaine à un fournisseur canadien à propos d'un logiciel conçu par ce dernier et mis à la disposition du premier. Les parties ne s'entendant plus, Raytheon sollicita des tribunaux du Kansas une déclaration l'exonérant de toute responsabilité pour une éventuelle violation du contrat. Trois mois plus tard, l'entreprise canadienne assigna son adversaire au Canada, en demandant d'importants dommages et intérêts. Raytheon entrepris de convaincre les tribunaux canadiens de laisser leurs collègues américains se prononcer sur l'affaire.<sup>2586</sup>

La Cour confirma que même en présence d'actions concurrentes, le stay devait être apprécié sur base de la doctrine du *forum non conveniens*. Il n'était donc pas question d'en appeler à une doctrine spécifique. Pour autant, l'existence d'une procédure concurrente n'était pas indifférente, surtout lorsque, comme en l'espèce, elle avait été engagée avant la saisine du for. Rappelant les principes dégagés dans l'affaire *Thrifty*, le juge Rowles formula la règle suivante : lorsqu'une procédure concurrente a déjà été engagé devant un for étranger et que celui-ci constitue le for naturel de la cause, le juge canadien accordera un stay, à moins que le demandeur ne montre qu'une telle mesure le priverait d'un avantage tellement important que le stay lui causerait une injustice.<sup>2587</sup> Deux préoccupations informaient cette règle, à savoir le souci de prévenir le gaspillage de ressources qu'entraînent les conflits de procédures et celui d'éviter une éventuelle contradiction entre décisions.<sup>2588</sup> Ce faisant, le juge désavoua la décision du juge de première instance, qui s'était inspiré sur les principes mis en exergue dans l'affaire *Properties A venue*, et n'avait donc pas accordé d'importance particulière à la concurrence de procédures.

Une fois les principes dégagés, il fut facile au juge de constater que les tribunaux du Kansas étaient aussi bien placés que ceux du Canada pour trancher le litige, l'un et l'autre possédant des liens substantiels avec la contestation.<sup>2589</sup> Tout en reconnaissant qu'une règle qui favoriserait systématiquement le juge premier saisi aurait des effets pervers, notamment celui d'encourager une course au for et de décourager les règlements à

<sup>2584</sup> Ce qui est d'autant plus paradoxal lorsque l'on sait que la Cour d'Appel se réclame essentiellement de l'enseignement de Lord Diplock dans l'affaire *Abidin Daver* pour justifier l'évolution!

<sup>2585</sup> *Westec Aerospace Inc. v Raytheon Aircraft*, 173 D.L.R. (4th) 498 (Cour d'Appel de la Colombie britannique 1999) et les commentaires de L. E. TEITZ, "International Litigation. Parallel Proceedings and the Guiding Hand of Comity", *Int'l L. Lawyer*, 2000, (545), 551-553.

<sup>2586</sup> En l'espèce il s'agissait de savoir si le tribunal allait permettre la signification de l'acte introductif d'instance aux Etats-Unis. Selon la terminologie anglaise, l'affaire portait donc sur le '*forum conveniens*'. Les principes applicables étaient les mêmes, la Cour Suprême avait dans l'affaire *Ambem* jugé que le fait que le défendeur réside à l'étranger ne changeait pas la nature du test, mais constituait simplement un facteur supplémentaire dans l'équation : 102 D.L.R. (4th) 96, 111.

<sup>2587</sup> 173 D.L.R. (4th) 498, 507.

<sup>2588</sup> 173 D.L.R. (4th) 498, 508.

<sup>2589</sup> "both Kansas and British Columbia appear to be appropriate fora for the resolution of the dispute between Raytheon and Westec. The usual factors connecting the dispute to Kansas or British Columbia appear to be divided and indeterminate" : 173 D.L.R. (4th) 498, 509.

l'amiable,<sup>2590</sup> le juge conclut que puisque le tribunal américain saisi de la cause avait un titre aussi légitime que le for canadien pour trancher le litige, le stay devait être accordé.

570. Une jurisprudence qui doit encore s'imposer - Ces décisions s'éloignent du 'modèle' anglais posé dans *de Dampierre* : les conflits de procédures ne sont plus seulement un ingrédient du *forum non conveniens*, mais une donnée à part entière qui justifie l'application d'une règle sensiblement différente. Les tribunaux ne sont toutefois pas unanimes. Une partie de la jurisprudence canadienne s'est engagée dans une autre voie, en subordonnant le conflit de procédures au test du for approprié. C'est ce que note M. Bloom, pour qui lorsque l'exception de for plus approprié est invoquée, la circonstance que le for étranger est saisi d'une procédure concurrente, ne constitue qu'un facteur dans l'évaluation globale.<sup>2591</sup> Plusieurs décisions confirment cette constatation.

Ainsi dans un litige portant sur la livraison de rails de train, le vendeur réclamait-il le paiement du prix de vente devant les tribunaux de la Nouvelle Ecosse, alors que l'acheteur se plaignait du défaut des marchandises devant les juges québécois.<sup>2592</sup> La Cour d'Appel refusa de réformer la décision du premier juge, qui avait rejeté la demande de 'stay'. Passant en revue les différents éléments du test, la Cour conclut qu'il n'avait pas été démontré que les tribunaux québécois étaient « manifestement plus appropriés ». <sup>2593</sup> Elle s'appuya en particulier sur la possibilité pour le demandeur d'avoir recours en Nouvelle Ecosse à une procédure de 'discovery' plus étendue que celle disponible au Québec.<sup>2594</sup> Au total, l'existence d'un conflit de procédures ne fut guère prise en compte par la Cour, si ce n'est pour observer qu'à tout prendre, si un tribunal devait céder à l'autre, ce serait au tribunal second saisi de le faire.<sup>2595</sup>

Encore une fois, la concurrence de procédures ne joua pas un rôle décisif en l'espèce. Au contraire, la Cour reconnut expressément qu'il était fort possible qu'aucun des fors ne soit plus approprié que l'autre et qu'en conséquence les deux procédures se poursuivent de façon parallèle.<sup>2596</sup> Pour autant que les tribunaux prennent en compte l'existence du conflit de procédures, c'est dès lors au titre d'un facteur parmi d'autres.<sup>2597</sup> On va voir

<sup>2590</sup> La cour reconnaît "the inherent and unavoidable policy trade-off in the decision to avoid parallel proceedings. By fashioning rules that attempt to avoid or minimize the inefficiencies and injustices that can result from parallel proceedings, the court, to some degree, will necessarily favour on the jurisdiction question the party who initiates proceedings first". A cet argument, la Cour répond toutefois que la course au jugement n'est pas rédhitoire puisque dans l'optique adoptée par la jurisprudence, le stay ne sera accordé que si le tribunal étranger, premier saisi, est également le for naturel de la cause : "this will only be the case where the court is satisfied that proceedings are underway in a forum which is appropriate for the resolution of the dispute" : 73 D.L.R. (4th) 498, 510. Et le juge d'ajouter que si l'approche qu'il adopte favorise la première saisine, refuser le stay substituerait une règle toute aussi néfaste qui favorise la course au jugement! (*supra*, n° X sur ce dictum).

<sup>2591</sup> En ce sens, J. BLOOM, « La jurisprudence canadienne en matière de droit international privé en 1997-98 », *Annuaire canadien de droit international*, 1998, (493), 503 (après avoir examiné la jurisprudence récente, M. Bloom note que « the fact that overlapping litigation is going on in another country, is treated at common law as merely a factor in forum non conveniens assessment »).

<sup>2592</sup> *Sydney Steel Corp. v Canadian National Railway Co.*, [1998] 164 D.L.R. (4th) 747, 170 N.S.R. (2d) 84 (Cour d'Appel de Nova Scotia).

<sup>2593</sup> [1998] 164 D.L.R. (4th) 747, 751 par Cromwell JA.

<sup>2594</sup> [1998] 164 D.L.R. (4th) 747, 751 par Cromwell JA.

<sup>2595</sup> «[...] if any deference is to be shown, it would be to the jurisdiction in which proceedings were first commenced, in the instance Nova Scotia », [1998] 164 D.L.R. (4th) 747, 755.

<sup>2596</sup> [1998] 164 D.L.R. (4th) 747, 754-755 : [...] there is no failure to adhere to the principle of comity when two courts conclude on the basis of similar considerations and principles that more than one forum is convenient", *infra* sur cette question.

<sup>2597</sup> V. également *Canadian Oxy Holdings Inc. v Gerling Global Gen. Ins. Co.*, (1997) 209 A.R. 69, 11 C.P.C. (4th) 356 (C.A.) (stay refusé alors même qu'une action concurrente est pendante aux Etats-Unis); *Loewen Group Inc. v*

que les tribunaux américains ont dépassé ce stade et libéré la concurrence de procédures du joug du *forum non conveniens*.

(2) LA DOCTRINE DE L'INTERNATIONAL ABSTENTION : LE FORUM NON CONVENIENS ADAPTÉ AU CONFLIT DE PROCÉDURES EN DROIT AMÉRICAIN

**571. Une jurisprudence encore naissante** - La doctrine du *forum non conveniens* a conquis les tribunaux américains à partir de la seconde moitié du 20<sup>ème</sup> siècle.<sup>2598</sup> Les deux décisions phares de la Cour Suprême, *Gulf Oil* d'abord, *Piper Aircraft* ensuite, n'ont cependant pas permis d'élucider la question des rapports entre la possibilité nouvellement acquise pour les tribunaux de céder la priorité à un for étranger plus approprié et l'existence d'une concurrence de procédures. La Cour ne s'est à notre connaissance jamais penchée sur la question, à défaut d'une véritable opportunité pour ce faire. On comprend dès lors pourquoi une partie importante de la jurisprudence manifeste une certaine *indifférence* à la concurrence de procédures dans l'examen de l'exception de for plus approprié (*supra*, n° 548).

A l'instar de la jurisprudence canadienne et australienne, une partie de la jurisprudence américaine semble avoir pris conscience de la spécificité des procédures concurrentes au point de ménager à celles-ci une place particulière au sein de la doctrine du *forum non conveniens*. Ce courant de jurisprudence, quoique encore bien confus, se rapproche de manière étonnante de la règle de litispendance, sans toutefois en adopter l'automatisme.

Cette jurisprudence encore naissante s'inspire largement des solutions en vigueur au sein de l'espace judiciaire américain pour appréhender les procédures concurrentes.<sup>2599</sup> Pour en mesurer la portée, il convient dès lors de rappeler dans un premier temps les grands principes qui régissent la coordination des procédures concurrentes aux Etats-Unis (i). Ceci permettra ensuite d'apercevoir les contours, encore mal dessinés, de la jurisprudence qui tente de ménager aux conflits de procédures une place digne de ce nom au sein de la version américaine du *forum non conveniens* (ii).

(A) Les origines : le droit américain des conflits de procédures

**572. Deux exceptions à la règle générale** - On se rappellera le rôle important dévolu à l'exception de chose jugée pour résoudre les conflits de procédures au sein de l'espace judiciaire américain : la *comitas* fédérale empêche en règle générale le recours aux solutions préventives, que ce soit l'interdiction de procéder ou la coordination par la déférence (*supra*, n° 339). Si l'on fait exception des procédures concurrentes mues entre deux tribunaux fédéraux, le principe veut que les deux procédures se poursuivent simultanément. Comme toute règle générale, la tolérance des conflits de procédures inter-américains souffre toutefois quelques exceptions. La jurisprudence révèle en effet

---

*Continental Ins. Co of Canada* (1997) 44 BCLR (3d) 387 (S.C.) (stay refusé malgré l'existence d'une procédure concurrente pendante aux Etats-Unis, parce qu'il n'a pas été démontré que le for américain est « clearly more appropriate ») ; *Ergdall v Omphalos Recovery Systems Inc.*, (1997) 8 W.W.R. 169, 159 Sask. R. 136 (Q.B.) (tribunal du Saskatchewan refuse un stay sollicité en faveur d'une procédure concurrente en Ontario).

<sup>2598</sup> Sur l'histoire du *forum non conveniens* en droit américain, v. CH. CHALAS, 69-87 et A. NUYTS, p. 92, n° 78 e.s.

<sup>2599</sup> Comme c'est souvent le cas en droit international privé américain, v. n° 339, *supra*. M. Burbank évoque dans ce contexte la « disposition to assimilate international to domestic interjurisdictional cases [...] » (*l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 208).

l'existence de certains aménagements à cette tolérance, aménagements qui diffèrent selon la nature des ordres judiciaires concernés. Ce sont précisément ces exceptions qui vont servir de référence à la jurisprudence naissante de l'abstention internationale. On peut distinguer deux types d'aménagements, selon qu'ils conduisent à un dessaisissement ou à un simple sursis à statuer d'un des juges concernés.

573. *'Abatement', 'dismissal' et jurisprudence Colorado River* – Pour résoudre la contradiction entre deux procédures concurrentes, un des tribunaux concernés peut décider d'abandonner toute prétention sur le litige et, en conséquence, se dessaisir. Cette mesure radicale n'a pas les faveurs de la jurisprudence américaine : on a déjà vu que les tribunaux avaient depuis toujours refusé de considérer que l'existence d'une procédure concurrente constituait une cause d'irrecevabilité justifiant un *'plea of abatement'*, règle qui a été confirmée par le *Restatement* (*supra*, n° 341).

Ceci n'a pas empêché la Cour Suprême de reconnaître, du bout des lèvres, la possibilité pour un tribunal fédéral de renoncer à statuer, dans certaines circonstances bien délimitées, en raison de la saisine concurrente d'un tribunal d'un Etat. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a distingué plusieurs versions de ce qu'on a appelé la 'doctrine de l'abstention'.<sup>2600</sup> Pour justifier cette entorse à l'obligation de principe des tribunaux d'exercer une compétence qui leur est dévolue, la Cour en a appelé à la fois à l'économie judiciaire et à des considérations liées au fédéralisme américain et au délicat équilibre des relations constitutionnelles entre les différents niveaux de pouvoir.<sup>2601</sup> Ainsi dans le cadre de l'abstention dite *Pullman*, un tribunal fédéral peut-il renoncer à se prononcer sur une question de droit constitutionnel qui lui est soumise pour autant que la décision du tribunal étatique saisi concurremment, sur un point de droit local, rende inutile la décision du tribunal fédéral.<sup>2602</sup>

574. *'Abatement', 'dismissal' et jurisprudence Colorado River (suite)* – La plus connue, et la plus controversée,<sup>2603</sup> des doctrines américaines de l'abstention est sans nul

<sup>2600</sup> V. en général, C. A. WRIGHT, *Law of Federal Courts*, St Paul, West, 1994, 308 e.s.; E. CHEREMINSKY, *Federal Jurisdiction*, 2ème éd., Little Brown & Co., Boston, 1994, 685-778; *Am. J.* 2d, vol. 32 A, v° Federal Courts, §§ 1227-1348, NY, Lawyers Cooperative Publishing, 1995 et B. FRIEDMAN, "A Revisionist Theory of Abstention", *Mich. L. R.*, 1989, 530 e.s.; MCMILLAN, "Abstention – The Judiciary's Self Inflicted Wound", *N.C.L. Rev.*, 1978, 527 e.s.; J. A. DAVIES, "Pullman and Burford Abstention: Claryfing the Roles of State and Federal Courts in Constitutional Cases", *U.C. Davis L. Rev.*, 1986, 1 e.s.; M. D. STAVEN, "The Abstention Doctrines: Balancing Comity with Federal Court Intervention", *Seton Hall L. Rev.*, 1998, 1102-1154 ainsi que N. SCHULTE, *Die anderweitige (ausländische) Rechtshängigkeit im US-amerikanischen Zivilprozessrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 132-149.

Aide l'opinion du juge Brennan dans *Colorado River Water Conservation Dist. v. United States*, 424 U.S. 800, 813-816, qui passe en revue les différentes versions de l'abstention.

<sup>2601</sup> Le professeur Wright explique que "The demands of federalism are at the heart of the abstention doctrine": C. A. WRIGHT, *op. cit.*, St Paul, West, 1994, 337.

<sup>2602</sup> Cette version de l'abstention a été consacrée dans la décision *Railroad Commission of Texas v. Pullman Co.*, 312 U.S. 496, 61 S. Ct. 643, 85 L.Ed. 971 (1941). Les autres types d'abstention sont 'Burford': *Burford v. Sun Oil Co.*, 319 U.S. 315, 63 S.Ct. 1098, 87 L. Ed. 1424 (1943) et l'abstention 'Younger': *Younger v. Harris*, 401 U.S. 37 (1971).

<sup>2603</sup> Une partie de la doctrine ne cache pas son insatisfaction envers cette dernière extension de la jurisprudence de l'abstention, redoutant qu'elle mette à mal le droit des justiciables américains de porter leur litige à la connaissance des tribunaux fédéraux, v. p. ex. L. S. MULLENIX, "A Branch Too Far: Pruning the Abstention Doctrine", *Georgetown L. J.*, 1986, 99 e.s. (l'auteur qualifie l'abstention de "an invidious encroachment on the constitutional and statutory rights of federal litigants", p. 101) et de la même, "Declining to Decide: Is a Federal Court's Decision to Send a Case Back to State Court in Deference to Ongoing State Proceedings Immediately Appealable?", *Preview of U.S. Supreme Court Cases*, 1995-96, 224 et "Federal Abstention in Declaratory Judgement Actions", *Preview of U.S. Supreme Court Cases*, 1994-95, 275 ainsi que M. H. REDISH, *The Federal Courts in the Political Order*, 1991, 47-74 (M. Redish exprime des doutes sur la légitimité d'une abstention jurisprudentielle, estimant que si l'abstention il doit y avoir, il revient au seul législateur de se prononcer sur le principe et les limites, argument qu'il a également développé in "Abstention, Separation of Powers and Limits of the Judicial Function", *Yale L.J.*,

doute l'abstention dite *Colorado River*, du nom de l'affaire dans laquelle la Cour Suprême a inauguré cette forme d'abstention.<sup>2604</sup> Cette version de l'abstention, la plus récente chronologiquement, vise directement les conflits de procédures. Dans cette affaire la Cour n'en a en effet pas appelé aux nécessités du fédéralisme pour justifier l'abstention, mais uniquement à l'économie judiciaire et au souci de prévenir un gaspillage inutile. En l'espèce, un tribunal fédéral et un tribunal de l'Etat du Colorado avaient été saisi d'un litige portant sur la délimitation des droits respectifs d'une tribu indienne et de l'Etat du Colorado sur une rivière. La Cour Suprême devait se prononcer sur la question de savoir si le premier tribunal pouvait légitimement renoncer à statuer au profit du second. Tout en insistant lourdement sur l'obligation imposée aux tribunaux fédéraux d'exercer la compétence dont ils sont investis, la Cour reconnut toutefois la possibilité pour ces tribunaux de renoncer à statuer. A l'appui de cette décision, la Cour constata tout d'abord qu'aucune des versions classiques de l'abstention ne permettait en l'espèce au tribunal fédéral de se débarrasser du litige.<sup>2605</sup> La Cour passa ensuite en revue les règles régissant les relations entre les différents ordres judiciaires américains, pour constater qu'en règle générale, en cas de conflit entre une procédure fédérale et une procédure étatique, les deux instances devaient se poursuivre concurremment en raison de "l'obligation quasiment absolue des tribunaux fédéraux d'exercer la compétence qui leur est allouée".<sup>2606</sup>

Si de façon exceptionnelle, le tribunal fédéral pouvait cependant selon la Cour 'renvoyer' les parties devant le tribunal concurrent, c'était au nom de la "bonne administration de la justice, en ayant égard au souci de l'économie de procédures et d'un traitement complet du litige".<sup>2607</sup> La Cour ne laissa pas de doute sur la nature de cette nouvelle exception : parmi les facteurs que le juge fédéral doit prendre en compte pour évaluer l'opportunité d'un dessaisissement, le juge *Brennan* évoqua notamment "le souci d'éviter un éparpillement de l'instance" ainsi que "l'ordre dans lequel les fors concurrents ont été saisi".<sup>2608</sup> Il s'agit donc bien d'une abstention visant les conflits de procédures en tant que tels, où le souci de protéger l'intégrité des relations fédérales n'intervient qu'en filigrane.<sup>2609</sup> On comprend dès lors que la Cour ait pris soin de limiter au plus juste cette nouvelle extension de l'abstention,<sup>2610</sup> en insistant sur son caractère exceptionnel.<sup>2611</sup>

1984, 71 e.s. mais *comp.* du même, "Intersystemic Redundancy and Federal Court Power : Proposing a Zero Tolerance Solution to the Duplicative Litigation Problem", *Notre Dame L. Rev.*, 2000, (1347), spéc. 1369-1374, où il explique pourquoi il a changé d'avis). V. également l'opinion dissidente des juges Stewart, Blackmun et Stevens dans l'affaire Colorado, qui reprochent à la majorité de "brader" le droit d'accès à la justice fédérale : *Colorado River Water Conservation Dist. v United States*, 424 U.S. 800, 821 e.s. D'autres commentateurs ont toutefois appuyé l'oeuvre de la Cour Suprême, p. ex. D. SHAPIRO, "Jurisdiction and Discretion", *N.Y.U.L.Rev.*, 1985, 543-577 et M. WELLS, "Why Professor Redish is Wrong About Abstention", *Georgia L. Rev.*, 1985, 1097 e.s.

<sup>2604</sup> *Colorado River Water Conservation Dist. v United States*, 424 U.S. 800, 96 S. Ct. 1236, 47 L. Ed. 2d 483 (1976).

<sup>2605</sup> *Colorado River Water Conservation Dist. v United States*, 424 U.S. 800, 813 (Brennan, J.).

<sup>2606</sup> 424 U.S. 800, 817 (Brennan J.) : "virtually unflagging obligation of federal courts to exercise the jurisdiction given them".

<sup>2607</sup> 424 U.S. 800, 817 : "[...] there are principles unrelated to considerations of proper constitutional adjudication and regard for federal-state relations which govern in situations involving the contemporaneous exercise of concurrent jurisdictions [...] by state and federal courts. These principles rests on considerations of wise judicial administration, giving regard to conservation of judicial resources and comprehensive disposition of litigation".

<sup>2608</sup> La Cour évoque notamment "the desirability of avoiding piecemeal litigation" et "the order in which jurisdiction was obtained by the concurrent fora" : 424 U.S. 800, 818.

<sup>2609</sup> Ce qui fait dire à M. *Wright* que l'abstention *Colorado River* est fondée "on the sole ground that there is a similar action pending in a state court in which the controversy between the parties can be resolved" : C.A. WRIGHT, *Law of Federal Courts*, St Paul, West, 1994, 335.

<sup>2610</sup> La décision de la Cour Suprême avait été préparée par deux jugements de la Cour d'Appel du 2<sup>ème</sup> Circuit : *Mottese v Kaufman*, 176 F. 2d 301 (CA 2<sup>nd</sup> Cir. 1949) et *P. Beiersdorf & Co v Mc Gohery*, 187 F.2d 14 (CA 2<sup>nd</sup> Cir. 1951).

La Cour Suprême aura par la suite l'occasion de préciser plus avant les facteurs qui doivent fonder l'appréciation du juge fédéral dans son examen de l'opportunité de l'abstention, tout en insistant à chaque fois sur le caractère exceptionnel de l'abstention.<sup>2612</sup> Au total, la possibilité pour un tribunal fédéral de renoncer à statuer au profit d'une procédure concurrente engagée devant un tribunal d'un Etat ne constitue que l'exception qui confirme la règle générale du maintien des deux procédures.<sup>2613</sup> Comme l'explique M. Wright, "il n'y a que dans de rares cas que les 'circonstances exceptionnelles' seront présentes, qui justifient que le tribunal fédéral renonce à statuer en raison d'une procédure concurrente devant un tribunal d'un Etat".<sup>2614</sup>

Tout en confirmant la tendance générale restrictive, les décisions ultérieures contribueront toutefois à embrouiller quelque peu les cartes. La Cour semble ainsi avoir décidé que la jurisprudence *Colorado River* permettait aux tribunaux fédéraux non seulement de renoncer à statuer, mais également de surseoir à statuer (le 'stay'),<sup>2615</sup> semant là les graines de la confusion qui allait s'installer dans la jurisprudence à propos du 'stay' en matière internationale (*infra*, n° 581).

**575. Le sursis à statuer ou 'stay' –** A côté de l'abstention pure et simple, les tribunaux américains ont également, et depuis fort longtemps, eu recours au *sursis à statuer* pour organiser la coordination des procédures concurrentes. Comme dans les autres pays de *common law*, le sursis prend la forme d'un 'stay', qui s'appuie sur le pouvoir inhérent des tribunaux de contrôler les procédures dont ils sont saisis (*supra*, n° 408).

Bien qu'une certaine confusion subsiste sur les origines de la jurisprudence,<sup>2616</sup> on constate que déjà au 19<sup>ème</sup> siècle, les tribunaux américains étaient susceptibles de surseoir à statuer en faveur d'une procédure concurrente pendante devant un tribunal d'un autre Etat. C'est ainsi qu'en 1897, la Cour d'Appel de New York décidait que, puisque "lorsque plusieurs actions sont pendantes dans cet Etat et que la décision dans l'une de ces procédures sera décisive pour les droits en jeu dans l'autre, il est indéniable que le juge peut accorder un sursis à statuer", il n'y avait pas de raison "pourquoi la même règle ne

<sup>2611</sup> 424 U.S. 800, 813 ("abstention from the exercise of federal jurisdiction is the exception, not the rule"), 424 U.S. 800, 817 ("the virtually unflagging obligation of the federal courts to exercise the jurisdiction given to them") et 424 U.S. 800, 819 ("Only the clearest of justification will warrant dismissal"). En l'espèce la Cour refusa d'ailleurs d'approuver le refus par le juge fédéral de renoncer à statuer.

<sup>2612</sup> *Moses H. Cone Memorial Hospital v Mercury Construction Corporation*, 460 U.S. 1, 103 S.Ct. 927, 74 L.Ed. 765 (1983) et *Will v Calvert Fire Insurance Co.*, 437 U.S. 655, 98 S.Ct. 2552, 57 L.Ed. 2d 504 (1978) et *on remand*, 586 F.2d 12 (7th Cir 1978).

<sup>2613</sup> Exception faite toutefois de la situation particulière des actions dénégatoires, auxquelles s'appliquent le *Declaratory Judgment Act*. La Cour Suprême a en effet expliqué que "[d]istinct features of the Declaratory Judgment Act, we believe, justify a standard vesting district courts with greater discretion in declaratory judgment actions than that permitted under the 'exceptional circumstances' test of *Colorado River* and *Moses H. Cone*": *Wilton v Seven Falls Co.*, 515 U.S. 277, 286 (1995). Et la Cour de décider que cette législation était "an enabling act, which confers a discretion on the courts rather than an absolute right on the litigant" (*Wilton v Seven Falls Co.*, 515 U.S. 277, 287 (1995)). Partant, les tribunaux fédéraux ont une plus grande latitude pour se débarrasser d'une demande fondée sur cette législation, sans devoir démontrer l'existence de 'circonstances exceptionnelles'. V. une application: *Supernova Computer, Inc. v Digitecnic S.A.*, 145 F.Supp.2d 1147 (N.D.Cal., 2001). Sur cette question, N. SCHULTE, *ac.*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 149-150.

<sup>2614</sup> "[...] there will be rare cases in which 'exceptional circumstances' will exist justifying stay or dismissal because of a concurrent state proceeding, but in most cases neither stay nor dismissal will be proper and the federal court will be obliged to exercise its jurisdiction": C.A. WRIGHT, *ac.*, St Paul, West, 1994, 339.

<sup>2615</sup> *Moses H. Cone Memorial Hospital v Mercury Construction Corporation*, 460 U.S. 1, 17 (1983).

<sup>2616</sup> V. sur l'histoire de la jurisprudence américaine, J.-P. GEORGE, "Parallel Litigation", *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 821-825.

devrait pas s'appliquer lorsque plusieurs actions sont pendantes dans des juridictions différentes".<sup>2617</sup> Et la Cour de suspendre en conséquence la procédure dont elle avait été saisie au profit d'un tribunal du Massachusetts.

Remède équitable par excellence, le 'stay' a progressivement intégré la *common law* des Etats américains pour subsister jusqu'à nos jours dans le droit de la plupart des Etats.<sup>2618</sup> Dans certains Etats, le sursis à statuer a même reçu une consécration législative, comme par exemple à New York<sup>2619</sup> ou en Illinois.<sup>2620</sup> Il a également été adopté par la législation fédérale relative aux enlèvements d'enfants,<sup>2621</sup> ainsi que par la loi modèle sur le même sujet qui a été adoptée par les 50 Etats.<sup>2622</sup> La deuxième édition du *Restatement of Conflict* a d'ailleurs confirmé la possibilité pour les tribunaux de surseoir à statuer en déférence à une procédure concurrente.<sup>2623</sup> Signalons enfin que le 'stay' n'est pas réservé aux relations

<sup>2617</sup> *Allentown Foundry and Machine Works v A.J.L. Loretz*, 16 App. Div. 72; 44 N.Y.S. 689 (NY 1897) : "In the case of several actions pending in this State, where the decision of one action will determine the rights set up in the others, unquestionably a stay may be granted. We do not see why the same rule should not apply to the case of actions pending in different jurisdictions". V. déjà *Lynch v Hartford Fire Ins. Co.*, 17 Fed. Reporter 627, 628 (Circuit Court New Hampshire 1883) (la Cour se refuse à accepter que l'existence d'une procédure concurrente constitue une cause d'irrecevabilité de la demande qui lui est soumise, mais explique que "courts of law will hereafter hold that they may attain the same end through their power of postponing actions and suspending judgments", et la Cour de citer la jurisprudence anglaise *McHenry v Lewis*).

<sup>2618</sup> V. de façon générale, 19 A.L.R. 2d 301 (Stay of civil proceedings pending determination of action in another state or country), avec de nombreuses références jurisprudentielles. Selon cette encyclopédie, "The power to stay local proceedings on account of the pendency of a foreign proceedings is, by the overwhelming weight of authority, recognized or conceded" (p. 2). M. George explique ainsi que "To the extent that a general rule may be derived from relatively few cases, stays are discretionarily available today in many jurisdictions under varying tests and presumptions with a general preference for first-filed actions and an almost routine dismissal of a local case in deference to a first-filed in rem action" (J. P. GEORGE, *loc. cit.*, *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 822). A dde N. SCHULTE, *Die anderweitige (ausländische) Rechtshängigkeit im US-amerikanischen Zivilprozessrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 112 e.s.

<sup>2619</sup> V. le § 2201 du Civil Practice Law and Rules, selon lequel "Except where otherwise prescribed by law, the court in which an action is pending may grant a stay of proceedings in a proper case, upon such terms as may be just". V. par exemple *Morgulas v J. Yudell Realty, Inc.*, 554 N.Y.S.2d 597, 599-600 (App. Div. 1990) et *SafeCard Servs. v American Express Travel Related Servs. Co.*, 610 N.Y.S.2d 23, 23 (App. Div. 1994) (ordonne un 'stay' de la procédure locale en déférence à une procédure pendante en Floride).

<sup>2620</sup> 735 Illinois Comp. Stat. 5/2 - § 619(a), qui prévoit que "Defendants may [...] file a motion for dismissal of an action [...] upon any of the following grounds [...] (3) that there is another action pending between the same parties for the same cause [...]". V. par exemple *A. E. Staley Mfg. Co. v Swift & Co.*, 419 N.E.2d 23, 27 (Ill. 1980) et sur cette disposition, S. BURBANK, "Where's the Beef?: The Interjurisdictional Effects of New Jersey's Entire Controversy Doctrine", *Rutgers L.J.*, 1996, (87), 110-112 ainsi que N. SCHULTE, *Die anderweitige (ausländische) Rechtshängigkeit im US-amerikanischen Zivilprozessrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 110-111.

<sup>2621</sup> *Parental Kidnapping Prevention Act*, 28 U.S.C. § 1738 A (1994), v. p. ex. *Adoption of Zachariah K.*, 8 Cal. Rptr. 2d 423 (Ct. App. Cal. 1992) (stay accordé en déférence à une procédure concurrente en Orégon).

<sup>2622</sup> Le *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, section 6 (c), disposition qui a été reprise dans la nouvelle version de cette législation, le *Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act* de 1997, v. la section 206 (c) de l'Act.

<sup>2623</sup> Le § 86 du Restatement, dont on a vu qu'il stipule qu'il n'y a pas lieu à 'abatement' entre deux procédures concurrentes, précise au commentaire que "While the pendency of a foreign action is not a bar to the maintenance of an action in the state of the forum, it may induce the court to grant a stay of the latter action" : Commentaire relatif au § 86, p. 259 (le premier Restatement n'aborde pas cette question, pas plus que celle du forum non conveniens). La doctrine majoritaire a fait sienne cette utilisation du 'stay', p. ex. R. J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Law*, Mineola, Foundation Press, 1986, 229, n° 4.38 ("[...] the pendency of such a suit in another jurisdiction is a basis on which the forum may exercise its discretion to stay the proceedings until the outcome of the other suit is known"); A. EHRENZWEIG, *A Treatise on the Conflict of Law*, St. Paul, West Publishing Co., 1962, 128, § 36 ("Such proceedings, state or federal, while not a ground for the abatement of the forum action, may induce the forum to stay its own case"); 1 *Am. Jur. 2d*, v° Abatement etc., § 10 ("Although the pendency of an action in the courts of one state or country is not a bar to the institution of another action between the same parties and for the same cause of action in the court of another state or country, it is usual for the court in which the later action is brought to stay proceedings under such circumstances until the earlier action in the other jurisdiction is determined"); *Cyclopedia of Federal Procedure*, 3ème éd., vol. 9, 1993, v° Continuances and Stay, 84, n° 28.07; C.J.S., vol. 1A, v° Actions, 1985, § 249, 735; 19 A.L.R. 2d 301, § 3.

entre tribunaux des Etats; les tribunaux de certains Etats se sont parfois montrés prêts à accorder un 'stay' en faveur d'une procédure engagée devant un tribunal fédéral.<sup>2624</sup>

576. Le sursis à statuer ou 'stay' (suite) – L'institution du 'stay' est sans doute à rapprocher des limites du 'plea of abatement', dont on a déjà évoqué la vocation purement territoriale.<sup>2625</sup> La pratique révèle que les tribunaux ne montraient que peu d'hésitation à suspendre leur procédure en faveur d'une instance engagée antérieurement.<sup>2626</sup> Comme l'explique le commentaire qui accompagne le *Restatement*, dès lors que les deux procédures mettent en jeu les mêmes questions et ne se distinguent pas par l'ampleur des remèdes qu'elles accordent aux parties, "les tribunaux accorderont souvent, dans leur libre appréciation, un sursis de la procédure engagée en second dans l'attente de la résolution de la première".<sup>2627</sup>

Cette attitude s'explique sans doute par le contexte fédéral dans lequel le 'stay' est invoqué : les tribunaux concernés appartiennent à un espace judiciaire commun, et partagent la même culture juridique. Qui plus est, leurs décisions s'imposent les unes aux autres en vertu du prescrit de constitutionnel de libre circulation des jugements – la fameuse *Full Faith and Credit Clause*. Il reste que le stay n'a rien d'une règle 'guillotine' pour la seconde action. Le sursis à statuer est en effet laissé à la libre appréciation du juge,<sup>2628</sup> ce qui explique d'ailleurs que des tribunaux aient pu s'incliner, de façon exceptionnelle il est vrai, devant une saisine concurrente postérieure.<sup>2629</sup>

<sup>2624</sup> P. ex. *Sirmons v Superior Court*, 96 Cal. App. 2d 119, 124-125; 214 P. 2d 844, 849; 19 ALR 2d 288 (1950) (deux procédures de divorce, l'une devant juridiction fédérale au Texas et l'autre devant juridiction fédérée en Californie. Cette dernière décida que "The rule which forbids a latter action in the same jurisdiction between the same parties involving the same subject matter rests upon principles of wisdom and justice, to prevent vexation, oppression and harassment, unnecessary litigation, and multiplicity of suits, and applies equally where the first suit is instituted in another jurisdiction as it does where both suits are instituted in the same jurisdiction; and if the proceedings should be stayed in the one instance (that is, where the two suits are commenced in the same jurisdiction) in order to avoid a multiplicity of suits and prevent vexatious litigation, conflicting judgments and unseemly conflict between litigants and courts, they should also be stayed for the same reasons, where the first suit is commenced and is pending in another jurisdiction"); *Young v Herald*, 138 Ind. App. 454, 209 NE2d 525; *Ackert v Ausman*, 29 Misc. 2d 974, 218 NYS 2d 814. V. la jurisprudence citée par Am. Jur. 2d, v° Actions, § 79.

<sup>2625</sup> Le rapprochement est d'ailleurs fréquemment fait entre les limites du *plea of abatement* et le pouvoir de surseoir à statuer, p. ex. A. EHRENZWEIG, a.c., 1962, 128, § 36 ("Such proceedings, state or federal, while not a ground for the abatement of the forum action, may induce the forum to stay its own case"); 1 *Am Jur. 2d*, v° Abatement etc., § 10; *Cyclopedia of Federal Procedure*, 3ème éd., vol. 9, 1993, v° Continuances and Stay, 84, n° 28.07.

<sup>2626</sup> Un tribunal du Delaware a ainsi expliqué que le pouvoir d'appréciation du juge devait être "exercised freely in favor of the stay when there is a prior action pending elsewhere, in a court capable of doing prompt and complete justice, involving the same parties and the same issues" : *McWare Cast Iron Pipe Corp. v McDowell-Wellman Eng'g Co.*, 263 A.2d 281, 283 (Del. 1970). V. également *Space Master Int'l Inc. v Porta-Kamp Manufacturing Company, Inc.*, 794 S. W. 2d 944 (C.A. Texas 1990) (procédures au Texas et au New Jersey); *Sauter v Sauter*, 4 Conn. App. 581, 495 A.2d 1116 (C.A. Conn 1985) (procédures au Connecticut et dans l'Etat de New York); *Brooks Erection Co. v William R. Montgomery & Associates, Inc.*, 576 S.W. 2d 273 (CA Kentucky 1979) (procédures au Kentucky et au Missouri); *Fitch v Whipples*, 220 A. 2d 170 (Maine Supreme Court 1966) (procédures au Maine et au Connecticut); *A. J. Armstrong Co. Romanach*, 165 So. 2d 817 (C.A. Fla. 1964) (deux actions dans deux états fédérés différents). V. également la jurisprudence citée par Am. Jr. 2d, v° Actions, § 78 ainsi que par J.-P. GEORGE, l.c., *Baylor L. Rev.*, 838-840.

<sup>2627</sup> *Restatement of Conflict, Second*, § 86, p. 259 : "the courts will frequently, in their discretion, grant a stay of the second action pending the outcome of the first". Selon 19 ALR 2d, 301, § 3, les tribunaux "have been liberal in exercising their discretion in favor of granting a stay of the proceedings of the forum [...]". V. p. ex. *Space Master Int'l Inc. v Porta-Kamp Manufacturing Company, Inc.*, 794 S. W. 2d 944, 946 (C.A. Texas 1990) (La Cour note que "As a matter of comity, however, it is the custom for the court in which the latter action is instituted to stay proceedings therein until the prior action is determined or, at least, for a reasonable time, and the custom has practically grown into a general rule which strongly urges the duty upon the court in which the subsequent action is instituted to do so", nous soulignons); *Schwartz v De Loach*, 453 So.2d 454 (Fla. App. D2) (le tribunal accueillera le stay "where the action before it involves the same parties and the same issues as a previously filed action in federal courts").

<sup>2628</sup> Une encyclopédie explique ainsi que "A stay of proceedings [...] is within the court's discretion, [...] There is no general rule for the guidance of the trial courts in the exercise of this discretion, save that care must be taken,



La jurisprudence révèle que les tribunaux font dépendre leur appréciation d'un examen de l'ensemble des circonstances de la cause, et au premier rang de l'identité entre les deux procédures.<sup>2630</sup> Parmi les éléments qui ont été jugés pertinents pour l'appréciation de l'opportunité du 'stay', certains, comme la proximité des fors respectifs avec les témoins, ont manifestement été empruntés à l'exception de for inapproprié.<sup>2631</sup> D'autres sont par contre propres aux conflits de procédures. Il en est ainsi de l'économie de procédures, de la courtoisie internationale, de l'état d'avancement respectif des deux procédures ou encore de la possibilité d'invoquer le jugement futur du for étranger pour mettre fin à la procédure du for.<sup>2632</sup> Bref le 'stay' est solidement implanté dans le droit des Etats comme technique sophistiquée de coordination des procédures concurrentes.

**577. Le 'stay' en droit fédéral - la jurisprudence *Landis*** - Le sursis à statuer n'est pas l'apanage des seuls tribunaux des Etats. La Cour Suprême a eu l'occasion d'intégrer cette invention de l'*Equity* dans la 'common law' fédérale, permettant ainsi aux tribunaux fédéraux, bien avant l'apparition des doctrines de l'abstention (*supra*, n° 572) et du *forum non conveniens*, de surseoir à statuer en déférence à une procédure concurrente. Des décisions anciennes avaient déjà annoncé la consécration de cette technique,<sup>2633</sup> qui fut consacrée dans l'arrêt *Landis* prononcé en 1936.<sup>2634</sup> En l'espèce la Cour d'Appel du district de Columbia avait suspendu une procédure initiée par plusieurs holdings désireux d'obtenir que le juge déclare anticonstitutionnelle une loi fédérale les obligeant à se soumettre au contrôle de la *Securities and Exchange Commission* nouvellement établie. Le sursis devait permettre au tribunal du district méridional de New York de statuer sur la demande concurrente de cette Commission, visant à obliger les holdings à coopérer avec elle. La Cour Suprême approuva le principe du sursis, parce qu'il permettait de "[...] coordonner les affaires judiciaires de façon raisonnable et efficace".<sup>2635</sup>

---

under the circumstances of each case, that injustice is not done [...]” (*Cyclopedia of Federal Procedure*, 3ème éd., vol. 9, 1993, v° Continuances and Stay, 70, n° 28.03).

<sup>2629</sup> P. ex. *General Foods Corp. v Cryo-Maid, Inc.*, 41 Del. Ch. 474, 198 A2d 681 (la Cour d'Appel du Delaware a suspendu la procédure dont elle était saisie pour permettre la continuation d'une procédure entamée ultérieurement devant les tribunaux de l'Illinois). Cette possibilité est confirmée par Ehrenzweig, *Treatise*, § 36, p. 129 (“occasionally even a subsequent foreign action may constitute a ground for stay”); 1 Am. Jur. 2d, v° Actions, § 78; 1A C.J.S., v° Actions, p. 736, § 249.

<sup>2630</sup> Selon un tribunal new yorkais, le 'stay' ne sera accordé que dès lors qu'il y a “complete identity of the parties, causes of action and relief sought” : *Del-Val Fin. Corp. v Federal Ins. Co.*, 598 N.Y.S.2d 197, 198 (App. Div. 1993) (en l'espèce la procédure concurrente au New Jersey ne justifiait pas le stay).

<sup>2631</sup> “Convenience of parties and witnesses” 1A C.J.S., v° Actions, 736-737, § 249.

<sup>2632</sup> Facteurs cités par 1 Am. Jur. 2d, v° Actions, § 78 (“comity; desirability of avoiding a multiplicity of forums; whether the foreign litigation is at an advanced or preliminary stage; the likelihood of obtaining complete relief in the foreign jurisdiction; the possibility that a judgment entered in the foreign jurisdiction will render the matter before the court *res judicata*”). V. également *Leadford v Leadford*, 8 Cal. Repr. 2d 9, 12 (Ct. App. Cal. 1992); *Nationwide Mut. Ins. Co. v Mayer*, 833 P.2d 60, 62 (Colo. Ct. App. 1992) et *General Foods Corp. v Cryo-Maid, Inc.*, 198 A.2d 681, 684 (Del. 1964). Les encyclopédies de droit américain offrent une bonne synthèse de la jurisprudence américaine sur cette question, p. ex. 19 A.L.R. 2d 301, § 5 (qui cite parmi les facteurs pertinents la “comity, prevention of multiplicity of suits, prevention of unnecessary vexation and harassment of the defendant, likelihood of obtaining complete relief in the foreign pending action, res judicata effect in the suit pending in the forum of any judgment which might be recovered in the foreign pending action”); 1A C.J.S., v° Actions, 736-737, § 249 (le seul fait que procédure étrangère commencée antérieurement ne suffit pas à justifier le sursis. D'autres facteurs doivent être pris en compte, telle que la “convenience of parties and witnesses, damage, hardship or inequity to either of the parties, and the likelihood of prompt disposition of the controversy in one or the other action”). Cfr. également le commentaire du Restatement, § 86, p. 259 (le sursis à statuer ne sera accordé que lorsqu'il est clair “that the plaintiff can secure all the relief to which he is entitled in the first action”).

<sup>2633</sup> V. surtout *Kansas City Southern Ry. v United States*, 282 U.S. 760, 763 (1930) et *Eneadow v New York Life Ins. Co.*, 293 U.S. 379, 382 (1935).

<sup>2634</sup> *Landis et al. v North American Co.*, 299 U.S. 248, 254, 57 S. Ct. 163, 81 L. Ed. 153 (1936).

<sup>2635</sup> 299 U.S. 248, 255, 57 S. Ct. 163, 166 : “[...] coordinate the business of the courts efficiently and sensibly [...]”.

Dans un attendu devenu depuis célèbre, le juge Cardozo expliqua que “[...] le pouvoir de surseoir à statuer est incident au pouvoir que possède tout tribunal de contrôler la poursuite des affaires portées sur son rôle avec une économie de temps et d’efforts pour lui-même, pour les conseils ainsi que pour les parties”.<sup>2636</sup> La Cour réforma cependant la décision en ce qu’elle avait omis de préciser à quel moment le sursis prendrait fin. Avec cette décision, le ‘stay’ est définitivement entré dans le droit fédéral.<sup>2637</sup> Il y coexiste, selon des modalités qui n’ont jamais été pleinement élucidées, avec les autres possibilités de coordination que constituent les doctrines de l’abstention ainsi que la variante interne du *forum non conveniens*.<sup>2638</sup> Il est temps d’examiner maintenant quelle a été l’influence de ces différents instruments, le ‘stay’ aussi bien que le dessaisissement, sur la résolution des conflits de procédures internationaux.

(B) L’abstention internationale : une jurisprudence naissante

**578. Introduction** - La section précédente a montré la richesse des instruments dont disposent les tribunaux américains pour coordonner, de façon exceptionnelle, les procédures concurrentes au sein de l’espace judiciaire américain. La diversité des solutions existante contraste avec le peu d’enthousiasme de ces mêmes tribunaux pour étendre ces solutions aux conflits de nature internationale. Jusqu’à fort récemment, il était peu fréquent de voir un tribunal américain céder la priorité à un tribunal étranger concurrentement saisi – même s’il faut nuancer ce constat en raison de la maigreur de la jurisprudence (a). Sans qu’il soit possible de dire pourquoi, ni de préciser à quelle date exactement le changement a eu lieu, on constate que la jurisprudence récente se montre plus attentive aux conflits de procédures. Cette nouvelle attitude se traduit par une plus grande volonté de coordination avec la procédure étrangère concurrente. On examinera quelles ont été les principales étapes du changement (b).

(i) Les maigres résultats de la coordination internationale

**579. Pas de dessaisissement en faveur d’une procédure étrangère** - Traditionnellement, les tribunaux américains ne faisaient pas grand cas des procédures concurrentes dont étaient saisis les tribunaux étrangers. Il était tout d’abord hors de question pour un tribunal américain de *se dessaisir* au profit d’un tribunal étranger.<sup>2639</sup> Une décision ancienne a confirmé que le ‘plea of abatement’ ne pouvait être invoqué en raison d’une procédure pendante devant un tribunal étranger<sup>2640</sup> – ce qui ne doit pas étonner

<sup>2636</sup> 299 U.S. 248, 254, 57 S.Ct. 163, 166 : “[...] the power to stay proceedings is incidental to the power inherent in every court to control the disposition of the causes on its docket with economy of time and effort for itself, for counsel and for litigants”.

<sup>2637</sup> V. depuis lors par ex. *Semmes Motors, Inc. v Ford Motor Co.*, 429 F. 2d 1197 (CA 2<sup>nd</sup> Cir. 1970) (stay accordé pour mettre fin à un conflit entre deux procédures fédérales); *Microsoft v. Computer Systems, Inc. v Intel Corp.*, 686 F. 2d 531 (CA 1<sup>st</sup> Cir. 1982) (stay au profit d’une procédure concurrente engagée devant le tribunal d’un Etat fédéré).

<sup>2638</sup> 28 U.S.C § 1404 (a).

<sup>2639</sup> En ce sens, A. EHRENZWEIG, *A Treatise on the Conflict of Laws*, St Paul, West, 1962, 128. V. aussi 1 *Am Jur.* 2d, v° Abatement, Revival and Survival, n° 10 (“a suit pending in a foreign jurisdiction will not abate a suit in a domestic tribunal”).

<sup>2640</sup> *Swedisch American National Bank v Dickinson Comp.*, 6 N.D. 222, 233 ; 698 N.W. Rep. 455 (North Dakota 1896) : dans un obiter dictum, la Cour note l’existence d’une “rule [...] that the pendency of an action in a foreign state or country does not constitute a good plea in abatement” (nous soulignons). En l’espèce, il s’agissait de deux procédures pendantes dans deux Etats américains.

puisque cette exception n'était pas non plus disponible au sein de l'espace judiciaire américain. La jurisprudence ultérieure ne revint pas sur l'absence de vocation internationale du dessaisissement, définitivement confiné aux limites des Etats.<sup>2641</sup>

**580. Une utilisation modeste du sursis à statuer** - Quant aux diverses variantes du *sursis à statuer*, on ne trouve que fort peu de décisions qui acceptaient de les mettre en oeuvre au profit d'une procédure étrangère. Ce n'est pas que les tribunaux, ou la doctrine, contestaient le principe de l'extension du 'stay' aux espèces internationales. Au contraire une doctrine unanime enseignait que le tribunal saisi d'un litige pouvait fort bien accorder aux parties le bénéfice d'un sursis à statuer en raison de la saisine concurrente d'un tribunal étranger.<sup>2642</sup> Il n'en reste pas moins que dans la plupart des décisions anciennes dont nous avons eu connaissance, les tribunaux ont refusé de faire droit à la demande de sursis.

L'affaire *Gosschalk* illustre parfaitement cette attitude.<sup>2643</sup> Une demande de divorce avait été introduite devant un tribunal américain par un citoyen des Pays-Bas, alors que son épouse, elle même originaire des Pays-Bas, avait introduit quelques 4 ans auparavant une demande similaire devant les tribunaux de son pays. Cette instance n'avait certes pas progressé substantiellement, mais une fois les tribunaux américains saisis, l'épouse tenta de lui insuffler une seconde vie, en même temps qu'elle demandait au tribunal américain de surseoir à statuer. La Cour Supérieure du New Jersey rejeta la demande de sursis à statuer, en notant l'inactivité prolongée de l'épouse dans la procédure aux Pays-Bas. La Cour expliqua qu'il "n'existe pas de devoir obligatoire pour le juge du fond de surseoir à statuer sur l'action dont il est saisi en déférence à une procédure instituée antérieurement dans une autre juridiction par ou entre les mêmes parties et portant sur le même litige. L'octroi d'un sursis est une mesure discrétionnaire dans le chef du juge de fond [...] Chaque tribunal est libre de poursuivre son propre chemin et à son propre rythme sans faire référence à la procédure pendante devant l'autre tribunal"<sup>2644</sup>

<sup>2641</sup> *Elizabeth H. Chadwick v William H. Gill and Parkhill Corp., Ltd.*, (1928) 16 Del. Ch. (Delaware Chancery Reports) 127, 141 A. 618 (deux procédures impliquant les mêmes parties, l'une aux Etats-Unis et l'autre en Angleterre, commencée avant la procédure américaine, le tribunal explique que « The pendency of a prior suit in personam in a foreign court, is no sufficient cause for stay or bar of a suit instituted in a domestic court »); *Pesquera del Pacifico, et al. v Superior Court in and for San Diego County et al.*, 201 P. 2d 553, 554; 89 Cal. App. 2d 738 (C.A. Calif. 1949) (action au Mexique et aux Etats-Unis : "The pendency of the action in the Republic of Mexico is not a bar to the institution of another action between the same parties and for the same cause of action in the courts of California [...]"); *Dayan v McDonald's Corp.*, 382 N.E.2d 55, 58 (1978) (en l'espèce, la chaîne de restauration rapide américaine accusait une entreprise française à qui elle avait décerné une licence d'exploitation, de ne pas respecter l'accord qu'elles avaient conclu. McDonald's engagea des poursuites en France, sur quoi Dayan saisi la justice américaine. La Appellate Court of Illinois refusa de faire droit à la demande de dessaisissement formulée par McDonald's en ces termes : « In Illinois, the rule is that the mere pendency of a lawsuit in a foreign country is not a bar to proceedings in our courts »).

<sup>2642</sup> M. Eberzweig expliquait ainsi (ac, 1962, 127, § 36) que "According to an opinion erroneously held abroad, American courts generally refuse to grant a stay in favor of foreign proceedings. This opinion is certainly incorrect with regard to sister state proceedings. [...] But this willingness probably exists also with regard to proceedings in in foreign countries of both common law and civil law orbits". Du même, *Private International Law*, 1973, II, 41-42, § 180-4. V. aussi D. D. SIEGEL, *Practice Commentary*, in McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated, vol. 7, West, 1992 (Commentaire du § 2201 CPLR selon lequel, "If it appears appropriate to stay the New York action because of the pendency of a foreign one which is in all respect duplicative of the New York case, CPLR 2201 would offer the authority"); C.J.S. vol. 1A, v° Actions, 1985, St. Paul, West, § 253, p. 747 ("While the court may do so, it need not stay proceedings because of the pendency of a suit between the same parties involving the same subject matter in a court of a foreign country [...]").

<sup>2643</sup> *Gosschalk v Gosschalk*, 138 A.2d 774 (Atlantic Reporter 2d); 48 N.J. Super. 566 (Superior Court of New Jersey 1958).

<sup>2644</sup> 138 A.2d 774, 782 : "There is no compulsory duty resting on a trial court requiring it to stay a proceeding pending before it on account of the pendency in another jurisdiction of an action previously instituted by or between the same parties and on the same cause of action. The granting of a stay is discretionary with the trial court, limited only by special equities showing abuse of discretion in that injustice would be perpetrated on the

581. Une utilisation modeste du sursis à statuer (suite) - Les autres décisions qui nous sont connues ne font pas preuve d'un plus grand empressement à coordonner leur activité avec celles d'un tribunal étranger concurrentement saisi.<sup>2645</sup> La jurisprudence n'est sans doute pas assez abondante pour conclure dans un sens ou dans l'autre. Tout au plus peut-on constater que les tribunaux ne montraient pas un grand enthousiasme pour l'extension du 'stay' aux relations internationales. Les rares hypothèses où le sursis a été accordé s'expliquent par les circonstances particulières de la cause, et notamment le fait que les deux tribunaux saisis appartenaient à des juridictions de *common law*, comme par exemple dans l'affaire *Oppenheimer*.<sup>2646</sup>

C'est ce que confirme un commentateur new yorkais, qui explique à propos du § 2201 du *Civil Practice Law and Rules* de cet Etat, disposition qui consacre, comme on l'a vu, la possibilité pour le tribunal d'octroyer un sursis à statuer *pendente lite*, que si cette mesure peut être envisagée en présence d'une procédure concurrente engagée devant un juge étranger, "le tribunal doit dans cette hypothèse par la force des choses montrer plus

---

one seeking the stay. [...] Each court is free to proceed its own way and in its own time without reference to the proceedings in the other court".

<sup>2645</sup> P. ex. *A. P. Youngblood, Inc. v Banca Commerciale Italiana*, 177 App. Div. 491; 164 N.Y.S. 285 (1917) (demande de sursis à statuer en faveur d'une procédure italienne commencée après la procédure américaine est rejetée, parce que cette procédure étrangère a été commencée par un employé sans autorisation et est sans doute une fraude visant à retarder l'issue de la procédure américaine, toutefois le tribunal ne condamne pas a priori toute demande de sursis en faveur d'une procédure étrangère); *Idonah Slade Perkins v Benguet Consolidated Mining Co.*, 55 Cal. App. 2d 720; 231 P. 2d 70 (1942) (conflit ouvert entre juridiction américaine et juridiction philippine avec de nombreuses décisions qui se contredisent, défendeur demande sursis à statuer d'une procédure américaine en déference à une procédure philippine, demande rejetée, non pas par principe mais à cause des circonstances particulières de la cause, à savoir la guerre qui empêchent les juridictions philippines de fonctionner et fait que procédure américaine est commencée 6 mois avant procédure étrangère); *Elizabeth H. Chadwick v William H. Gill and Parkhill Corp., Ltd.*, (1928) 16 Del. Ch. (Delaware Chancery Reports) 127, 128; 141 A. 618 (affaire déjà évoquée, le tribunal rejete une 'motion to stay proceedings' en faveur d'une procédure en Angleterre, mais la Court of Chancery of Delaware laisse porte ouverte à une exception à cette règle puisque constate que « There is no showing of special facts or circumstances indicating an equity of any sort such as would warrant a stay order ». La cour ne se prononce pas non plus sur le sort de deux actions réelles); *Pesquera del Pacifico, et al. v Superior Court in and for San Diego County et al.*, 201 P. 2d 553, 554-555; 89 Cal. App. 2d 738 (C.A. Calif. 1949) (affaire déjà évoquée, la cour explique que la procédure engagée au Mexique ne constitue pas un obstacle à l'introduction d'une procédure concurrente aux Etats-Unis, "nor was it the duty of the Superior court to stay the action pending the determination of the earlier suit in Mexico, even though the entire controversy might be there disposed of. As a matter of comity, although not as a matter of right, the court had power to continue the case of the circumstances warranted such action" (continue = stay); en l'espèce le sursis est refusé, la cour reconnaît le principe mais décide que les procédures ne sont pas suffisamment identiques : "There was no satisfactory proof or evidence to show that any or all of the issues presented in the suit pending in Mexico are identical with or similar to the issues before him"). V. également *Albeo Industries, Inc. v John Lennon et al.*, 85 Misc. 2d 465, 377 N.Y.S. 2d 362 (1975) (la Cour refuse de surseoir à statuer en application du § 2201 NY CPLR en présence d'une procédure anglaise concurrente).

<sup>2646</sup> *Leo Oppenheimer v Canabaya Rubber & Navigation Company*, 145 App. Div. 830, 130 N.Y.S. 587 (1911). La cour, confrontée à une procédure parallèle pendante devant les juridictions anglaises, mais introduite postérieurement à l'action américaine, décide de surseoir à statuer en faisant usage de son pouvoir discrétionnaire. Elle souligne un nombre important de facteurs qui motivent cette décision. Paraissent décisifs la circonstance que la procédure anglaise permet de résoudre l'entièreté du litige alors qu'elle même n'est saisie que d'une partie de celui-ci et que la procédure étrangère est pendante devant une juridiction soeur de *common law*. La Cour souligne également que le litige est plus étroitement lié à l'Angleterre qu'aux Etats-Unis et que la juridiction anglaise procède à bon pas vers la résolution du litige. La Cour limite cependant la durée du sursis à statuer à un an et précise qu'il peut être réformé si la procédure anglaise n'avance pas. V. également *Franklin Saemann v Everest & Jennings Int'l. et al.*, 343 F. Supp. 457, 461 (N.D. Ill. 1972) (sursis accordé en déference à une procédure anglaise, parce que "the long delay in bringing this action while the closely comparable English cases were proceedings towards trial would make concurrent litigation here inequitable as well as wasteful of judicial resources") et *Calabrio Co., Inc. v Bangkok Bank, Ltd.*, 55 F.R.D. 82, 87 (SDNY 1972) (une même partie avait introduit deux procédures, l'une en Thaïlande et l'autre aux Etats-Unis, contre une banque thaïlandaise. Le tribunal rejeta la demande de dessaisissement pour *forum non conveniens*, mais accéda à la requête du défendeur le priant de surseoir à statuer, en observant que le demandeur ne pouvait se plaindre d'une procédure qu'il avait lui-même engagée : "[...] plaintiff should be held to abide to the resolution of relevant litigation which it itself inaugurated").

d'hésitation. Nous avons moins confiance dans la justice étrangère, sauf peut être celle du Royaume-Uni et de quelques pays anglophones, que dans la justice de nos propres tribunaux. C'est pourquoi le simple fait qu'une action concurrente est pendante devant un tribunal étranger ne justifie pas à lui seul l'octroi d'un sursis à statuer, même si cette action a été introduite antérieurement".<sup>2647</sup>

On ne peut donc accepter qu'avec réserve le commentaire de M. *Ehrenzweig* qui écrivait que "les tribunaux américains ont dans presque toutes les affaires pertinentes octroyé un sursis à statuer en raison de l'existence d'une procédure concurrente, du moins pour une période raisonnable".<sup>2648</sup> Il n'en reste pas moins que la possibilité de coordonner les procédures concurrentes existait, même si elle était rarement utilisée en pratique. Les choses vont changer à partir des années 1980.

(ii) L'essor confus d'une jurisprudence nouvelle

**582. Introduction** - La frilosité des tribunaux américains va à partir des années 1980 progressivement laisser place au développement d'une jurisprudence particulière, visant spécifiquement les conflits de procédures. Confrontés à des procédures concurrentes engagées devant des tribunaux étrangers, les juridictions américaines vont constater l'absence de précédent de la Cour Suprême sur la question.<sup>2649</sup> La doctrine du *forum non conveniens* apportait certes un début de réponse, mais elle ne permettait pas de tenir compte de manière spécifique de la concurrence de procédures (*supra*, n° 548). Comme le constatera une Cour d'Appel, les tribunaux fédéraux vont dès lors s'inspirer des règles régissant la concurrence de procédures au sein de l'espace judiciaire américain pour construire des principes guidant leur action en cas de concurrence avec une procédures pendante à l'étranger.<sup>2650</sup>

<sup>2647</sup> D. SIEGEL, commentaire du § 2201 in *McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated*, vol. 7, West, St Paul, at § 2201 : "here the court must necessarily be more hesitant. We have less confidence in foreign courts, except perhaps for those of Great-Britain and a few other English speaking countries, than we have in domestic courts. The mere fact that a duplicative action is pending in a foreign court, therefore, even if brought there earlier, does not in itself suffice to warrant a stay".

<sup>2648</sup> A. A. EHRENZWEIG et E. JAYME, *Private International Law...*, II, *Special Part*, Leiden/Dobbs Ferry, Sijthoff/Oceana Publications, 1973, 41-42, § 180-4 : "American courts have in almost all pertinent cases stayed proceedings pendente lite, at least for a reasonable period. Rare exceptions concern such cases as those where a foreign court was found to have unduly delayed its own proceedings". Du même, *ac*, St Paul, West, 1962, 127, § 36 ("in almost all of the pertinent cases found, which deal with identical parties and causes of action, the American court decided to stay its proceedings pendente lite"). V. également W. J. HABSCHIED, "Bemerkungen zur Rechtshängigkeitsproblematik im Verhältnis der BRD und der Schweiz einerseits und den USA andererseits", in *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, H. BERNSTEIN et al (eds.), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1981, (109), 122.

<sup>2649</sup> *Advantage International Management, Inc. v Martinez* 1994 WL 482114 (SDNY 1994) : "the Supreme Court has not addressed specifically the criteria that courts should consider when determining the propriety of staying or dismissing a federal action in deference to another lawsuit pending in a foreign jurisdiction [... ]". V. aussi *Dragon Capital Partners L.P. v Merrill Lynch Capital Services Inc* 949 F. Supp., (1123), 1127 (S.D.N.Y. 1997); *Caspian Investments, Ltd. v Vicom Holding Ltd. et al.*, 770 F. Supp. 880, 884 (SDNY 1991); *Brinco Mining Ltd. v Federal Insurance Comp.*, 552 F. Supp. 1233 (D.D.C 1982) (la Cour constate l'absence de précédent "which clearly state the appropriate degree of deference each federal court owes to proceedings in another country which have yet to reach judgment"). Dans le même sens, G. BORN, 1996, 461-462 ("There is no direct statutory or constitutional guidance for U.S. courts considering requests for stays in deference to foreign litigation and no state legislative direction. The subject is governed almost entirely by common law precedent. Moreover, the Supreme Court has not considered the question in the international context and there are few lower court decisions on the subject").

<sup>2650</sup> *Turner Entertainment Co. v Degeto Film GmbH, et al.*, 25 F.3d (1512), 1518 (CA 11th Cir. 1994) : "federal courts have begun to fashion principles that guide courts' action in cases of concurrent jurisdiction in a federal court and the court of a foreign nation".

Ces précédents étant multiples et parfois vagues, on va assister au développement confus et aujourd'hui encore inachevé de plusieurs courants différents dans la jurisprudence.<sup>2651</sup> Un observateur averti des conflits de juridictions américains a ainsi distingué deux courants, selon l'importance que le tribunal accorde à l'obligation de principe d'exercer la compétence que la loi lui confère.<sup>2652</sup> Au total, on comprendra que le droit américain des conflits de procédures ne brille pas par sa clarté!<sup>2653</sup>

Même si en dernière analyse, les différents courants se rejoignent sur l'essentiel, à savoir la possibilité de coordonner l'activité des tribunaux américains avec celle de tribunaux étrangers,<sup>2654</sup> les différences de sensibilité justifient un traitement séparé.<sup>2655</sup> On verra que dans une première étape, les tribunaux se sont fortement laissés influencer par les différents précédents évoqués, pour s'en dégager progressivement et donner à ce qu'on a appelé l'*international abstention*<sup>2656</sup> un visage qui lui est propre.

<sup>2651</sup> M. Burbank explique que "When parallel litigation is pending in a federal court and in the court of another country, until such time as the Supreme Court provides guidance, the rules governing a motion to dismiss or stay and a motion for an antisuit injunction may depend on the federal circuit in which that federal court sits. It appears that a reason for such differences in circuit law on *lis pendens* and antisuit injunctions in international cases has been the choice of 'domestic' models, the model of litigation entirely within the federal court system (federal-federal) or the interjurisdictional (federal-state) model" (*Id.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 214).

<sup>2652</sup> G. BORN, 1996, 462. *Comp. Turner Entertainment Co. v. Degeto Film GmbH et al.*, 25 F.3d 1512, 1518-1519 (11<sup>th</sup> Cir. 1994) (la Cour d'Appel distingue deux approches dans la jurisprudence, l'une se rattachant à la jurisprudence *Colorado River*, et l'autre accordant plus d'importance à la *comitas gentium*) et les distinctions faites par J. P. GEORGE, *Id.*, *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 905-909. *Adde* 32A *Am Jur. 2d*, v° Federal Courts, § 1233, pp. 519-520.

<sup>2653</sup> G. BORN, 1996, 462 : "the content of U.S. law relating to the *lis pendens* doctrine is [...] often difficult to discern". V. également les commentaires de L. E. TEITZ, *Transnational Litigation*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 237, n° 7-3 ("American courts have shown inconsistency in their willingness to defer to courts of other sovereigns") et *idem* p. 239 ("[...] the confusion and conflicting treatment by U.S. courts of parallel proceedings involving American and foreign courts"); *idem*, *Int'l. Lawyer*, 1992, (21), 32 ("Federal courts, ruling on motions to stay or dismiss in favor of a foreign court, have reached totally inconsistent results based on completely different theories"); S. BURBANK, *Id.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, 203, 209 qui évoque les "schizophrenic attitudes of American courts towards existing or potential litigation abroad" et J. P. GEORGE, *Id.*, *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 905 ("The test(s) for these generic parallel cases is far from clear [...]"). Sur l'ensemble de la problématique, *cons.* N. SCHULTE, *Die anderweitige (ausländische) Rechtshängigkeit im US-amerikanischen Zivilprozessrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, spéc. pp. 153 e.s.

<sup>2654</sup> Comme le remarquera la Cour d'Appel du 11<sup>ème</sup> Circuit : *Turner Entertainment Co. v. Degeto Film GmbH et al.*, 25 F. 3d 1512, 1518 (11<sup>th</sup> Cir. 1994).

<sup>2655</sup> Il ne semble pas que le mouvement ait gagné les tribunaux des Etats. Les rares décisions se prononçant à ce niveau sur une concurrence internationale de procédures, se contentent de faire application quasi-mécanique du sursis à statuer, v. p. ex. *Gillis v. Gillis*, 391 So. 2d 772, 73 (Southern Reporter) (C.A. Fal. 1980) (deux anglais, après avoir obtenu le divorce en Angleterre, ex-épouse demande pension alimentaire pour enfant en Angleterre et profite d'une visite de l'époux en Floride pour l'assigner pour même chose en Floride, la cour accorde un sursis à statuer : "Clearly, the English court had prior jurisdiction and the question of child support is presently pending therein. To avoid duplication of the proceedings in both England and Florida, the trial court should have exercised its sound discretion and stayed the Florida proceedings pending the determination of the question in England"); *Bentil v. Bentil*, 456 N.Y.S. 2d 25 (App. Div. 1982) (NYS is New York Supplement) (procédure de divorce entre deux Ghanéens, mari commence une procédure au Ghana et l'épouse aux Etats-Unis, la Cour accorde un sursis à statuer parce que l'épouse a menti à propos de la procédure Ghanéenne, elle en était informée, ce qu'elle contestait et de plus ses droits n'étaient pas mis en danger par cette procédure); *Traveland Laboratories Inc. v. Zotal, Ltd. et al.*, 474 N.E. 2d 1070 (Mass. 1985) (Northern Eastern Reporter) (demande de sursis en faveur d'une procédure israélienne est refusée parce que le défendeur a admis sa responsabilité au fond); *Cargill, Inc. v. Hartford Accident and Indemnity Corp. et al.*, 531 F. Supp. 710 (D.C. Minn. 1982) (procédure en Angleterre et aux Etats-Unis, le tribunal se contente de rejeter la demande de stay après avoir conclu que le for américain était le plus approprié).

<sup>2656</sup> L'expression est celle utilisée par la Cour d'Appel du 11<sup>ème</sup> Circuit dans l'affaire *Turner Entertainment Co. v. Degeto Film GmbH*, 25 F.3d 1512, X (11<sup>th</sup> Cir.)

## (A) Les débuts et l'irrésistible attraction des précédents

**583. Trois courants différents** – Devant l'absence de précédent topique, les tribunaux ont eu recours aux solutions en vigueur au sein de l'espace judiciaire américain. Celles-ci étant plurielles, il a fallu décider si la concurrence entre une procédure américaine et une procédure étrangère devait être assimilée à un conflit entre deux procédures fédérales ou au contraire à la concurrence entre un tribunal fédéral et celui d'un Etat. Comme il fallait s'y attendre, certains tribunaux ont opté pour la première solution, d'autre choisissant la seconde. Un troisième groupe enfin a tenté de développer une solution nouvelle, fondée sur le concept de 'comitas'. Ce faisant, plusieurs 'courants' différents ont vu le jour, dont il importe de préciser les contours respectifs.

**584. Application de la jurisprudence *Landis*** - Chronologiquement, la première tendance qui a vu le jour s'est inspiré de la jurisprudence *Landis*, dont on a vu (*supra*, n° 575) qu'elle autorisait un tribunal fédéral à surseoir à statuer en déférence à une procédure pendante devant un autre tribunal du même type. Un tribunal siégeant en Pennsylvanie en appellera ainsi en 1981 à l'autorité de cette jurisprudence pour évaluer une demande de sursis à statuer formulée au profit d'une procédure canadienne.<sup>2657</sup> Le tribunal ne fit pas mention de la différence notable de contexte entre les deux espèces, l'une confinée aux frontières américaines, l'autre opposant deux Etats souverains. En l'espèce, la référence au précédent *Landis* fut sans doute facilitée par le fait que le conflit mettait aux prises deux juridictions de *common law*, entre lesquelles existait une similitude comparable à celle unissant deux tribunaux fédéraux américains.<sup>2658</sup> Cette proximité ne s'est pas révélée suffisante pour justifier l'effacement du juge américain, qui refusa le 'stay' en prétextant des maigres résultats enregistrés devant le juge Canadien.

Le principe était toutefois posé et les tribunaux confirmèrent dans les décisions ultérieures la possibilité de justifier un sursis à statuer sur base de la jurisprudence *Landis*.<sup>2659</sup> Cette jurisprudence était sans doute prédestinée à faire l'objet d'une application analogique aux espèces internationales, puisqu'elle portait sur la relation entre deux tribunaux entre lesquels n'existe pas de relation hiérarchique, ce qui correspond à la situation du contentieux international privé. Elle augurait d'une grande bienveillance envers la déférence, la Cour ayant insisté dans l'affaire *Landis* sur les nécessités de l'économie de procédure (*supra*, n° 575).

**585. Application de la jurisprudence *Landis* (suite)** - Restait toutefois à déterminer à quelles conditions le sursis pouvait être accordé. La jurisprudence *Landis* ne

<sup>2657</sup> *I.J.A. Inc. et al. v Marine Holdings Ltd., Inc.*, 524 F. Supp. 197 (E.D. Penn. 1981). Sur cette affaire, v. N. SCHULTE, *ac*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 161-162.

<sup>2658</sup> La Cour observa d'ailleurs que le sursis à statuer constituerait un geste de courtoisie à l'égard d'une juridiction sœur de *common law* ("a sister common law jurisdiction with procedure akin to our own" : 524 F. Supp. 197, 199).

<sup>2659</sup> P. ex. *Continental Tire Corp. v Swiss Credit Bank et al.*, 543 F. Supp. 408, 410 (SDNY 1982) : "The Court has the inherent power to dismiss or stay this action in favor of the Swiss litigation presenting the same claims and issues"; *Brinco Mining Ltd. v Federal Insurance Corp.*, 552 F. Supp. 1233, 1240 (D.D.C. 1982); *Ronar, Inc. v Michael Wallace et al.*, 649 F. Supp. 310, 318 (SDNY 1986); *Itel Corp et al. v The M/S Victoria U (EX Pishbaz Iran) et al.*, 710 F. 2d 199 (CA 5<sup>th</sup> Cir. 1983) (la Cour confirme que la jurisprudence *Landis* permet à un tribunal d'accorder un stay en raison d'une procédure pendante devant l'Iran-US Claims Tribunal, mais décide qu'en l'espèce le stay n'était pas justifié). V. déjà en 1972 *Franklin Saemann v Everest & Jennings Int'l. et al.*, 343 F. Supp. 457 (N.D. Ill. 1972) (le tribunal se réfère à la jurisprudence *Landis* pour accorder un stay en faveur d'une procédure anglaise). L'application par analogie de la jurisprudence *Landis* a reçu un nom dans la doctrine, on parle de la théorie du 'control of the docket'.

fut pas d'un grand secours sur ce point, la Cour Suprême ne s'était en l'espèce pas étendue sur la question. Les tribunaux eurent recours à des précédents divers pour ce faire. Dans l'affaire précitée qui opposait une procédure canadienne à la saisine d'un tribunal de Pennsylvanie, le tribunal puisa son inspiration dans un précédent mettant en jeu un tribunal fédéral et celui d'un Etat, sans doute parce que cette décision émanait elle aussi d'un tribunal siégeant en Pennsylvanie.<sup>2660</sup>

Furent ainsi jugés pertinents dans l'appréciation du sursis, "les principes de la *comitas*, le caractère adéquat des remèdes offerts par le for étranger, le souci de promouvoir l'efficacité judiciaire, l'identité des parties et des causes dans les deux affaires, la perspective d'une prompte résolution du litige dans le for étranger, la proximité des parties, leurs conseils et les témoins et la possibilité d'une injustice si le sursis est accordé".<sup>2661</sup> Cette décision présage bien de l'évolution future de l'abstention internationale, qui dans toutes ses versions confèrera un large pouvoir d'appréciation au juge américain, lequel sera informé par une pluralité de facteurs.

L'application par analogie de la jurisprudence *Landis* aux espèces internationales n'ira pas sans nécessiter quelques adaptations. Ainsi, alors que la Cour Suprême n'avait envisagé que le sursis à statuer, les tribunaux vont très vite étendre la palette de leurs possibilités et justifier par référence à cette même jurisprudence un *dessaisissement* au profit d'une procédure étrangère.<sup>2662</sup> Voilà une première étape franchie vers une certaine prise d'autonomie de la jurisprudence par rapport aux précédents qui l'informent.

**586. Application par analogie de la jurisprudence *Colorado River*** – D'autres tribunaux s'en sont remis, pour évaluer l'opportunité de la coordination avec une procédure étrangère, à la jurisprudence *Colorado River* déjà évoquée (*supra*, n° 572). Que cette espèce ait opposé un tribunal fédéral au tribunal d'un Etat, et soit donc toute imprégnée de considérations tenant au fédéralisme américain, ne va pas empêcher les tribunaux d'y voir une source d'inspiration adéquate pour le contentieux international. C'est ainsi que la Cour d'Appel du 7<sup>ème</sup> Circuit a tiré profit des enseignements de la jurisprudence *Colorado River* dans un litige dont les tribunaux belges avaient déjà été saisis. Cherchant à déterminer si le 'stay' accordé en première instance était justifié, la Cour reconnut qu'à la différence de la jurisprudence *Colorado River*, le conflit qui lui était soumis possédait une dimension internationale. Elle décida cependant que "les facteurs retenus par cette jurisprudence peuvent également servir de guide utile dans notre appréciation, lorsqu'ils sont appliqués avec cette différence en tête".<sup>2663</sup>

Au vrai l'emprunt à la jurisprudence *Colorado River* s'explique aisément : comme on l'a vu, la Cour Suprême a mis l'accent dans cette dernière version de l'abstention sur l'*obligation* des tribunaux de statuer sur les causes qui leur sont soumises, réduisant par là même le dessaisissement au rang de mesure exceptionnelle (*supra*, n° 573). Or le caractère

<sup>2660</sup> *I.J.A. Inc. et al. v Marine Holdings Ltd, Inc.*, 524 F. Supp. 197 (E.D. Penn. 1981), qui fait référence à *Nigro v Blumberg*, 373 F. Supp. 1206 (E.D. Pa. 1974).

<sup>2661</sup> 524 F. Supp. 197, 198 : "principles of comity, the adequacy of relief available in the alternative forum, promotion of judicial efficiency, the identity of parties and issues in the two actions, the likelihood of prompt disposition in the alternative forum, the convenience of the parties, counsels and witnesses and the possibility of prejudice if the stay is granted".

<sup>2662</sup> *Continental Time Corp. v Swiss Credit Bank et al.*, 543 F. Supp. 408, 410 (SDNY 1982). Modifiant le dictum précité du juge Cardozo, le tribunal de New York explique qu'il dispose d'une "inherent power to *dismiss or stay* this action", alors que Cardozo n'avait évoqué que le sursis (nous soulignons).

<sup>2663</sup> *Ingersoll Milling Machine Co v John P. Granger*, 833 F. 2d 680, 685 (C.A. 7<sup>th</sup> Cir. 1987) : "the factors enunciated in those cases, when applied with this difference in mind, can serve as helpful guide in our evaluation".



exceptionnel de la coordination s'accorde particulièrement bien avec les hésitations traditionnelles des tribunaux américains, qui préfèrent en règle générale s'en remettre à l'exception de chose jugée pour résoudre la confrontation entre deux procédures. Ceci explique que *Colorado River* constituera pendant les années 1980 la principale source d'inspiration des tribunaux américains – même si certains tribunaux contesteront la légitimité de l'emprunt à une doctrine essentiellement dictée par les nécessités du fédéralisme.<sup>2664</sup>

**587. Application par analogie de la jurisprudence *Colorado River* (suite)** – A la différence de *Lardis*, *Colorado River* faisait de l'abstention l'exception. On verra donc sans surprise les tribunaux qui en appellent à ce précédent considérer le dessaisissement comme une mesure exceptionnelle. Ceci ne sera pas sans influence sur la charge de la preuve. Il appartiendra ainsi au défendeur de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles de nature à justifier l'abstention. On comprend qu'avec de telles prémisses, la coordination internationale des procédures concurrentes soit l'exception plutôt que la règle.<sup>2665</sup> C'est ce que montre la décision de la Cour d'Appel du 9<sup>ème</sup> Circuit dans l'affaire *Neuchatel*.<sup>2666</sup> Une compagnie d'assurance tentait de récupérer devant le juge américain les sommes qu'elle avait dû déboursier suite à la perte lors d'un transport par avion d'une cargaison d'or et de diamants. Les compagnies aériennes attirées devant le juge américain sollicitaient de celui-ci qu'il se dessaisisse en déférence à une procédure parallèle pendante devant un juge suisse. Cette demande fut rejetée. Selon la Cour, la jurisprudence *Colorado River* était d'interprétation stricte et le caractère international de l'espèce n'y changeait rien. Dès lors, le tribunal américain ne devait pas faire preuve d'une déférence plus grande à l'égard d'un tribunal étranger qu'à l'égard d'un tribunal domestique.<sup>2667</sup>

<sup>2664</sup> Le tribunal du district nord de l'Illinois a par ex. rejeté en 1986 une requête de dessaisissement formulée par un défendeur japonais, qui avait été attaqué par un concurrent américain devant les tribunaux de Hong Kong et de l'Illinois à propos d'une prétendue contrefaçon d'appareils ménagers, en qualifiant de "legally incorrect abstention argument premised on Colorado River Water" la référence du défendeur à la jurisprudence *Colorado River* : *Black & Decker Corp. et al. v. Sanyei America Corp.*, 650 F. Supp. 406, 409 (DC Ill. 1986). Le tribunal fit observer que la jurisprudence invoquée par le défendeur "explicitly involved parallel federal and state courts actions drawing on a common source of law, not the courts and laws of different nations" (650 F. Supp. 406, 410). Et le tribunal d'ajouter que le défendeur aurait dû formuler sa demande de dessaisissement par référence à la doctrine du *forum non conveniens* : "The issue which defendant attempted but failed to frame rests squarely on the Supreme Court's decision in *Piper Aircraft Co. v. Reyno* [...]" . En l'espèce, le tribunal n'était cependant pas convaincu du caractère plus approprié du tribunal de Hong Kong. Le tribunal a également rejeté une demande d'injonction visant à faire interdire la procédure étrangère. V. également *Evergreen Marine Corp. v. Welgrow Int'l Inc.*, 954 F. Supp. 101, 104 (S.D.N.Y. 1997), dans lequel la Cour reconnaît que "While *Colorado River* and its progeny may prove instructive in the present context, the considerations involved in deferring to state court proceedings are different from those involved in deferring to foreign proceedings, where concerns of international comity arise and issues of federalism and federal supremacy are not in play". Sur l'utilisation de la jurisprudence *Colorado River*, v. N. SCHULTE, *ac*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 177 *e.s.*

<sup>2665</sup> P. ex. *Diego J. Herbstein v. Martin E. Bruetman et al.*, 743 F. Supp. 184, 188 (SDNY 1990) ("without a final judgment from another court, surrender of jurisdiction is justified only under exceptional circumstances"); *Madanes v. Madanes*, 981 F. Supp. 241, 263-264 (S.D.N.Y. 1997); *Heuft Systemtechnik GmbH v. Videojet Systems Int'l, Inc.*, 1993 U.S. Dist. LEXIS 6014 (N.D. Ill. May, 1003) ("it is only under exceptional circumstances that a federal court will relinquish its jurisdiction"); *Randy Scheiner et al. v. Derek Wallace et al.*, 832 F. Supp. 687, 693 (SDNY 1993) ("Without a final judgment from another court, surrender of jurisdiction is justified only in exceptional circumstances"); *Black & Decker Corp. v. Sanyei Am Corp.*, 650 F. Supp. 406, 408 (N.D. Ill. 1986); *Ludgate Insurance Comp., Ltd. v. B. Frederik Becker et al.*, 906 F. Supp. 1233, 1241 (N.D. Ill. 1995) ("Under certain 'exceptional circumstances' federal district courts may order a stay or dismissal of an action to avoid duplicative litigation in a foreign country"); *General Motors Corp. and Adam Opel AG v. Jose Ignacio Lopez de Arriortua, et al.*, 948 F. Supp. 656, 668 (E.D. Mich. 1996). V. également *Thomas M. Boushel et al. v. Toro Comp., et al.*, 985 F. 2d 406 (CA 8th Cir. 1993).

<sup>2666</sup> *Neuchatel Swiss General Insurance Comp. et al. v. Lufthansa Airlines et al.*, 925 F. 2d 1193 (CA 9th Cir. 1991).

<sup>2667</sup> 925 F. 2d 1193, 1195 : "We reject the notion that a federal court owes greater deference to foreign court than to our own state courts". Et plus loin, "the fact that the parallel proceedings are pending in a foreign jurisdiction rather than in a state court is immaterial".

En l'occurrence, la Cour expliqua que les circonstances de la cause ne permettaient pas de conclure au caractère exceptionnel de la cause. En particulier, le fait que la procédure genevoise était plus avancée que la procédure américaine n'était pas décisif.<sup>2668</sup>

L'insistance des tribunaux sur leur obligation de statuer n'est pas la seule différence séparant le courant qui invoque *Colorado River* des décisions qui s'en remettent plutôt à l'arrêt *Landis* : la Cour Suprême avait dans le premier arrêt avancé un certain nombre de facteurs dont le tribunal devait tenir compte dans son appréciation, ce qu'elle avait omis de faire dans l'arrêt *Landis* (*supra*, n° 575). Fort logiquement, les tribunaux vont s'inspirer de cette liste pour façonner leurs décisions dans les espèces proprement internationales.<sup>2669</sup>

**588. Le rôle de la *comitas gentium*** - A côté de ces deux premières sources d'inspiration, certains tribunaux s'en sont remis au concept de *comitas* pour justifier la coordination. On connaît l'importance de ce concept dans le droit américain des conflits de juridiction. Depuis l'arrêt fondateur *Hilton v Guyot*,<sup>2670</sup> on enseigne généralement que l'effet accordé aux jugements étrangers aux Etats-Unis est une manifestation de la courtoisie des tribunaux américains à l'égard des souverains étrangers.<sup>2671</sup> Le concept étonnamment élastique de *comitas*,<sup>2672</sup> a également été invoqué par les tribunaux pour justifier leur refus de se prononcer sur une question qu'ils jugent être du ressort de la politique étrangère menée exclusivement par le pouvoir exécutif.<sup>2673</sup> Si l'on remonte plus loin dans l'histoire, on peut également mentionner le rôle qu'a joué la *comity* dans le refus classiquement opposé par les tribunaux américains aux demandes de créanciers qui

<sup>2668</sup> 925 F. 2d 1193, 1195. Et la Cour d'ajouter que "Even if the litigants had made somewhat more progress in Geneva than in the district Court by the time the stay motion was heard, the mere fact that parallel proceedings may be further along does not make it a case 'exceptional' for the purpose of invoking the Colorado River exception [...]"

<sup>2669</sup> P. ex. *Brinco Mining Ltd. v Federal Insurance Company*, 552 F. Supp. 1233, 1240 (District Court District of Columbia 1982); *Caspian Investments, Ltd. v Vicom Holdings, Ltd. et al.*, 770 F. Supp. 880, 883 (SDNY 1991); *Heuft Systemtechnik, GmbH v Videojet Systems International Inc.*, 1993 U.S. Dist. LEXIS 6014, p. 5 (N. D. Illinois, 5 mai 1993); *Advantage International Management, Inc. v Conchita Martinez*, 1994 U.S. Dist. LEXIS 12535, 1994 WL 482114, p. 4 (S.D.N.Y. 7 sept. 1994).

<sup>2670</sup> *Hilton v Guyot*, 159 U.S. 113 (1895).

<sup>2671</sup> V. toutefois l'*Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act*, proposé en 1962 et qui est en vigueur dans pas moins de 30 Etats, v. les informations fournies par SCOLES, HAY, BORCHERS et SYMEONIDES, 1192, note 1.

<sup>2672</sup> Pour une élucidation, C. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis*, Paris, Economica, 1987 et H. E. YNTEMA, "The Comity Doctrine", *Michigan L. Rev.*, 1966, 1 e.s. Adde J. R. PAUL, "Comity in International Law", *Harvard Int'l L. J.*, 1991, 1-77.

<sup>2673</sup> On aura reconnu la doctrine dite de la 'political question', p.ex. *Banco Nacional de Cuba v Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964); *Baker v Carr*, 369 U.S. 186 (1962) (à propos de la succession aux droits et obligations du Vietnam Sud) et plus récemment *W.S. Kirkpatrick & Co v Environmental Technics Corp.*, 493 U.S. 400 (1993) et *In re: Balbir Singh Tuli*, 172 F. 3d 707 (CA 7th Cir. 1999). Certains tribunaux vont encore plus loin et invoquent la *comity* même lorsque le litige ne pose qu'indirectement une question de politique étrangère. C'est ainsi qu'un tribunal du Texas a récemment refusé d'entendre la demande formée par des citoyens de l'Equateur contre une compagnie pétrolière qu'ils accusaient d'avoir pollué une grande partie du territoire de leur pays : *Sequihua et al. v Texaco, Inc.*, 847 F. Supp. 61 (S.D. Tex. 1994). Le tribunal justifia sa décision en expliquant que "Under the doctrine known as comity of nations, a court should decline to exercise jurisdiction under certain circumstances in deference to the laws and interests of another foreign country" (847 F. Supp. 61, 63). V. aussi dans le même contexte *Aguirre v Texaco, Inc.*, 1994 WL 142006 (SDNY 1994); *C. Frank Reavis v Gulf Oil Corp.*, et al., 85 F.R.D. 666 (Del. 1980) (défendeur sollicite un stay parce que le litige touche indirectement aux intérêts pétroliers du Venezuela, le litige portait sur la compensation exigée par une entreprise dont la concession pétrolière avait été nationalisée par le Venezuela, la demande de stay et de forum non conveniens a cependant été rejetée, le tribunal estimant que l'orden publico du Venezuela n'était pas en jeu. En l'espèce la situation se compliquait parce qu'une procédure avait également été intentée au Venezuela) et récemment *European Community v RJR Nabisco, Inc.*, 150 F.Supp.2d 456 (E.D.N.Y., 2001). Sur l'ensemble de la question, B. PEARCE, "The Comity Doctrine as a Barrier to Judicial Jurisdiction. A United States - European Union Comparison", *Stanford J. Int'l L.*, 1994, 525 e.s.

tentent d'obtenir aux Etats-Unis le paiement d'une dette alors que le débiteur a été déclaré en faillite par un tribunal étranger. Dans ce contexte également, ce sont les exigences de la courtoisie internationale qui justifiaient la fin de non-recevoir opposée aux créanciers désireux de contourner les règles de distribution des actifs en vigueur dans la procédure étrangère de faillite.<sup>2674</sup>

En somme, la courtoisie internationale n'a plus de secret pour les tribunaux américains.<sup>2675</sup> On ne s'étonnera donc pas au vu de ces antécédents qu'elle ait fait son apparition dans le domaine des conflits de procédures, d'autant plus que la Cour Suprême avait elle-même directement invoqué ce concept à l'appui des doctrines de l'abstention déjà évoquées.<sup>2676</sup> On verra ainsi la *comitas* invoquée par certains tribunaux comme fondement et justification d'une mesure de coordination. La Cour d'Appel du 11<sup>ème</sup> Circuit a par exemple fait de la courtoisie internationale la pierre angulaire de sa jurisprudence en matière de conflits de procédures.<sup>2677</sup> La Cour y voit un des trois grands principes qui doivent guider sa décision.<sup>2678</sup>

D'autres tribunaux invoquent la courtoisie internationale non plus comme fondement de la coordination, mais bien comme justification *complémentaire* qui vient renforcer une

<sup>2674</sup> P. ex. *Canada Southern Railway v Gebhard*, 109 U.S. 527, 3 S.Ct. 363, 27 L.Ed. 1020 (1883); *Bernard Cornfeld v Investors Overseas Service, Ltd.*, 471 F. Supp. 1255, 1259 (SDNY 1979) ("The firm policy of American courts is the staying of actions against a corporation which is the subject of a bankruptcy proceedings in another jurisdiction"); *Thomas Fleeger v The Clarkson Company, Ltd.*, 86 F.R.D. 388 (N.D. Tex. 1980); *Kerner Products Corp. v Société Foncière et Financière Agache Willot*, 532 F. Supp. 478 (SDNY 1982); *Canard Steamship Corp., Ltd. v Salen Reefer Services AB*, 773 F.2d 452 (C.A. 2<sup>nd</sup> Cir. 1985); *The Drexel Burnham Lambert Group, Inc. v A.W. Galadari, et al.*, 1987 U.S. Dist LEXIS 5030 (SDNY 1987); *Lindner Fund, Inc., et al. v Polly Peck Int'l, plc, et al.*, 143 B.R. 807 (SDNY 1992); *Allstate Life Insurance Co., et al. v Linter Group Ltd.*, 994 F.2d 996 (C.A. 2<sup>nd</sup> Cir. 1993); *Blanco v Banco Industrial de Venezuela SA*, 997 F. 2d 974 (C.A. 2<sup>nd</sup> Cir. 1993); *Philadelphia Gear Corp. v Philadelphia Gear de Mexico*, 44 F. 3d 187 (C.A. 3<sup>rd</sup> Cir. 1994). Depuis lors le législateur est intervenu, qui a codifié cette jurisprudence. La section 305(2) du chapitre 11 (11 U.S.C., § 305(2)) permet à un tribunal de surseoir à statuer ou de rejeter une demande lorsque "there is pending a foreign proceedings". Cette disposition vise cependant avant tout la demande d'ouverture d'une faillite, et non la demande au fond d'un créancier tendant à obtenir le paiement d'une dette.

<sup>2675</sup> Outre les application déjà citées, la *comitas* est également invoquée comme justification théorique de l'application par les tribunaux américains d'une loi étrangère (16 Am. Jur. 2d, v° Conflict of Laws, 24, no. 14 et *Hilton v Guyot*, 159 U.S. (113), 163) ainsi que comme justification de la nécessité de limiter l'application extra-territoriale des lois américaines (p. ex. *Hartford Fire Insurance Co. v California*, 509 U.S. 764 (1993); *U.S. v Nippon Paper Industries Co., Ltd.*, 109 F. 3d 1 (1<sup>st</sup> Cir. 1997)).

<sup>2676</sup> P. ex. *Quackenbush v Allstate Ins-Co.*, 517 U.S. 706, 723, 116 S.Ct. 1712, 1724 (1996) : "Federal courts abstain out of deference to the paramount interests of another sovereign and the concern is with principles of comity and federalism" - il s'agissait d'un cas d'abstention *Burford*.

<sup>2677</sup> *Turner Entertainment Co. v Degeto Film GmbH et al.*, 25 F. 3<sup>rd</sup> 1512, 1518-1521 (C.A. 11<sup>th</sup> Cir. 1994); *Victor Posner et al. v Essex Insurance Corp., Ltd.*, 178 F. 3d 1209 (11<sup>th</sup> Cir. 1999).

<sup>2678</sup> A côté de la courtoisie et du respect pour les actes des souverains étrangers, la Cour évoque également dans l'affaire *Turner* l'équité pour les parties et l'utilisation efficace des maigres ressources judiciaires ("[...] courts have sought to fashion principles that will promote three readily identifiable goals in the area of concurrent international jurisdiction : (1) a proper level of respect for the acts of our fellow sovereign nations - a rather vague concept referred to in American jurisprudence as international comity; (2) fairness to litigants; and (3) efficient use of scarce judicial resources", 25 F.3d 1512, 1518. V. également *The Ensign-Bickford Corp. v ICI Explosives USA, Inc., et al.*, 817 F. Supp. 1018, 1031 (D. Conn. 1993) ("[The principle of international comity] requires that domestic courts take reasonable steps to prevent potential conflicts from ripening into overt confrontations with foreign tribunals" et plus loin "The Court concludes that principles of comity requires dismissal of the plaintiff's breach of contract claim [...]") ainsi que *Basic v Fitzroy Engineering, Ltd.*, 949 F. Supp. 1333, 1340 (N.D. Ill. 1996) (une espèce qui mettait au prise les tribunaux américains et néo-zelandais; le tribunal du district nord de l'Illinois a refusé de se prononcer sur une demande visant à obtenir un jugement déclaratoire, en observant que "In accord with the principle of comity between sovereign nations, a district court should decline to exercise jurisdiction under certain circumstances in deference to the laws and interests of another foreign country").

décision fondée par exemple sur la jurisprudence *Colorado River*.<sup>2679</sup> Enfin, et toujours pour illustrer la confusion qui règne dans la jurisprudence, certaines décisions contestent l'extension de la courtoisie internationale au terrain des conflits de procédures. Pour ces tribunaux, il ne peut être question de courtoisie que lorsque le tribunal étranger a déjà rendu une décision et non simplement lorsque la procédure étrangère est encore pendante.<sup>2680</sup> Lorsque la courtoisie est invoquée, les tribunaux sont sensibles, s'agissant d'un geste de courtoisie, à la proximité géographique et culturelle entre les fors concurrents.<sup>2681</sup>

**589. Le rôle de la *comitas gentium* (suite)** - L'affaire *Barmer Fund* illustre bien la multiplicité des fonctions attribuée à la *comity*: en l'espèce, plusieurs sociétés établies en Suisse et au Belize étaient poursuivies par la SEC devant les tribunaux américains pour fraude massive au détriment d'investisseurs américains.<sup>2682</sup> Les défendeurs invoquèrent la *comitas* à deux reprises pour tenter de persuader le tribunal américain de se dessaisir. De façon classique, la courtoisie fondait d'abord un argument déduit du danger qu'une condamnation éventuelle à la restitution des sommes qui leur avaient été confiées les obligerait à violer certaines dispositions du droit Belizais des trusts. Les défendeurs prétendaient ensuite que la courtoisie imposait au tribunal américain de surseoir à statuer pour éviter un conflit avec les tribunaux du Belize également saisis.

La Cour d'Appel admit le principe du sursis sur base de la *comitas*, mais en rejeta l'application en l'espèce. Elle observa à cet effet que la première procédure dont avaient été saisis les tribunaux du Belize ne portait que sur une demande d'assistance judiciaire émanant des tribunaux américains. Il n'y avait pas risque de contradiction éventuelle avec une décision américaine sur le fond et donc pas de raison de s'abstenir. Quant à la seconde procédure au Belize, bien que parallèle à la procédure américaine, elle ne justifiait pas non plus un sursis. Selon la Cour cette procédure visait en effet à empêcher la justice

<sup>2679</sup> P. ex. *Evergreen Marie Corp. v. Welgrov Int'l, Inc.*, 954 F. Supp. 101, 104 (SDNY 1997) (“[...] principles of international comity, which counsel deference to the legislative, executive and judicial actions of foreign nations, also support a stay or dismissal in favor of the Belgian proceedings”); *Efco Corp. v. Alumna Systems, USA, Inc., et al.*, 983 F. Supp. 816, 824 (S.D. Iowa 1997); *Robert F. Goldbarmer et al. v. Dunkin' Donuts, Inc.*, 59 F. Supp. 2d, 248, 251 (D.C. Mass. 1999) (“The policies underpinning international abstention case law are rooted in concerns about international comity”); *Kenneth L. Balcom v. Rosenthal & Comp., et al.*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 20842 (N.D. Ill. 1997) (“A district court is empowered to dismiss a federal suit whenever it is duplicative of a parallel action already pending in another federal court. In the interests of international comity, this principle also applies to parallel actions pending in courts in a foreign country” (je souligne)).

<sup>2680</sup> *Dragon Capital Partners L.P. v. Merrill Lynch Capital Services Inc.* 949 F. Supp., 1123, 1127, note 8 (S.D.N.Y. 1997) : le tribunal du district méridional de New York explique ainsi que “Courts use the term comity and, to a lesser extent, international abstention, to refer to the doctrine of judicial deference to pending foreign proceedings, although neither of these terms is technically appropriate. Comity refers to deference to another sovereign's definitive law or judicial decision”. Dans l'affaire *Biblical Archeology Society et al. v. Elisha Qimron*, 1993 WL 39572 (E.D. Pa. 1993), le défendeur invoquait également la ‘comity’ pour obtenir le dessaisissement du juge américain et obliger le demandeur à se défendre devant le juge israélien déjà saisi de la même affaire. L'appel à la comity n'était cependant pas détourné de sa fonction première puisque le juge israélien avait déjà rendu un jugement d'avant dire droit et que c'est sur base de ce jugement que le défendeur invoquait la comity, et non, comme dans d'autres espèces, sur base de la simple saisine du juge étranger. Le tribunal a cependant refusé de se dessaisir, notant que “I would also disagree with defendant that this court should extend comity to a preliminary order”. V. aussi J.-P. GEORGE, *Lc., Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 910-912 (l'auteur s'élève contre l'utilisation à ses yeux inappropriée de la courtoisie comme fondement à la coordination en l'absence de décisions vidant le litige; il explique que “while comity might be an appropriate factor to consider along with other bases for dismissal, there appears to be very little authority for using comity as the sole determining factor”). Sur le rôle de la *comity, cons.* également N. SCHULTE, *ac*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 170 e.s.

<sup>2681</sup> Un tribunal siégeant en Iowa a ainsi observé que « Certainly if this court cannot extend comity to Canada, the comity principle has little vitality on our jurisprudence » : *Efco Corp. v. Alumna Systems, USA, Inc.*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 17298 (S.D. Iowa, 30 oct. 1997).

<sup>2682</sup> *SEC v. Barmer Fund Int'l, et al.*, 2000 U.S. App. LEXIS 6423 (CA, D.C. April, 4, 2000).

américaine de protéger les investisseurs et à ce titre ne méritait pas une quelconque mesure de respect fondée sur la courtoisie.<sup>2683</sup>

590. Une première synthèse de la jurisprudence – On le voit, les différents courants évoqués trahissent une certaine confusion de la jurisprudence. Au minimum on peut dire que les tribunaux américains se cherchent encore, sans s'être à ce stade accordés sur le fondement, ni sur la justification des diverses mesures de coordination qu'ils sont prêts à ordonner.

L'impression de confusion qui se dégage de la jurisprudence ne doit pas cacher l'avancée que représentent les décisions que l'on vient d'évoquer. Le contraste est grand en effet avec l'application classique par les tribunaux du *forum non conveniens*, dont on a vu qu'elle pouvait se montrer indifférente à la concurrence de procédures. Au contraire, la jurisprudence naissante, tous courants confondus, s'attache précisément aux conflits de procédures, qui forment à la fois le contexte et le moteur de la jurisprudence. C'est en effet en considération de cette concurrence de procédures que les tribunaux américains se sont demandés, avec plus ou moins d'enthousiasme, s'il convenait de coordonner leur activité avec celle du tribunal étranger.

De plus, il ne faudrait pas exagérer les différences qui séparent les courants de jurisprudence. Il s'agit tout au plus de nuances et non de divergences de principe. Ainsi, le test utilisé fait dans tous les cas une large place à l'appréciation discrétionnaire par le juge américain. Les facteurs utilisés montrent également une forte ressemblance. Parmi ces facteurs on relèvera le degré d'identité entre parties,<sup>2684</sup> la date de saisine respective des fors<sup>2685</sup> ainsi que l'état d'avancement de la procédure concurrente,<sup>2686</sup> des éléments qui montrent bien que ce sont les procédures concurrentes qui sont visées.<sup>2687</sup> A cet égard, il est révélateur que la courtoisie internationale, qui est élevée au rang de fondement par une partie de la jurisprudence, soit considérée par d'autres décisions comme un élément parmi d'autres dans l'appréciation globale de l'opportunité d'une mesure de déférence. On a d'ailleurs vu des tribunaux invoquer simultanément plusieurs justifications pour appuyer leur décision.<sup>2688</sup> En outre, alors qu'au sein de l'espace judiciaire américain les différentes théories donnaient lieu tantôt à un sursis à statuer, tantôt à un dessaisissement, les différences se sont largement estompées dans les espèces

<sup>2683</sup> La Cour explique que la procédure étrangère était "designed to frustrate a significant policy of the United States", et "initiated solely for the purpose of avoiding justice in the courts of the United States" (p. 26).

<sup>2684</sup> P. ex. *Heuff Systemtechnik GmbH v Videojet Sys. Int'l, Inc.*, 1993 U.S. Dist. LEXIS 6014, p. 7 (N.D.Ill., 5 mai 1993) et sur ce facteur, N. SCHULTE, ac, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 160-164.

<sup>2685</sup> Les tribunaux évoquent ainsi souvent la "temporal sequence of filing of the actions" : p. ex. *Dragon Capital Partners L.P. v Merrill Lynch Capital Service Inc.*, 949 F. Supp. 1123, 1127 ; *Caspian Investments, Ltd. v Viacom Holdings, Ltd.*, 770 F. Supp. 880, 884 (S.D.N.Y. 1991) et *Evergreen Marine Corp. v W&G International Inc.*, 954 F. Supp. 101 (S.D.N.Y. 1997) ("the chronological sequence of these actions also favors a stay") ; *Continental Tire Corp. v Swiss Credit Bank*, 410 (en l'espèce la procédure suisse avait été initiée quelques 6 mois avant la procédure américaine) ; *Turner Entertainment Co. v Degeto Film GmbH et al.*, 25 F. 3<sup>rd</sup> 1512, 1522 (11<sup>th</sup> Cir. 1994) ("the order in which the suits were filed", mais en l'espèce "the instant lawsuits were filed almost simultaneously"). D'autres tribunaux encore en appellent plus directement au critère de la priorité temporelle, en observant que "When [...] the foreign action is pending rather than decided, comity counsels that priority generally goes to the suit first filed" : *Ronar, Inc. v Michael Wallace et al.*, 649 F. Supp. 310 (S.D.N.Y. 1986).

<sup>2686</sup> V. les espèces citées par N. SCHULTE, ac, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 167.

<sup>2687</sup> N. SCHULTE, ac, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 159 e.s. passe en revue les facteurs pris en compte par les tribunaux, dans les différentes versions de la doctrine de l'*abstention*.

<sup>2688</sup> P. ex. *Dragon Capital Partners L.P. v Merrill Lynch Capital Service Inc.*, 949 F. Supp. 1123 (après avoir vérifié que le sursis à statuer était justifié en raison de l'existence d'une procédure concurrente à Hong Kong, le tribunal a procédé à une analyse complète sur base de l'exception de for inapproprié pour arriver au même résultat).

internationales. On a ainsi vu des tribunaux en appeler à la jurisprudence *Colorado River* pour justifier un sursis à statuer et inversement.<sup>2689</sup>

La confusion des genres était d'ailleurs déjà présente dans la jurisprudence visant les conflits domestiques : ainsi la Cour Suprême a-t-elle dans l'affaire *Colorado River* non seulement insisté sur le caractère exceptionnel du dessaisissement (*supra*, n° 572), mais a également précisé qu'entre tribunaux fédéraux, la règle était au contraire qu'il fallait éviter les procédures concurrentes.<sup>2690</sup> Plusieurs tribunaux ont suivi ce conseil, traçant un parallèle entre la concurrence internationale de procédures et le conflit entre deux tribunaux fédéraux. Le tribunal du district méridional de New York s'est ainsi inspiré de cette jurisprudence dans un litige entre un prêteur anglais et un emprunteur américain.<sup>2691</sup> Le prêteur n'ayant pas obtenu satisfaction de sa créance, il saisit les tribunaux irlandais et américains. Sur ce, l'emprunteur demanda à ce dernier de se dessaisir. Le tribunal acquiesça à cette demande. Tout en reconnaissant l'obligation pour les tribunaux fédéraux de statuer sur les litiges pour lesquels ils sont compétents, le tribunal cita l'arrêt *Colorado River* et le souci qui y était exprimé d'éviter les procédures concurrentes.<sup>2692</sup> D'autres tribunaux ont également invoqué l'analogie avec les conflits purement fédéraux pour insister sur la nécessité d'empêcher le conflit de procédures.<sup>2693</sup>

Au total, on est bien loin de l'indifférence dont on pu faire preuve ces mêmes tribunaux dans l'application du *forum non conveniens* (*supra*, n° 548). Avec le développement de cette jurisprudence, on ne peut plus écrire, comme le faisait M. Delaume, qu'aux Etats-Unis, "la litispendance internationale fait partie intégrale de la doctrine du forum non conveniens".<sup>2694</sup> Au contraire on pourrait même dire que l'expression 'lis alibi pendens' a pris une connotation *normative*, et non plus simplement descriptive – même si les tribunaux lui préfèrent le terme de '*international abstention*'. Il s'agit à notre sens plus que d'un simple aménagement de la doctrine du *forum non conveniens*, comme cela a été le cas au Canada et en Australie; la jurisprudence américaine a bel et bien développé une doctrine spécifique, qui emprunte certes au concept de *forum inapproprié*, mais confine celui-ci au rang de simple élément dans une appréciation globale toute entière dédiée aux procédures concurrentes.<sup>2695</sup>

<sup>2689</sup> *Ingersoll Milling Mining Co. v John P. Granger*, 833 F. 2d 680, 685 (1987) et *Neuchatel Swiss General Insurance Corp. et al. v Lufthansa Airlines et al.*, 925 F.2d 1193 (Bien que s'inspirant de la jurisprudence *Colorado River*, la Cour évoque un simple sursis à statuer). Il faut dire que la Cour Suprême elle-même avait laissé entendre dans une espèce ultérieure qu'e la doctrine de l'abstention pouvait parfaitement s'accommoder d'un sursis à statuer : *Quadeenbush v Allstate Ins. Co.*, 517 U.S. 706, 116 S.Ct. 1712, 135 L.Ed. 2d 1 (1996). *Adde* N. SCHULTE, *ac*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 193-194.

<sup>2690</sup> *Colorado River*, 424 U.S. 817 : "as between federal district courts, [...] the general principle is to avoid duplicative litigation".

<sup>2691</sup> *Caspian Investments, Ltd. v Vicom Holdings, Ltd., et al.*, 770 F. Supp. 880 (SDNY 1991).

<sup>2692</sup> 770 F. Supp. 880, 884. Sur cette affaire, N. SCHULTE, *ac*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 163-164.

<sup>2693</sup> V. par ex. *Bvinco Mining Ltd. v Federal Insurance Corp.*, 552 F. Supp. 1233, 1240 (D.D.C. 1982) : le tribunal constate qu'il n'existe pas de précédent "which clearly state the appropriate degree of deference a federal court owes to proceedings in another country which have yet to reach judgment". Il poursuit en décidant que "the standards should be the same as between two federal courts".

<sup>2694</sup> G. DELAUME, *Law and Practice of Transnational Contracts*, New York, Oceana, 1988, 171 : "In the United States, lis alibi pendens is part and parcel of the doctrine of forum non conveniens". V. également A. T. VON MEHREN, "The Transmogrification of Defendants into Plaintiffs : Herein of Declaratory Judgments, Forum Shopping and Lis Pendens", *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, J. BASEDOW et al (éds.), Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, (409), 416, note 35.

<sup>2695</sup> On en veut pour preuve que certains tribunaux examinent successivement la demande de coordination à l'aune de la jurisprudence nouvelle pour ensuite vérifier le résultat sur base de la doctrine traditionnelle du forum non conveniens, p. ex. *Dragon Capital Partners L.P. v Merrill Lynch Capital Service Inc.*, 949 F. Supp. 1123 (après avoir vérifié que le sursis à statuer était justifié en raison de l'existence d'une procédure concurrente à Hong Kong, le

## (B) Les premiers pas vers une jurisprudence autonome

**591. L'abandon progressif des précédents internes** - Les tribunaux américains ne vont pas rester longtemps sous l'emprise des précédents développés pour les conflits de procédure au sein de l'espace judiciaire américain. Cette dépendance va progressivement s'estomper pour faire place à une jurisprudence plus autonome. Au fil des décisions, et sans doute sous l'influence d'une doctrine qui a dénoncé l'exportation abusive de règles en dehors du contexte dans lequel elles avaient été développées,<sup>2696</sup> les tribunaux vont abandonner le cadre conceptuel des jurisprudences *Colorado River*, *Landis* etc. Dans le même temps la jurisprudence va jeter les premières bases de cette doctrine nouvellement libérée du joug des précédents internes.

L'affaire *Posner*, soumise en 1999 à la Cour d'Appel du 11<sup>ème</sup> Circuit, montre comment la doctrine de l'*international abstention* a progressivement conquis son indépendance.<sup>2697</sup> Le demandeur reprochait en l'espèce au tribunal de district, qui avait accordé un sursis à statuer au profit d'une procédure concurrente pendante devant les tribunaux des Bermudes, d'avoir négligé l'obligation pesant selon la jurisprudence *Colorado River* et sa descendance, sur les tribunaux fédéraux, d'exercer sauf circonstances exceptionnelles, la compétence qui leur est conférée. La Cour d'Appel fit observer que la Cour Suprême n'avait certainement pas entendu, lorsqu'elle s'était penchée sur la question de l'abstention, étendre sa décision aux espèces internationales.<sup>2698</sup> Et la Cour de poursuivre en notant que "l'invitation faite par la Cour Suprême aux cours et tribunaux d'exercer en règle générale leur autorité dans les cas où le législateur leur a attribué compétence ne trouve à s'appliquer qu'à ces doctrines de l'abstention qui mettent en jeu les considérations spécifiques liées au fédéralisme".<sup>2699</sup> Pour bien marquer la différence entre les deux contextes, la Cour ajouta que les relations entre tribunaux américains devaient être comprises dans le cadre du fédéralisme tel que conçu par la Constitution, alors que les relations entre tribunaux de pays différents devaient être pensées dans le cadre de la *comity*.<sup>2700</sup> On perçoit clairement la volonté de la Cour de faire place nette, volonté qui

---

tribunal a procédé à une analyse complète sur base de l'exception de for inapproprié pour arriver au même résultat). Déjà sous la jurisprudence *Colorado River*, le caractère approprié des fors concurrents ne constituait qu'un des facteurs dans l'appréciation globale et non la clé de la jurisprudence (v. sur ce point, *Colorado River*, 424 U.S. 800, 818 : le juge Brennan cite "the inconvenience of the federal forum" comme un des facteurs).

<sup>2696</sup> V. les nombreuses chroniques de L. E. TEITZ, en particulier *Int'l Lawyer*, 1998, (223), 227. *Adde* les observations de S. B. BURBANK, *l.c.*, *AmJ Comp L.*, 2001, (203), 232, qui explique que "The federal courts at least have used inappropriate domestic models to deal with parallel international litigation in the past, inconsistently treating litigation in Italy as if it were litigation in another federal court or in a state court. The models used have been inappropriate either because their extension to international cases lacked normative justification, or because the model itself was incoherent in the context in which it was initially used, or for both reasons".

<sup>2697</sup> *Victor Posner v Essex Insurance Co.*, 178 F.3d 1209 (11th Cir 1999), et les observations de L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l Lawyer*, 2000, (545), 546-547.

<sup>2698</sup> 178 F.3d 1209, 1223.

<sup>2699</sup> 178 F.3d 1209, 1223-1224 : "the Supreme Court's admonition that courts generally must exercise their non-discretionary authority in cases over which Congress has granted them jurisdiction can only apply to those abstention doctrines addressing the unique concerns of federalism". V. également l'observation de la Cour dans *Robert F. Goldhammer et al. v Dunkin' Donuts, Inc.*, 59 F. Supp. 2d, (248), 252 (D.C. Mass. 1999) ("Quackenbush does not crisply govern in the area of international abstention").

<sup>2700</sup> 18 F. 3d 1209, 1238 ("the relationship between the federal courts and the states - grounded in federalism and the Constitution - is different from the relationship between federal courts and foreign nations - grounded in the historical notion of comity"). V. aussi *Evergreen Marine Corporation v Welgrov International Inc.*, 954 F. Supp. 101, 104 note 1 (SDNY 1997) ("While *Colorado River* and its progeny may be instructive in the present context, the considerations involved in deferring to state courts proceedings are different from those involved in deferring to foreign proceedings, where concerns of international comity arise and issues of federalism and federal supremacy

avait déjà été affichée en 1994 par cette même Cour alors qu'elle tentait de dégager une synthèse originale de la jurisprudence naissante, qu'elle désignait sous l'expression de '*international abstention*'.<sup>2701</sup>

**592. L'abandon progressif des précédents internes (suite)** - Le tribunal du district méridional de New York, qui, pour d'évidentes raisons, connaît d'un nombre important de litiges internationaux, s'est lui aussi dégagé de l'emprise des règles classiques développées pour les litiges internes.<sup>2702</sup> L'affaire *Martinez* illustre le processus qui a mené à la création d'une jurisprudence indépendante : en l'espèce, une star du tennis féminin avait saisi les tribunaux espagnols d'un litige l'opposant à l'agence qui la représentait.<sup>2703</sup> Trois ans après la saisine du juge espagnol l'agence porta l'affaire devant les tribunaux américains. Le tribunal du district méridional de New York fit droit à la demande de dessaisissement formulée par la défenderesse : dans un premier temps, le tribunal se référa à la jurisprudence *Colorado River* pour en déduire que le pouvoir d'accorder un sursis à statuer, pouvoir "inhérent" à son institution, était limité par l'obligation incombant aux tribunaux d'exercer la compétence qui leur est dévolue.

Se tournant ensuite vers les facteurs qui informaient son pouvoir d'appréciation, le tribunal prit ses distances de cette jurisprudence pour ne se fier qu'à ses propres précédents. Il ne fut plus alors question ni de *Landis*, ni de *Colorado River*; le tribunal s'en référa uniquement à sa propre jurisprudence. *In fine*, il se permit même de critiquer l'utilisation, à ses yeux abusive, qui avait été faite par le passé des concepts classiques de *comitas* et d'*abstention* : développés pour les besoins du marché judiciaire américain, ils ne pourraient être purement et simplement transposés dans le contentieux international.<sup>2704</sup> La césure est nette, la volonté de s'écarter de la ligne tracée par la Cour Suprême ne fait pas de doute. L'abandon de l'appui fourni par les précédents internes témoigne d'une intéressante prise de conscience des spécificités de la concurrence internationale de procédures.<sup>2705</sup>

---

are not in play") et *Ecco Corp. f/k/a/ Economy Forms Corporation et al. v. Alumu Systems, USA, Inc. et al.*, 983 F. Supp. 816, 824 (S.D. Iowa 1997).

<sup>2701</sup> *Turner Entertainment Co. v. Degeto Film GmbH, et al.*, 25 F.3d 1512, 1518 (11th Cir. 1994).

<sup>2702</sup> Le tribunal du district est du Missouri a reconnu le rôle important joué par les tribunaux de New York dans le développement de la jurisprudence : *Abdullah Sayid Rajab Al-Rifai & Sons W.L.L. v. McDonnell Douglas Foreign Sales Corp.*, 988 F. Supp. 1285, 1289 (E.D. Miss. 1997).

<sup>2703</sup> *Advantage International Management Inc. v. Conchita Martinez*, 1994 U.S. Dist. LEXIS 12535, 1994 WL 482114 (SDNY Sept. 7, 1994).

<sup>2704</sup> *Advantage Int'l Management, Inc. v. Conchita Martinez*, 1994 WL 482114, p. 12, note 2 (S.D.N.Y. 1994) : "Courts use the terms comity and, to a lesser extent, international abstention, to refer to the doctrine of judicial deference to pending foreign proceedings [...] although neither of these terms technically is appropriate. Comity refers to deference to another sovereign's definitive law or judicial decision [...] not to its preliminary decision to enact a law or to issue a judgment. Abstention is a jurisdiction limiting doctrine relevant only to a limited category of cases concerning constitutional adjudication and state-federal relations". V. également *Ludgate Insurance Comp. Ltd. v. B. Frederic Becker et al.*, 906 F. Supp. (1233), 1241 (N.D. Ill. 1995) (le tribunal s'inspire classiquement de la jurisprudence *Colorado River*, et donc du principe que le dessaisissement est l'exception, mais ne peut terminer son analyse sans mentionner la *comitas* et la jurisprudence *Turner*).

<sup>2705</sup> La jurisprudence plus récente n'hésite d'ailleurs plus à évoquer une "doctrine de l'abstention internationale" indépendante, qui se suffit à elle-même, v. p. ex. *Supernico Computer, Inc. v. Digitech S.A.*, 145 F. Supp. 2d 1147 (N.D. Cal. 2001), qui explique que "The international abstention doctrine allows a court to stay or dismiss an action where parallel proceedings are pending in the court of a foreign nation [...] International abstention is rooted in concerns of international comity, judicial efficiency and fairness to litigants. [...] In short, the doctrine allows a court to abstain from hearing an action if there is a first-filed foreign proceeding elsewhere" et le tribunal d'évoquer les précédents des Cours d'Appel des 7ème et 11ème Circuit. En l'espèce, le tribunal évita de se prononcer sur la demande de dessaisissement sur ce chef, préférant rejeter la demande en invoquant le *Declaratory Judgment Act*.



593. **Les nouveaux contours de l'abstention internationale** - Il ne suffit toutefois pas de renoncer à une application purement analogique de règles extraites de leur contexte d'origine. Encore faut-il asseoir l'éventuelle mesure de coordination internationale et lui donner une forme plus précise, ce qui nécessite une élucidation des circonstances dans lesquelles le juge américain renoncera effectivement à statuer. Ici encore le tribunal du district méridional de New York a fait œuvre pionnière : au fil de ses décisions, fort nombreuses, sur la question, ce tribunal a pu faire la synthèse des influences diverses évoquées dans la jurisprudence pour se permettre dans un deuxième temps de faire abstraction de ces doctrines classiques qui ne seront même plus citées. Et, phénomène d'autopoïèse dont la *common law* est familière, l'on verra alors apparaître des décisions qui sont justifiées par les seuls précédents ad hoc qui avaient ouvert la voie.<sup>2706</sup> Les juges se contenteront dès lors de citer leur propre jurisprudence pour justifier l'existence d'une "compétence qui leur est propre de surseoir à statuer ou se dessaisir en raison de la pendance d'une action similaire dans une juridiction étrangère".<sup>2707</sup>

Ainsi se dessinent les contours de cette doctrine de l'*international abstention*, mélange d'influences diverses dont les frontières sont encore floues.<sup>2708</sup> Les concepts utilisés par les tribunaux ne sont certes pas nouveaux : l'appréciation discrétionnaire dans le chef du juge, l'importance de la courtoisie entre tribunaux, l'utilisation d'un test fondé sur une pluralité d'éléments, tout cela se retrouvait déjà dans le *forum non conveniens* et même dans la jurisprudence *Colorado River*. Le contexte est toutefois différent, puisqu'est seule visée la concurrence effective de procédures engagées dans différents pays.

Le développement de cette nouvelle jurisprudence est une oeuvre collective des tribunaux du fond, à défaut de directions de la Cour Suprême. La sensibilité n'est toutefois pas la même partout : si les Cours d'Appel des 7<sup>ème</sup> et 11<sup>ème</sup> Circuit et le tribunal du district précité de New York ont pris les devants, d'autres tribunaux se montrent encore réticents. Certaines décisions persistent dès lors à s'en référer aux classiques points de repères internes, et en particulier à la jurisprudence *Colorado River*. C'est ainsi qu'un tribunal a pu en 1997 s'en remettre entièrement, sans aucun scrupule apparent, à la jurisprudence *Colorado River* dont il a fait application dans une espèce internationale.<sup>2709</sup> La confusion reste donc à son comble, comme en témoigne une décision d'un tribunal

<sup>2706</sup> P. ex. *In Re Houbigant, Inc. et al.*, 914 F. Supp. 997, 1003-1004 (SDNY 1996); *Evergreen Marine Corporation v Welgrow International Inc.*, 942 F. Supp. 201, 207 (SDNY 1996); *Evergreen Marine Corporation v Welgrow International Inc.*, 954 F. Supp. 101, 103 (SDNY 1997); *Dragon Capital Partners L.P. v Merrill Lynch Capital Services Inc., et al.*, 949 F. Supp. 1123, 1127 (S.D.N.Y. 1997). *Comp. Nycal Corporation v Inco PLC and Downshire N.V.*, 968 F. Supp. 147, 148-149 (S.D.N.Y. 1997) (le tribunal se réfère aux critères dégagés pour les injonctions pour déterminer s'il y a lieu de dévier de l'« ordinary rule of permitting parallel litigation ».)

<sup>2707</sup> *Dragon Capital Partners L.P. v Merrill Lynch Capital Services Inc., et al.*, 949 F. Supp. 1123, 1127 : "the inherent power to stay or dismiss an action based on the pendency of a related proceeding in a foreign jurisdiction".

<sup>2708</sup> La Cour d'Appel du 11<sup>ème</sup> Circuit expliquait fort justement en 1994 que "federal courts have begun to fashion principles that guide courts' action in cases of concurrent jurisdiction in a federal court and the court of a foreign nation" : *Turner Entertainment Co. v Degeto Film GmbH, et al.*, 25 F.3d 1512, 1518 (11th Cir. 1994).

<sup>2709</sup> *Abdullah Sayid Rajab Al-Rifai & Sons W.L.L. v McDonnell Douglas Foreign Sales Corp.*, 988 F. Supp. 1285, 1289 (E.D. Miss. 1997), qui cite et applique directement la jurisprudence *Quackenbush*, sans chercher à expliquer pourquoi cette décision, inspirée par des considérations tenant au fédéralisme américain, était pertinente dans un contexte international. V. les critiques de cette décision dans *Victor Posner, Security Management Corporation v Essex Insurance Company, Ltd.*, 1999 U.S. App. LEXIS 14021, p. 38, note 25 (11<sup>th</sup> Cir., June 25, 1999) et L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l Lawyer*, 1998, (223), 227 (l'auteur note que le tribunal "failed to recognize that the various abstention doctrines [were] developed in the context of state/federal relations, against a series of constitutional constraints and precedents defining that relationship. In contrast, parallel proceedings involving international litigation raise different issues, not the least of which is the potential for unrestrained and vexatious litigation in multiple countries"). V. également *General Motors Corp. and Adam Opel AG v Jose Ignacio Lopez de Arriortua et al.*, 948 F. Supp. 656 (E.D. Mich. 1996) (le tribunal s'inspire uniquement de la jurisprudence *Colorado River* pour rejeter une demande de stay en faveur des tribunaux allemands).

siégeant dans l'Illinois : confronté à une demande de dessaisissement en faveur d'une procédure anglaise initiée par le même demandeur, le tribunal a d'abord eu recours à la courtoisie internationale. Il n'en a pas moins dans un second temps fait appel à la jurisprudence *Colorado River* pour expliquer que ce pouvoir ne pouvait être utilisé que dans des circonstances exceptionnelles.<sup>2710</sup>

594. Quelques conclusions provisoires sur l'*international abstention* - A ce stade on ne peut dès lors pas encore parler d'une jurisprudence constante. Il faudra probablement attendre encore quelques années pour que la jurisprudence arrive à maturité et qu'apparaisse un corps de règles autonomes, qui rendent inutiles le recours aux précédents développés pour le seul espace judiciaire américain. On peut toutefois déjà avancer quelques conclusions provisoires.

Tout d'abord l'unanimité se fait dans la jurisprudence pour admettre qu'un tribunal américain se permette de résoudre un conflit international de procédures par une mesure de coordination qui l'amène à renoncer à exercer une compétence. Cette jurisprudence, nourrie de plusieurs influences, a pris ses distances des précédents invoqués dans un premier temps pour prendre une forme qui lui est propre, de sorte que l'on peut parler de l'émergence d'une doctrine nouvelle.<sup>2711</sup> Qu'on lui donne le nom de "*lis pendens doctrine*"<sup>2712</sup> ou de "*international abstention*"<sup>2713</sup> importe finalement peu.

En théorie la coordination peut aussi bien prendre la forme d'un dessaisissement que d'un simple sursis à statuer. En pratique, lorsque le tribunal décide de déférer au juge étranger, il préférera la seconde mesure à la première. La jurisprudence est cependant divisée quant au *statut* de la coordination internationale : s'agit-il d'une exception à la règle générale qui veut que le juge exerce la compétence qu'il possède, comme le pensent de nombreux tribunaux sous l'influence de la jurisprudence *Colorado River*,<sup>2714</sup> ou peut-on au contraire mettre les deux sur le même pied? La question n'a pas encore été définitivement tranchée. Partant, la jurisprudence n'est pas sans présenter quelques hésitations, bien naturelles pour une création prétorienne encore balbutiante. La confusion est d'autant

<sup>2710</sup> *Kenneth L. Balcom v Rosenbal & Comp., et al.*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 20842, pp. 17-19 (N.D. Ill. 1999). V. également *Robert F. Goldhammer et al. v Dunkin' Donuts, Inc.*, 59 F. Supp. 2d, (248), 251-252 (D.C. Mass. 1999). et aussi *AAR Intern, Inc v Vacances Heliades S.A.*, 100 F. Supp.2d 875 (N.D.Ill., 2000) : à propos d'une procédure concurrente pendante en Grèce, le tribunal observe que "courts usually grapple with abstention in the context of parallel state court proceedings. Here, the alternate forum is not the tribunal of 'a state of the federal union to which, under our Constitution, [I] owe a special obligation of comity.' [...]. Nevertheless, in the interests of international comity, I apply the same general principles with respect to parallel proceedings in a foreign court" ainsi que la décision *Ortega Trujillo v Conover & Co Communications, Inc.*, 221 F.3d 1262 (11th Cir (Fla.), 2000), qui casse un sursis à statuer accordé en première instance en notant que "Abstention, therefore, is not to be undertaken lightly".

<sup>2711</sup> Comme l'atteste par exemple le fait qu'une encyclopédie générale comme l'*American Jurisprudence* y consacre des développements séparés, 32A Am. Jur. 2d (1995), v° Federal Courts, §§ 1233-1236, pp. 519-521.

<sup>2712</sup> G. BORN, *International Civil Litigation in US. Courts*, 1996, 462.

<sup>2713</sup> Appelation qui a été suggérée par la Cour d'Appel du 11ème circuit, dans l'affaire *Turner Entertainment Co v Degeto Film GmbH*, 25 F. 3d (1512), 1518 (11th Cir. 1994) ("This circuit has never considered the question of 'international abstention'."). Cette dénomination a été reprise et popularisée par Mme. Teitz, p. ex. L.E. TEITZ, *Transnational Litigation*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 240 ("Recent cases concerning multiple litigation have begun to suggest a new doctrine for 'deference to pending foreign actions' described as 'international abstention' [...]" ) ainsi que par exemple *Am Jur. 2d*, v° Federal Courts, § 1233-1236, pp. 519-521 (NY, Lawyers Cooperative Publishing, 1995). V. également *Victor Posner, Security Management Corp. v Essex Insurance Comp., Ltd., et al.*, 1999 U.S. App. LEXIS 14021; 12 Fla. Law W. Fed. C 989 (CA 11th Cir.) (la Cour se réfère expressément à la "doctrine of international abstention") et *Yan Carlos Ravelo Menogro et al. v Luis Rosa et al.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 13556 (N.D. Cal. August 27, 1998).

<sup>2714</sup> P. ex. *Finova Capital Corp. v Ryan Helicopters U.S.A., Inc et al.*, 1999 U.S. App. LEXIS 14161 (7th Cir. June 25, 1999).

plus grande que certains tribunaux ne semblent pas encore avoir aperçu ce qui sépare cette nouvelle doctrine de l'exception de for inapproprié.<sup>2715</sup>

595. **Quelques conclusions provisoires sur l'international abstention (suite)** - Cette confusion n'enlève rien à la spécificité de la jurisprudence qui, au contraire du *forum non conveniens*, vise expressément les conflits de procédures. La coordination recherchée tend non pas à privilégier la justice du for le plus approprié, mais bien à éviter autant que faire se peut les procédures concurrentes. Ce faisant, l'abstention éventuelle s'explique non plus simplement en raison du caractère plus approprié du for étranger, mais bien en raison de l'existence d'un conflit de procédures.<sup>2716</sup> La jurisprudence a d'ailleurs bien marqué la différence entre les deux doctrines, la version traditionnelle du *forum non conveniens* possédant un champ d'application plus large.<sup>2717</sup>

Le caractère encore incertain de la doctrine de l'abstention internationale fait toutefois que bien souvent, le défendeur invoquera également d'autres moyens à l'appui de sa demande de dessaisissement, le plus souvent le *forum non conveniens*.<sup>2718</sup> Lorsque le tribunal estime que le for étranger est manifestement plus approprié, il ne prendra d'ailleurs pas souvent la peine d'examiner les autres moyens invoqués et notamment l'abstention internationale.<sup>2719</sup> Inversement, il se peut qu'il ne se penche sur cette dernière que pour confirmer la décision prise sur base de l'exception de for inapproprié.

L'abstention internationale participe, comme le *forum non conveniens*, du pouvoir discrétionnaire du juge et celui-ci prend dès lors en considération l'ensemble des

<sup>2715</sup> P. ex. *American Cyanamid Corp. v. Piaso-Arstalt et al.*, 741 F. Supp. (1150), 1154 (D.N.J. 1990) : le tribunal estime que "The factors informing the decision on forum non conveniens appear to be fully responsive to those informing a decision to stay". En l'espèce, une entreprise américaine s'opposait à un couturier français ainsi qu'à une fondation domiciliée au Liechtenstein à propos de la résolution d'un contrat de licence. Le tribunal du district du New Jersey a refusé de faire droit à la demande de dessaisissement introduite par Cardin, qui avait, trois jours avant le début de la procédure américaine, saisi les tribunaux français d'une demande de déclaration que le contrat avait été légitimement résolu. Cette demande s'appuyait sur le caractère plus approprié du for français et également sur la déférence due selon les défendeurs au tribunal premier saisi. La Cour déclara qu'il n'y avait pas de véritable différence entre ces deux fondements. Cf la critique de Mme. Teitz sur cette décision : "the court incorrectly adopts the same analysis for both motions" (*l.c.*, *Int'l Lawyer*, 1992, 35, note 60). V. aussi C. *Frank Reavis, Trustee v. Gulf Oil Corp. et al.*, 85 F.R.D. (666), 671, note 3 (D. Del. 1980) (demande de dessaisissement sur base du forum non conveniens et de stay en déférence à une procédure au Venezuela sont traitées de la même façon, parce que "the effects of a stay of this action would be indistinguishable from the effects of outright dismissal"). Le juge procède donc sur base de la doctrine du forum non conveniens. Il est par ailleurs révélateur que MMs. *Scales et Hay* ne mentionnent la possibilité pour un tribunal américain de se dessaisir en déférence à une procédure étrangère qu'en annexe à leur discussion de la doctrine du forum non conveniens, comme si l'abstention n'était qu'un sous-produit de cette théorie : *Conflict of Laws*, 2<sup>ème</sup> éd., 378-379, n° 11-11, note 8. V. également G. BORN, *International Civil Litigation in US. Courts*, 1996, 461, note 8 ("Some authorities treat the *lis alibi pendens* doctrine as a subset of the forum non conveniens doctrine, differing only with respect to relief").

<sup>2716</sup> P. ex. L. E. TEITZ, *o.c.*, 1996, 236 ("Generally, the basis for requesting a stay is the inconvenience (practical or financial) of litigating in several locations").

<sup>2717</sup> Ainsi le tribunal du district méridional de New York a-t-il observé dans une affaire que le demandeur "seeks relief from the prosecution of this action pursuant to the Court's inherent power to stay proceedings in favor of a pending foreign action, not pursuant to the distinct doctrine of forum non conveniens, which may be applied to dismiss a case even when no alternative proceedings is pending" : *Evergreen Maritime Corp. v. Welgrov Int'l, Inc.*, 954 F. Supp. 101, 105, note 5 (SDNY 1997).

<sup>2718</sup> P. ex. *Cargill, Inc. v. Hartford Accident and Indemnity Company et al.*, 531 F. Supp. 710 (D.C. Minn. 1982); *Cliffs-Neddrill Turnkey Int'l-Oranjestad v. Rich Ocean Tankers S.A. (the Rich Duke)*, 734 F. Supp. 142 (D.C. Del. 1990); *Diego J. Herbstein v. Martin E. Bruetman et al.*, 743 F. Supp. 184 (SDNY 1990); *General Motors Corp. and Adam Opel AG v. Jose Ignacio Lopez de Arriortua et al.*, 948 F. Supp. 656 (E.D. Mich. 1996); *Ludgate Insurance Co. Ltd. v. B. Frederik et al.*, 906 F. Supp. 1233 (D.C. N. D. Ill. 1995); *Yan Carlos Ravelo Monegro et al., v. Luis Rosa et al.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 13556 (N.D. Cal. August 27, 1998).

<sup>2719</sup> P. ex. *Yan Carlos Ravelo Monegro et al., v. Luis Rosa et al.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 13556 (N.D. Cal. August 27, 1998).

circonstances de la cause. On ne s'étonnera donc pas de voir réapparaître des éléments comme l'examen du caractère approprié des remèdes offerts par le for étranger,<sup>2720</sup> les difficultés pratiques que peuvent poser les procédures pour les parties<sup>2721</sup> et la possibilité que l'abstention cause un dommage irréparable aux parties,<sup>2722</sup> trois critères que l'on retrouve également dans l'exception de for inapproprié.<sup>2723</sup>

Ces facteurs ne sont toutefois invoqués qu'à l'appui d'une demande de dessaisissement, sans constituer la charpente même de la décision. La nouveauté c'est l'accent mis par les tribunaux sur l'économie de procédures – “*promotion of judicial efficiency*” – ainsi que sur la chronologie de procédures – “*temporal sequence of the filing of actions*”. La première fait pencher la balance en faveur du dessaisissement lorsqu'il apparaît que le for étranger peut résoudre l'entière du litige. La seconde permet de justifier l'abstention lorsque la procédure étrangère est déjà bien avancée. Ces facteurs témoignent de l'importance de l'économie procédurale, importance qui est encore renforcée par la référence générale au « souci d'éviter la dispersion des litiges ».<sup>2724</sup>

**596. Quelques conclusions provisoires sur l'international abstention (suite et fin)** - Les rapprochements avec l'exception de litispendance que connaissent les droits continentaux sont évidents. Il serait cependant abusif de comparer les deux doctrines. La simple antériorité de saisine ne justifie en effet pas l'abstention aux yeux d'un tribunal américain. Comme l'expliquait déjà une Cour d'Appel en 1981, “la règle de la priorité du tribunal premier saisi [...] n'a jamais été appliquée, et en fait n'est pas destinée à être appliquée lorsque les deux tribunaux concernés ne dépendent pas du même souverain”.<sup>2725</sup> En réalité la coordination n'est justifiée qu'en raison d'un ensemble de facteurs, parmi lesquels la priorité temporelle de la procédure étrangère joue un rôle important, sans être toutefois à elle seul décisive. Comme le souligne le tribunal du district méridional de New York, dont on a vu qu'il se montre particulièrement bien disposé à l'endroit de l'abstention internationale, “les tribunaux fédéraux hésitent à renoncer à exercer leur compétence sur la seule base de l'existence d'une procédure concurrente dans une autre juridiction”.<sup>2726</sup> Telle qu'elle est entendue par les tribunaux

<sup>2720</sup> “Adequacy of relief available in the alternative forum”.

<sup>2721</sup> “convenience of the parties, counsel and witnesses”.

<sup>2722</sup> “Possibility of prejudice to any of the parties”.

<sup>2723</sup> P. ex. *Robert F. Goldbarrner et al. v Dunkin' Donuts, Inc.*, 59 F. Supp. 2d (248), 252-253 (D. Mass. 1999) (tribunal analyse ces trois facteurs dans le cadre de l'abstention).

<sup>2724</sup> P. ex. *Finova Capital Corp. v Ryan Helicopters U.S.A., Inc. et al.*, 1999 U.S. App. LEXIS 14161 (7<sup>th</sup> Cir. June 25, 1999) (“need to avoid piecemeal litigation”) et *Ingersoll Milling Machine Co. v John P. Granger*, 833 F. 2d 680, 685 (7<sup>th</sup> Cir. 1987) (“Considerations of judicial economy, especially the need to avoid piecemeal litigation, strongly favored the district court proceedings”).

<sup>2725</sup> *Compagnie des Bauxites de Guinée v Insurance Co. of North America*, 651 F. 2d 877, 887, note 10 (3d Cir. 1981) : “The first-filed rule [...] has never been applied, and in fact was never meant to apply where the two courts involved are not courts of the same sovereignty”. Dans le même sens, *American Cyanamid Comp. v Picaso-Aristalt et al.*, 741 F. Supp. 1150, 1159 (“[...] the ‘first to file’ rule is a rule of resource conservation adopted to deal with situations involving similar lawsuits pending within the same sovereign’s jurisdiction, not situations involving similar lawsuits in different jurisdictions [...]”) et *Cliffs-Neddrill Turnkey International-Oranjestad v M/T Rich Duke*, 734 F. Supp. 142, 151 (D. Del. 1990).

V. les explications de G. BERMANN : “Although a number of American courts have applied lis pendens thinking to international cases, it is generally agreed that the doctrine does as such does not operate in that setting” (*l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, (589), 610).

<sup>2726</sup> *Evergreen Marine Corporation v Welgrov International Inc.*, 954 F. Supp. 101, 103 (SDNY 1997) : “[f]ederal courts are reluctant to decline jurisdiction solely on the basis of concurrent proceedings in another jurisdiction”. Dans le même sens, *Efo Corp. f/k/a/ Economy Forms Corporation et al. v Aluma Systems, USA, Inc. et al.*, 983 F. Supp. 816, 824 (S.D. Iowa 1997) et *Robert F. Goldbarrner et al. v Dunkin' Donuts, Inc.*, 59 F. Supp. 2d 248, 251 (D. Mass. 1999) (le tribunal observe que “the mere fact that there are parallel proceedings in a foreign jurisdiction will not

américains, la coordination internationale ne se réduit donc pas à une simple comparaison des dates de saisine des tribunaux concurrents.

S'il est difficile à ce stade de prédire si cette jurisprudence, encore naissante, va se généraliser et conquérir l'ensemble des tribunaux, pour détrôner peut être l'exception de chose jugée de son rôle principal dans la résolution des conflits de procédures,<sup>2727</sup> on peut déjà noter que l'abstention internationale vient s'ajouter aux autres possibilités de coordination offertes par la jurisprudence américaine : outre les règles spécifiques en matière de faillite internationale, déjà évoquées, on peut également mentionner la règle de priorité visant les actions dites *in rem*, qui permet à un tribunal de céder la priorité à un autre lorsque le litige porte sur un bien sur lequel les tribunaux fondent leur compétence.<sup>2728</sup>

Au contraire du modèle européen qui fait entière confiance à l'exception de litispendance, le droit américain ne propose pas une seule, mais bien plusieurs règles permettant la coordination des procédures concurrentes. Ces règles ne se recourent pas nécessairement, mêmes si certaines ont un champ d'application général. A l'instar de la règle de litispendance, il s'agit à chaque fois de l'application par analogie d'une règle prévue initialement pour les conflits inter-américains. Les relations entre les pouvoirs judiciaires fédéral et fédérés fournissent un terrain fertile pour l'éclosion de nouvelles doctrines, qui progressivement prennent leur distance par rapport aux sources d'inspiration interne. Au total, l'évolution positive de ces dernières années fait que le droit américain s'est éloigné du modèle anglais, où seul domine le *forum non conveniens*. Cette évolution positive ne doit pas cacher que les différentes règles permettant la coordination demeurent bien timides en comparaison avec l'automatisme d'une règle de litispendance comme celle en vigueur au sein de l'espace judiciaire européen.<sup>2729</sup>

---

constitue an 'exceptional circumstances' which justifies the abdication of federal jurisdiction"). *Comp.* du même tribunal le dictum dans l'affaire *Martinez* précitée, selon lequel "All that is required in this Circuit is that the parties and issues be sufficiently similar so that when a judgment issues from a foreign court, res judicata will apply" (p. 14).

<sup>2727</sup> Comme le souhaitent certains commentateurs. Mme. L. TEITZ ne cache par exemple pas que l'abstention internationale emporte ses suffrages. V. aussi la proposition formulée par S. BURBANK, *l.c.*, *Am. Comp. L.J.*, 2001, 203, 229-230, qui suggère clairement de s'inspirer de la litispendance modèle européen !

<sup>2728</sup> Une fois de plus, les tribunaux ont transposé à la sphère internationale la solution prévue pour les conflits inter-américains. La Cour Suprême a de longue date reconnu pour ceux-ci l'existence d'une 'first filed rule' : *Penn General Casualty Co v Pennsylvania*, 294 U.S. (189), 195, 79 L.Ed. 850 (1935) ; *Princess Lida v Thompson*, 305 U.S. (456), 466 (1939). Selon la Cour, "[...] if the two suits are in rem or quasi in rem, requiring that the court or its officer have possession or control of the property which is the subject of the suit in order to proceed with the case and to grant the relief sought, the jurisdiction of one court must of necessity yield to that of the other. To avoid unseemly and disastrous conflicts in the administration of our dual judicial system, the principle, applicable to both federal and state courts, is established that the court first assuming jurisdiction over the property may maintain and exercise that jurisdiction to the exclusion of the other" : *Penn General Casualty* 294 U.S. 189, 195. V. également le § 86 du Restatement Second, commentaire (c), p. 259-260. Cette règle a été appliquée aux espèces internationales, v. p. ex. *Dailey v NHL*, 987 F.2d 172, 175-178 (3d Cir. 1993) (tribunal cède la priorité au tribunal canadien premier saisi) ; *Chesley v Union Carbide*, 927 F.2d 60, 66 (2d Cir. 1991) ("The rule [is] equally applicable to requested interference by American courts with a res under the jurisdiction of a foreign court") et plus récemment *S.E.C v Barner Fund Int'l, et al.*, 2000 U.S. App. LEXIS 6423 (D.C. April 4, 2000) : dans cette affaire déjà évoquée, le juge américain refusa de se dessaisir au profit d'une procédure engagée au Belize. Selon la Cour, "we cannot require a foreign court to yield when the US court was the first to assume jurisdiction, but neither can we acquiesce in a rule under which the US court receded regardless of its priority in time".

<sup>2729</sup> *Comp.* W. J. HABSCHIED, *l.c.*, in *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, H. BERNSTEIN, et al. (eds.), Tübingen, J.C.B. Mohr 1981, (109), 124 (selon que tribunaux suisses et allemands vont beaucoup plus loin que tribunaux américains).

### § 3. La chronologie procédurale

597. Le rôle décisif du facteur temps dans les juridictions de tradition civile - Lorsqu'il s'agit de décider quel tribunal doit s'incliner devant l'autre, le réflexe quasi-instinctif des juristes formés à la tradition civile consiste à privilégier le tribunal premier saisi au détriment du tribunal second saisi. En d'autres termes, la concurrence de procédures est tranchée sur base de la *chronologie procédurale*.

L'article 21 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, qui élève la chronologie procédurale au rang d'unique critère de décision, a contribué à populariser ce modèle, en même temps qu'il a attiré l'attention sur certaines de ses conséquences fâcheuses. Même si elle se distingue des autres règles par l'attention exclusive qu'elle consacre à cet élément, la litispendance européenne se situe bien dans la lignée de l'approche continentale traditionnelle. Que ce soit par le biais de dispositions législatives expresses ou par l'effet d'une jurisprudence créatrice, les pays d'Europe continentale ont adopté de manière générale une règle de litispendance fondée sur la priorité temporelle. Le droit conventionnel, qu'il rassemble deux ou plusieurs Etats, montre une égale préférence pour la priorité du juge premier saisi, principe qui a récemment convaincu le législateur européen dans le domaine du contentieux familial.<sup>2730</sup> Cette approche peut en appeler à une longue tradition puisque déjà en 1898 l'Institut de Droit International plaidait pour sa généralisation (*supra*, n° 397).

Il ne faudrait pas en conclure que les règles de litispendance qui viennent d'être évoquées peuvent être toutes ramenées à la seule priorité temporelle.<sup>2731</sup> Au contraire, si elles partagent un choix fondamental pour un mécanisme fondé sur la chronologie procédurale, de nombreuses différences les séparent. Ainsi, si certaines font de l'abstention une *obligation*, d'autres y voient une simple *faculté* pour le juge second saisi; certaines prévoient une porte de sortie lorsque la procédure étrangère ne répond pas aux garanties minimales d'une bonne administration de la justice; d'autres encore sont solidement enracinées dans une tradition séculaire alors que la litispendance constitue dans certaines juridictions une conquête récente qui doit encore affronter une hésitation des tribunaux. Bref il serait réducteur de vouloir les assimiler en oubliant ce qui les sépare.

Il demeure toutefois qu'on ne peut nier une attention commune pour la chronologie procédurale, attention qui contraste avec le peu d'importance qu'accordent les tribunaux anglais et américains à ce facteur. On a vu en effet que la priorité temporelle n'était au mieux qu'une considération annexe dans l'appréciation que font ces tribunaux du caractère approprié des fors, considération qui ne sera d'ailleurs jugée pertinente qu'au

<sup>2730</sup> Article 11 du Règlement dit de Bruxelles II déjà évoqué.

<sup>2731</sup> La plupart des législations font expressément référence à la priorité temporelle du for étranger comme condition de la litispendance, comme par exemple l'article 9 de la loi suisse ("Lorsqu'une action ayant le même objet est *déjà* pendante entre les mêmes parties à l'étranger [...]", nous soulignons). Il en va de même de l'article 3137 du Code civil du Québec ("[...] si une autre action [...] est *déjà* pendante devant une autorité étrangère [...]", nous soulignons). Des plaideurs ont cependant tenté de convaincre les tribunaux que cette disposition pouvait s'appliquer même lorsque le for étranger était second saisi. Cet argument a logiquement été rejeté, v. C. S. Montréal, 30 avril 1997, *Lac d'arrière du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc.*, J.E. 97-1167 (une partie prétendait que la loi ne posait pas de condition d'antériorité de l'instance, mais se contentait d'exiger qu'il y ait effectivement une action pendante devant une autorité étrangère. La Cour répondit qu'elle "ne peut partager cette interprétation qui ouvrirait grande une porte au forum shopping. Il suffirait à une partie déjà poursuivie au Québec d'intenter ailleurs une action identique répondant aux conditions de la litispendance pour obtenir le sursis des procédures pendantes au Québec").

regard de l'état d'avancement de la procédure étrangère (*supra*, n° 538). Si le contraste entre les deux approches doit être nuancé,<sup>2732</sup> on ne saurait toutefois nier la distance qui les sépare.

**598. Une évaluation du modèle chronologique en deux temps** – On a déjà expliqué qu'il ne serait pas judicieux d'élever le *forum non conveniens* au rang de principe général de solution des conflits de procédure. La question qu'il convient d'aborder maintenant est de savoir si l'ordre de saisine des tribunaux peut prétendre jouer ce rôle.

En abordant cette question, on ne peut se défaire de l'impression de s'attaquer à une 'vache sacrée' de la tradition juridique continentale, la règle de la priorité temporelle écrasant en effet par son omniprésence. Certains ont même été jusqu'à écrire que cette règle leur paraissait "naturelle", donnant ainsi à penser qu'il n'y avait pas de place pour une autre approche.<sup>2733</sup> Cette affirmation ne doit pas empêcher de s'interroger sur la validité de la règle. Il serait en effet trop réducteur d'accepter qu'elle s'impose 'par la force des choses' – ce que l'examen de droit comparé a d'ailleurs mis en doute.

Le recours à la priorité temporelle pour trancher le conflit de procédures soulève des difficultés de deux types. Les premières ont trait aux nombreuses difficultés pratiques d'application qu'engendre cette approche – que ce soit dans un cadre conventionnel ou dans celui d'une règle purement nationale (I). C'est principalement la question de la définition du moment de la saisine qui retiendra notre attention, sous l'angle particulier de l'égalité entre parties. Ces difficultés mettent déjà un important bémol à la validité du 'modèle' temporel. La chronologie procédurale n'est pas en outre sans soulever d'importantes questions de principe (II). Il faudra ainsi se demander si une règle qui s'en remet au moment de la saisine des tribunaux pour trancher la concurrence de procédures n'emporte pas des effets secondaires trop importants. Nous examinerons successivement les deux types de difficultés, tout en nous attachant à les nuancer, pour ensuite suggérer une synthèse en guise de conclusion.

#### A. La chronologie procédurale : un 'nid de guêpes' pour les plaideurs et les tribunaux

**599. Une méthode qui soulève de nombreux problèmes** - Les problèmes que soulève l'application pratique de la règle de priorité temporelle sont légions. L'expérience de l'espace judiciaire européen, qui fait de cette priorité le critère exclusif de partage des tribunaux concurrents, a à cet égard joué le rôle de 'révélateur', en contribuant à isoler les nombreuses difficultés de la '*first filed-rule*'.

<sup>2732</sup> *Infra*, n° 644 à propos des législations particulières qui dans certaines matières font confiance à la priorité temporelle pour résoudre la concurrence de procédures et en particulier le *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*.

<sup>2733</sup> Y. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988*, I, Berne, Staempfli, 1996, 525, n° 1385; J.-M. REYMOND, *L'exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 283 ("il paraît naturel de s'en prendre à l'instance introduite ultérieurement [...]").

Remarquons cependant que la priorité temporelle ne semble pas toucher à la 'nature' du déclinatoire de connexité. Ainsi M. Mayer souligne-t-il que dans les litiges internes, il arrive que ce soit la juridiction première saisie qui accueille l'exception de connexité, s'il est conforme à une bonne administration de la justice que la juridiction dernière saisie connaisse de l'ensemble de l'affaire. Il reconnaît cependant qu'en pratique les tribunaux, extrêmement réticents à accepter l'exception de connexité internationale, le seront encore plus au profit d'un tribunal étranger second saisi (1998, 284, note 140).

On peut tout d'abord évoquer l'hypothèse, exceptionnelle en pratique, qui voit les deux tribunaux concurrents saisis le même jour.<sup>2734</sup> Le critère de la priorité devient alors inopérant – à moins d'élargir le champ des investigations à l'heure exacte de saisine de chaque tribunal,<sup>2735</sup> ce qui ne sera pas sans poser de difficiles questions de preuve, cet élément ne faisant pas en règle partie des données conservées par les greffiers.<sup>2736</sup> Le for doit-il dans ce cas, comme le propose M. Geimer,<sup>2737</sup> poursuivre l'examen de la demande sans se soucier de la concurrence de procédures, ou est-il au contraire préférable de s'en remettre à une autre solution, par exemple en donnant la priorité au for qui a les liens les plus étroits avec le litige?<sup>2738</sup> Pour être anecdotique et exceptionnelle, ce type de situation met le doigt sur une faille de la chronologie procédurale.

Si là était l'unique problème que soulève la chronologie procédurale, il suffirait sans doute de prévoir une règle subsidiaire pour cette hypothèse, pour exceptionnelle qu'elle soit.

<sup>2734</sup> Hypothèse exceptionnelle que l'on rencontre toutefois dans les recueils de jurisprudence : p. ex. OLG Koblenz, 30 nov. 1990, *IPRspr.*, 1990, n° 194; *R.I.W.*, 1991, 63; *Cargill, Inc. v Hartford Accident and Indemnity Comp.*, 531 F. Supp. 710 (D.C. Minn. 1982); Bruxelles, 20 février 2001, *affaire Glaxo Wellcome, Ing. Cons.*, 2001, 335 (actions engagées en Allemagne et en Belgique le même jour, l'une par le titulaire d'un brevet, l'autre par un groupe concurrent accusé de contrefaçon; dans cette affaire v. aussi LG Düsseldorf, 27 janvier 1998, *IPRax*, 1999, 440, note K. OTTE); *Phillips et al. v Symes et al.*, Chancery Division, 9 juillet 2001, 2001 WL 720317 (procédures en Grèce et au Royaume-Uni introduites le même jour); *The Ensign-Brickeford Company v ICI Explosives USA, Inc.*, et al., 817 F. Supp. 1018 (D.C. Conn. 1993); *Korstandinis et al. v World Tankers Corp. et al.*, [1967] P. 341 (procédures engagées en Angleterre et aux États-Unis le même jour, la question de la date d'introduction de l'instance étant pertinente eu égard à l'applicabilité en l'espèce de l'article 8 de la Convention maritime de 1911). V. aussi les exemples cités par M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 113 et J.-M. REYMOND, *op. cit.*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 288. Dans l'affaire *The Freccia del Nord*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 388, les tribunaux anglais et néerlandais avaient été saisi le même jour, l'un à 16 h 10 et l'autre à 16 h 30 ! V. aussi *Staley v Smith*, 419 N.E. 2d 26 (1980) (affaire de divorce, deux demandes concurrentes déposées en moins d'une heure).

<sup>2735</sup> Dans l'affaire *Korstandinis et al. v World Tankers Corp. et al.*, [1967] P. 341, 355 déjà évoquée, le demandeur suggéra au juge de tenir compte de l'heure exacte à laquelle chacune des actions avait été engagée, le juge expliqua que « I do not feel compelled to trifle with periods of less than one day in considering such matters ».

<sup>2736</sup> V. les doutes de M. HAU sur la possibilité de comparer non seulement le jour mais aussi l'heure à laquelle les deux actions ont été introduites (W. J. HAU, 143). Ajoutons que s'il était possible de comparer l'heure exacte à laquelle les tribunaux ont été saisi, il faudrait sans doute s'en tenir au temps universel fondé sur le méridien de Greenwich pour éviter de conférer un avantage indû aux pays du soleil couchant... On mesure la difficulté de l'exercice quand on y ajoute les considérations relatives aux variations saisonnières de l'heure, comme par exemple la fameuse 'heure d'été'. Le projet de Convention de La Haye invite les tribunaux à se référer au temps universel pour déterminer la priorité chronologique (article 21(5) *in fine*). Dans l'affaire *Korstandinis et al. v World Tankers Corp. et al.*, [1967] P. 341, 355, le juge évoqua, pour les besoins du raisonnement, la possibilité de tenir compte des différences de fuseau horaire, « In considering the United States and the United Kingdom proceedings instituted on the same day, it is submitted that I should take it on the local time in each place. Now, that is the common-sense view [...] », en l'espèce le juge se référa à l'almanach nautique de la Reine pour calculer que Londres et New York étaient séparés de 5 heures, et tint compte de cette différence pour conclure que la procédure anglaise avait été engagée avant la procédure new-yorkaise.

<sup>2737</sup> R. GEIMER, 1997, 676, n° 2697. Dans le même sens, B. HEIDERHOFF, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit im Ehescheidungsverfahren*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1998, 55, note 196 (Mme. Heiderhoff explique qu'en droit interne allemand, lorsque deux procédures sont engagées le même jour, elles sont toutes les deux déclarées irrecevables); C. DOHM, *Die Einrede ausländischer Rechtshängigkeit in deutschen internationalen Zivilprozessrecht*, Berlin, Ducker & Humblot, 1996, 302.

<sup>2738</sup> Comme le propose Y. DONZALLAZ, *op. cit.*, I, Berne, Staempfli, 1996, 526, n° 1388, selon qui il y a lieu de présumer dans le cadre de la Convention de Lugano que le juge qui se déclare compétent en vertu de l'article 2 de cette Convention possède les liens plus étroits. J.-M. REYMOND (*op. cit.*, Lausanne, 1991, 288) n'envisage que la seule hypothèse où les deux procédures sont l'oeuvre de la même partie. Il suggère de permettre alors au défendeur d'exciper de la litispendance dans l'instance de son choix. V. aussi la solution apportée par le législateur canadien en cas de demandes simultanées de divorce engagées le même jour, dans la section 3(3) du *Divorce Act* du 13 février 1986. Selon cette disposition, "Where divorce proceedings between the same spouses are pending in two courts that would otherwise have jurisdiction under subsection (1) and were commenced on the same day and neither proceeding is discontinued within thirty days after it was commenced, the Federal Court-Trial Division has exclusive jurisdiction to hear and determine any divorce proceeding then pending between the spouses and the divorce proceedings in those courts shall be transferred to the Federal Court-Trial Division on the direction of that Court".



Force est toutefois de constater que la priorité temporelle soulève des difficultés plus sérieuses. Puisqu'il s'agit de comparer le moment de la saisine des fors concurrents, encore faut-il en effet s'entendre sur la définition de la notion de 'saisine'. Le problème est connu et a déjà fait l'objet de nombreux commentaires.<sup>2739</sup> Il affecte indifféremment la règle de litispendance prévue conventionnellement et celle qu'un Etat s'impose de respecter unilatéralement.

**600. Définition du moment de la saisine – trois solutions** - Pour définir le moment auquel un juge est réputé être saisi, il faut d'abord s'interroger sur le droit applicable à cette question.<sup>2740</sup> Le for peut tout d'abord choisir d'appliquer sa propre définition, la *lex fori* étant invoquée au titre de loi de la procédure (1). Une solution plus respectueuse de la diversité des droits en présence consiste à appliquer la loi de chaque procédure de façon *distributive*. Le for consulte alors sa propre loi pour déterminer le moment auquel il a été saisi, et le droit du tribunal étranger pour la saisine de ce dernier (2). Ces deux solutions montreront vite leurs limites. On envisagera dès lors une dernière possibilité qui s'inscrit dans une solution négociée conventionnellement. Dans ce cas, on peut avoir recours à une règle *matérielle* spécifique qui constitue un standard commun permettant d'évaluer le moment de la saisine des deux tribunaux (3). Nous examinerons chacune de ces hypothèses successivement.

## 1. LE RECOURS À LA LEX FORI

**601. Une solution simple et respectueuse de l'égalité** - Lorsqu'il s'agit de comparer le moment de la saisine des deux fors concurrents, l'application de la loi du for semble s'imposer. On accepte en effet que cette loi possède un titre naturel à régir les questions de procédure.<sup>2741</sup> Cette solution possède l'avantage de la *simplicité*. Le juge du for ne devra pas en effet se pencher sur la question, souvent difficile, de l'application du droit étranger de la procédure (sur ces difficultés, *infra* n° 602 e.s.). Cette solution permet également de maintenir une certaine *égalité* entre les deux procédures, puisque chaque saisine fera l'objet d'une évaluation sur base du même critère. On ne devrait dès lors plus

<sup>2739</sup> Pour une discussion centrée sur les difficultés d'application de l'article 21 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, on se reportera par exemple à notre texte paru dans l'ouvrage *Efficacité de la justice civile en Europe*, G. DE LEVAL et M.-T. CAUPAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2000, sous le titre "Le droit au procès équitable et l'égalité des armes : le cas de la litispendance dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano", 101-129, spéc. 118-129 – dont la discussion qui suit s'inspire largement. *Adde* MM. BORN, FALLON et van BOXTAEL, 2001, 425-429, n° 216.

<sup>2740</sup> Bien souvent la question de la loi applicable à la détermination du moment de la saisine du juge étranger ne sera pas examinée, les circonstances de l'espèce ne laissant aucun doute sur la priorité de la saisine du for étranger. V. par exemple Paris, 24 mai 1983, *J.D.I.*, 1983, 827, note A. Huet (requête en divorce présentée en France par l'épouse en 1982 alors que le mari a saisi les juridictions algériennes d'une demande similaire en 1978) ; Paris, 16 novembre 1989, *J.D.I.*, 1990, 127, note A. Huet (requête en divorce à Hong Kong précède de plus d'un mois une requête similaire en France) ; Cour du Québec, 5 juillet 1999, *Behaviour Communications Inc v VIP*, CA Montréal 500-22-014682-978 (la Cour se contente de constater que l'action au Québec est introduite en 1997 alors que celle de Californie n'a été initiée qu'en 1998, sans s'interroger sur la loi applicable).

<sup>2741</sup> Solution qui a toutefois tout d'une généralisation abusive. Il faut en effet encore s'entendre sur la définition des questions qui ressortissent au domaine de la procédure. Sur le domaine de la règle *forum regit processum*, v. p. ex. I. SZAZY, *International Civil Procedure*, Leiden, Sijthoff, 1967, 203-232 et du même, "The Basic Connecting Factor in International Cases in the Domain of Civil Procedure", *I.C.L.Q.*, 1966, 436-456 ; GRUNKY, "Lex fori und Verfahrensrecht", *Z.Z.P.*, 1976, 241-254. Plus récemment, F. JAECKEL, *Die Reichweite des lex fori im internationalen Zivilprozessrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, 222 ; D. LEIPOLD, *Lex fori, Souveränität, Discovery: Grundlagen des internationalen Zivilprozessrechts*, Heidelberg, C. F. Müller, 1989, 70 p. *Adde* J. DOLINGER et C. TIBURCIO, "The Forum Law Rule in International Litigation. Which Procedural Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions : Lex Fori or Lex Diligentiae ?", *Texas Int'l L. J.*, 1998, 425-461. Pour une élucidation des questions de droit applicable à l'action en justice dans les rapports internationaux privés, v. M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris, Economica, 1986, 410 p.

redouter que la course au for soit faussée parce que le signal d'arrivée serait différent dans les deux juridictions.

602. **L'application générale de la *lex fori*, une solution insatisfaisante** - On peut toutefois craindre que l'application généralisée de la loi du for ne pose de sérieuses difficultés pratiques. Il peut en effet être difficile d'apprécier si certaines modalités concrètes, qui sont requises par le droit du for pour l'introduction d'une demande, ont été effectivement remplies dans le for concurrent alors que l'introduction de l'instance s'organise selon le droit étranger autour de modalités différentes.<sup>2742</sup> Il n'est pas besoin de préciser que les modes d'introduction d'une demande peuvent varier considérablement, ce qui rend difficile la comparaison sur base des seules règles du for. Si une demande particulière doit selon le droit du for faire l'objet d'une transmission par le greffe, qu'en est-il si la demande étrangère concurrente doit être pour être réputée pendante signifiée par huissier, et inversement ? Il sera parfois difficile de repérer, dans la machinerie procédurale étrangère, les formalités qui correspondent à celles que le for juge déterminantes pour la saisine.

L'appréciation de la saisine du juge étranger sur base de la *lex fori* peut également conduire à des conflits de décisions. Pour reprendre un exemple donné par M. *Holleaux* dans le cadre de l'article 21 de la Convention de Bruxelles, si des assignations à comparaître devant une juridiction belge et une juridiction française sont signifiées successivement et que l'inscription au rôle de la juridiction belge est postérieure à la remise au greffe de la juridiction française, les deux tribunaux en arriveraient à considérer que l'autre a été antérieurement saisi : le tribunal belge à cause de l'antériorité de la mise au rôle en France et le tribunal français à cause de l'antériorité de la signification en Belgique.<sup>2743</sup> On retrouve le phénomène bien connu des conflits positifs ou négatifs auxquels conduit le recours systématique à la *lex fori*. Devant ces difficultés, on comprend que la majorité des juridictions aient opté pour l'application distributive des droits nationaux.

## 2. APPLICATION DISTRIBUTIVE DE LA LOI NATIONALE

603. **Une méthode très répandue** - Le droit comparé nous apprend en effet que le recours à une règle de conflit distributive est la méthode privilégiée pour déterminer le moment de la saisine des tribunaux concurrents.<sup>2744</sup> Cette méthode faisait figure

<sup>2742</sup> En ce sens A. DI BLASÉ, *Commissione e litispenderza nella comenazione di Bruxelles*, Milan, Cedam, 1993, 103.

<sup>2743</sup> D. HOLLEAUX, note sous l'arrêt *Zelger*, *R.C.D.I.P.*, 1985, (378), 382.

<sup>2744</sup> En général, L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S. L.*, 1970, (59), 98-99 et B. SCHNEIDER, *l.c.*, in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 308 ("La question de savoir si, et à partir de quel moment, la litispendance étrangère est engagée, doit être examinée au regard du droit étranger, et non d'après le droit du for ; il s'agit en effet de déterminer à partir de quand l'état de litispendance existe à l'étranger, ce qu'on ne peut faire qu'en application du droit de procédure de l'Etat où se déroule le procès). V. déjà en ce sens la rapport présenté par Sacerdoti à l'Institut de Droit International, *Sacerdoti* notait que « on décidera aussi par la loi nationale de chaque Etat les points du moment où commence à subsister la litispendance, qui était la contestation litis selon le droit romain classique, et qui est dans le droit moderne en général celui de la communication de l'exploit judiciaire au défendeur » (*Ann. de l'Institut Dr. Intl.*, 1896, 878).

En droit commun français, le moment de la saisine des tribunaux concernés est déterminé selon leur droit national respectif : A. HÜET, *Juris-Classeur International*, Fasc. 581-43, 2-3, n° 4 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts...*, Paris, Dalloz, 1998, 444 (selon qui "la règle de conflit relative à la procédure impose en effet de se référer à la loi du for étranger pour déterminer le moment auquel celui-ci a été saisi").

Pour le droit allemand, v. BGH, 18 mars 1987, *N.J.W.*, 1987, 3083 ; *FamRZ.*, 1987, 580 ; *IPRax.*, 2989, 104 ; *IPRspr.*, 1987, n° 145 ("Ob und wann Rechtshängigkeit im Ausland eingetreten ist, ist auch nach der *lex fori* des

d'expédient nécessaire dans l'espace judiciaire européen jusqu'à la récente révision de la Convention de Bruxelles qui a permis l'introduction d'une définition autonome du moment de la saisine des tribunaux (*infra*). A première vue, l'application distributive de la loi nationale permet d'éviter les difficultés auxquelles conduit le recours à la *lex fori*. En particulier, il ne faudrait plus craindre le difficile travail d'adaptation des formalités locales aux réalités étrangères. L'expérience a toutefois révélé que la méthode distributive n'était pas exempte d'inconvénients. Nous en examinerons deux, qui contribuent grandement à la disqualifier, du moins lorsque la règle s'insère dans un cadre conventionnel.

(A) La difficile application du droit étranger de la procédure

604. **Les incertitudes des droits nationaux** - L'application distributive de la loi des fors concurrents oblige tout d'abord le tribunal à un difficile exercice de détermination et d'application du droit étranger.<sup>2745</sup> Il s'agit là d'une difficulté traditionnelle du droit international privé, que l'on ne saurait invoquer pour jeter un doute sur la méthode distributive - à moins de remettre en question les fondements de cette discipline. La difficulté n'en est pas moins réelle.<sup>2746</sup>

Elle provient tout d'abord du manque de certitude des solutions nationales. La question du moment exact de la saisine n'est certes pas entièrement nouvelle. On constate toutefois que dans certains pays, les tribunaux ne se sont pas encore prononcés expressément sur ce point - ce qui n'est pas sans compliquer la tâche du juge étranger. M. Beaumont expliquait ainsi que les tribunaux écossais ne se sont pas encore

---

ausländischen Gerichts zu beurteilen"); BGH, 12 février 1992, *NJW-RR*, 1992, 642; *FmRZ*, 1992, 1058; *IPRax*, 1994, 40 (et la note de H. LINKE, 17-19); *IPRspr.*, 1992, n° 211 (selon le BGH, "[...] ist nach der lex fori des ausländischen Gerichts zu beurteilen ob und wann Rechtshängigkeit im Ausland eingetreten ist"). V. également U. SPELLENBERG, *Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen*, Berlin, Sellier de Gruyter, 1997, 190-191. V. cependant *infra* le tempérament suggéré par la doctrine.

Pour le droit suisse, v. F. KNOEPFLER et P. SCHWEIZER, *Droit international privé suisse*, Berne, Staempfli, 1995, 304, n° 703 ("la date de la litispendance est déterminée au regard du droit du lieu où chacun des procès en concurrence se déroule"); G. WALTER, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, Berne, Paul Haupt, 1997, 450; M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 113; A. BUCHER, 1998, 107, n° 303; O. VOGEL, "Rechtsängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhältnis", *S.J.Z.*, 1990, (77), 81; P. VOLKEN, "art. 9", in A. HEINI et al. (éds.), *IPRG-Kommentar. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht...*, Zürich, Schulthess, 1993, 75, art. 9 ad n° 15. La jurisprudence ne semble pas encore s'être prononcée expressément sur cette question. Dans un arrêt du 28 juillet 1958 (TF, ATF 84 II 469), le tribunal fédéral a cependant approuvé le juge du fond d'avoir fait appel à la loi belge pour apprécier le moment de la saisine du tribunal belge. En l'espèce, cette appréciation était nécessaire non pas dans le cadre d'une exception de litispendance, mais parce que l'époux invoquait une exception d'incompétence (*supra* sur cette affaire, n° 435).

Le droit italien prévoit une disposition expresse consacrant la méthode distributive. Selon l'article 7(2) de la loi n° 218 du 21 mai 1995, "[l]a pendance de la cause devant le juge étranger se détermine selon la loi de l'Etat dans lequel se déroule le procès".

La Convention de La Haye de 1971 est silencieuse sur ce point. Selon le Rapporteur, c'est la *lex fori* du pays où le procès se déroule qui doit déterminer le moment de son départ, et ce pour chacun des deux procès pendants : Rapport, *Actes et Documents de la Session Extraordinaire* 13 au 26 avril 1966, La Haye, Bureau Permanent de la Conférence, 1969, 40.

<sup>2745</sup> Par exemple pour l'article 21 de la Convention de Lugano, la remarque de A. MARKUS, "Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano : Zu den Hauptpunkten", *R.S.D.A.*, 1999, (205), , 215 (qui parle de « eine intensive und entsprechend zeitraubend Auseinandersetzung mit dem ausländischen Prozessrecht [...] »). V. également les observations de H. VAN HOUTTE, "Wanneer verliest de Belgische rechter rechtsmacht over de beëindiging van een concessieovereenkomst omdat de zaak bij een andere EEX-rechter aanhangig is?", note sous Comm. Bruxelles, 31 mars 1994, *R.D.C.B.*, 1995, (420), 425-426.

<sup>2746</sup> Dans l'affaire *Grupo Torras SA c. Sheik Fahad Mohammed al Sabah* [1995] ILPr 667; [1996] 1 Lloyd's Rep. 7, qui opposait les tribunaux anglais et espagnols, l'examen du droit espagnol par le juge anglais s'est étendue sur neuf audiences et 360 pages de rapport!

expressément prononcés sur la question de savoir quand un tribunal écossais est saisi aux fins de l'article 21.<sup>2747</sup>

605. L'évolution des droits nationaux – l'exemple du droit anglais –  
Lorsqu'existe une jurisprudence sur la question, elle est parfois déroutante pour le juge étranger. Il en va ainsi du droit anglais qui a connu une évolution en trois temps, au terme de laquelle les idées reçues, notamment à l'étranger, sur la date de saisine du juge anglais pour l'application de la litispendance européenne, ont été entièrement remises en question.

Lors de l'adhésion du Royaume-Uni à la Convention de Bruxelles, le rapport Schlosser avait précisé qu'en droit anglais, les tribunaux sont saisis définitivement au sens de la Convention par l'enregistrement de la citation auprès du tribunal et non par la signification de la citation.<sup>2748</sup> Ceci se vérifia dans les premières décisions,<sup>2749</sup> du moins jusqu'à ce que la question soit soumise à la Cour d'Appel dans l'affaire *Dresser*.<sup>2750</sup> La Cour estima que la règle qui faisait de l'enregistrement de la demande le moment décisif contrevenait au souci de protection du défendeur, celui-ci n'étant à ce stade nullement informé de la procédure et n'étant donc pas en mesure d'invoquer la litispendance s'il est cité ailleurs. La Cour retenu dès lors la date de la signification pour déterminer le moment de la saisine, tout en précisant que cette règle n'était pas invariable. Dans certains cas, des exceptions pouvaient être admises, notamment lorsque la procédure au fond faisait suite à une demande interlocutoire. Ce faisant, les juges alourdirent considérablement les formalités nécessaires pour saisir un juge anglais au sens de l'article 21. Cette première évolution, dont on verra qu'elle a été largement inspirée par l'idéal d'uniformité européenne (*infra*, n° 617), rendait déjà caduque les informations fournies par le rapport Schlosser et obligeait les tribunaux des autres Etats membres à un premier effort d'adaptation.

<sup>2747</sup> P. BEAUMONT, *Anton & Beaumont's Civil Jurisdiction in Scotland. Brussels and Lugano Conventions*, Edinburgh, Green/Sweet & Maxwell, 1995, 172. V. toutefois pour le droit commun écossais le dictum de la Court of Session dans l'affaire *Argyllshire Weavers Ltd v A. Macaulay (Tweeds) Ltd*, 1962 S.C. 388 (CS 1962) (en l'espèce les tribunaux écossais et anglais avaient été saisis. La Cour se pencha sur la question de la date de saisine, pour décider que « the test of priority in time according to the authorities is admitted to be when litis contestatio takes place in each case. In Scotland, this is when defences are lodged. For then parties had entered into a quasi-contract to refer the cause to the decision of the Judge », par Lord Clyde). On peut en dire autant des tribunaux luxembourgeois, qui ne se sont pas encore prononcés à ce sujet, même pour adopter des règles purement nationales. V. J.-C. WIWINUS, « Les Conventions de Bruxelles de 1968 et de Lugano de 1988 à travers la jurisprudence luxembourgeoise », in *Mélanges dédiés à la mémoire de F. Schockewiler*, Bulletin du Cercle F. Laurent, 1998, I, 112, § 90. La situation en Espagne n'est pas très claire non plus. Selon le jugement du Tribunal Suprême de 25 février 1983, le tribunal est réputé saisi au moment de la « présentation » de l'action au tribunal. La signification a lieu ensuite. Dans l'affaire *Gruppo Torras* précitée, la Cour d'Appel anglaise a toutefois décidé, après avoir longuement entendu des avocats experts, qu'en droit espagnol le tribunal était saisi par la date de mise au rôle et de signification au défendeur (pour plus de détails, cfr. H. DUINJER TEBBENS, « Possible Revision of the Brussels and Lugano Convention in the Light of the Case law of the Court of Justice of the European Communities », in *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales. Una reflexión preliminar española*, A. BORRAS (ed.), Madrid, Marcial Pons, 1998, (50), 51-53). Un auteur a même évoqué à ce sujet une « anarquía legislativa » : E. BAZAGA, *op. cit.*, Madrid, Eurolex, 1997, 144-145.

<sup>2748</sup> Rapport Schlosser, J.O.C.E., 1979 C-59/125, §§ 180 à 182.

<sup>2749</sup> Cfr. par exemple *Kloedener Co A.G. c. Gatoil Overseas Inc.* [1990] 1 Lloyd's Rep. 177, 204. Cette opinion était alors partagée par la doctrine v. Dicey & Morris, *Conflict of Laws*, L. COLLINS et al. (eds.), Stevens & Sons, Londres, 11ème éd., 1987, vol. I, 399 et Cheshire and North, *Private International Law*, Londres, Butterworths, 11ème éd., 1987, 324.

<sup>2750</sup> *Dresser (U.K.) Ltd. c. Falcongate Freight Management Ltd.* [1992] 1 Q.B. 502 (C.A.). V. les observations de P. HÜBER, « Neues aus England zu Artt. 21, 22 EuGVÜ », *IPRax*, 1993, 114-118.

Dans l'affaire *The Sargasso*, la Cour d'Appel confirma ensuite l'évolution tout en décrétant que la règle de la signification comme date de saisine ne souffrait aucune exception.<sup>2751</sup> Il a donc fallu attendre 1994 et deux décisions de la Cour d'Appel pour que la définition de la saisine en droit anglais soit fixée.<sup>2752</sup> Partant, on peut imaginer que les tribunaux d'autres Etats membres saisis concurremment à un juge anglais, se soient étonnés, sinon plus, de devoir remettre une fois de plus les pendules anglaises à l'heure pour tenir compte de la définition proposée par la Cour. Or, les choses pourraient encore changer puisque la Chambre des Lords ne s'est pas encore prononcée sur la question.<sup>2753</sup> Si d'aventure la Haute Cour devait revenir sur la décision de la Cour d'Appel, il faudrait veiller à ce que cette nouvelle évolution n'échappe pas à l'attention des tribunaux d'autres Etats membres. L'application distributive des lois nationales oblige donc à un constant effort d'adaptation.<sup>2754</sup>

**606. La difficile détermination du moment de la saisine du juge suisse -** Que dire alors de la difficulté pour le juge étranger de déterminer le moment de la saisine du juge suisse lorsque la Convention de Lugano s'applique?<sup>2755</sup> On sait qu'en droit suisse, les questions de procédure appartiennent traditionnellement à la compétence des cantons.<sup>2756</sup> En toute logique il faut donc avoir égard aux dispositions cantonales pour déterminer le moment de la saisine d'un tribunal suisse – un exercice pour le moins compliqué pour le for étranger. En droit commun, la loi fédérale sur le droit international privé a toutefois facilité la tâche des tribunaux. L'article 9(2) de cette loi prévoit en effet une règle

<sup>2751</sup> *Neste Chemicals SA c. D.K. Line SA (The Sargasso)* [1994] 3 All.E.R. 180 ; [1994] 2 Lloyd's Rep. 6 (CA) et les observations de P. HUBER, "Art. 21 EuGVÜ und Rechtshängigkeit in England - Ente der Debatte", *IPRax*, 1995, 332-334.

<sup>2752</sup> Il est intéressant de noter que la Cour d'Appel a eu recours à l'argument de la sécurité juridique pour justifier l'instauration d'une règle unique en vertu de laquelle les juges anglais sont saisis par la signification de la citation. Selon la Cour, tolérer des exceptions à cette règle ne ferait que renforcer l'insécurité, spécialement à l'égard des autres Etats membres : *Neste Chemicals SA c. DK Line SA, The Sargasso* [1994] 2 Lloyd's Rep. 6, 12 ("The harmonization of national laws of procedure of Member States was not an objective of the Convention. On the other hand in *Zelger v Salimiri*, the European Court did emphasise the importance of certainty in national procedural laws. And it seems to me that a "date of service" rule will be readily comprehensible not only in England but also in other contracting States" (par Steyn L.J.)).

<sup>2753</sup> Certains ont critiqué les décisions de la Cour d'Appel et préconisé un retour à la mise au rôle initiale comme date de saisine, p.ex. P. KAYE, "The Date upon which an English Court Becomes 'Seised' of Proceedings under the Brussels Convention : Issue or Service of Process?", *Journal of Business Law*, 1995, 217-242. V. également la décision de la Cour d'Appel dans l'affaire *Canada Trust Co v Stolzenberg (No. 2)*, [1998] 1 WLR 547, [1998] 1 All ER 318 (CA) et les observations de A. BRIGGS, *British Yearb. Int'l. L.*, 1997, 343-348 (in casu se posait la question de savoir à quelle date il fallait examiner si le défendeur était bien domicilié en Angleterre pour les besoins de l'article 2 de la Convention, la date de signification de la citation ou de son enregistrement. La cour opta pour la seconde alternative. Comme le fait observer M. Briggs, il ne faudrait pas en déduire que la définition de la saisine pour les besoins de l'article 21 doit à nouveau être remise en question. Il note que « a provision which was intended to deal with the problems which arise when two courts are caused to proceed as if they have jurisdiction to hear a case is not obviously the counterpart of the rules which determine whether or when an individual court has jurisdiction to begin with » (346-347). Dans chaque cas, le moment de la saisine doit être déterminé selon les finalités de la disposition concernée. Comp. R. GEIMER, « English Substituted Service (Service by an Alternative Method) and the Race to the Courthouses », in *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, R. GEIMER (éd.), München, C.H. Beck, 1999, (205), 213-214. V. aussi *Phillips et al. v Symes et al.*, Chancery Division, 9 juillet 2001, § 16 (qui confirme que « English proceedings are not definitively pending until they have been served on the relevant defendants »).

<sup>2754</sup> V. en ce sens également MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 426-429, n° 216, qui citent un arrêt de la Cour de Cassation française du 4 octobre 1994 (*J.C.P.*, 1994, IV, n° 2396), qui contredit les renseignements de droit comparé fournis à la Cour de Justice dans l'affaire *Zelger* (*infra*, n° 614) et décide qu'est déterminant en droit français non pas la signification au défendeur, mais bien la remise au greffe d'une copie de l'assignation.

<sup>2755</sup> La difficulté ne touche pas seulement les juristes étrangers ; les juristes suisses s'en plaignent également, M. Vogel évoque par exemple « die Phantasie der kantonalen Prozessrechtsgesetzgeber » à propos de la détermination du moment de la saisine (*l.c.*, *Reu suisse de Jurispr.*, 1990, (77), 78).

<sup>2756</sup> Une commission d'experts se penche toutefois sur un projet de loi fédérale sur la procédure civile. Aucun texte n'a encore été publié, v. les informations disponibles sur [[www.ofj.admin.ch/f/index.html](http://www.ofj.admin.ch/f/index.html)]

matérielle définissant pour les besoins de l'exception de litispendance le moment de la saisine du tribunal suisse.<sup>2757</sup> Selon ce texte, "la date du premier acte nécessaire pour introduire l'instance est décisive".<sup>2758</sup> Le texte ajoute encore que "la citation en conciliation suffit".<sup>2759</sup> La question s'est dès lors posée de savoir si ce texte pouvait également être invoqué pour les besoins de la litispendance européenne. Le tribunal fédéral y a répondu dans l'affaire *Polly Peck*.<sup>2760</sup>

En l'espèce, les tribunaux suisses et anglais avaient été saisis de diverses demandes résultant de la mise en liquidation d'une société anglaise. Le liquidateur avait menacé l'actionnaire principal de la société de poursuites pour récupérer certains actifs de la société, qu'il le soupçonnait d'avoir détourné à son profit. Profitant du délai qu'avait fixé l'administrateur pour qu'il s'exécute, l'actionnaire saisit les tribunaux suisses d'une demande visant à obtenir une déclaration l'exonérant de toute responsabilité. Le jour suivant, l'administrateur en appela aux tribunaux anglais. La question se posait de savoir à quel moment les tribunaux suisses avaient été saisis. Le 'writ' anglais avait été signifié au représentant du défendeur après que l'affaire fut portée à la connaissance du juge de paix de Zürich. Celui-ci n'avait toutefois pas immédiatement été saisi du fond de l'affaire, mais seulement de la demande de conciliation ('*Sühmegesuch*') imposée par le droit de la procédure Zurichois. Une fois cette formalité accomplie, le demandeur saisit les tribunaux au fond – mais à ce moment le tribunal anglais avait déjà été saisi.

On pouvait dès lors se demander si le tribunal suisse était réputé avoir été saisi au moment de la saisine en conciliation, auquel cas il aurait été premier saisi, ou de la saisine au fond. A suivre une partie de la doctrine suisse, il fallait pour résoudre cette question s'en remettre à la définition proposée par le législateur fédéral.<sup>2761</sup> Dès lors la date du

<sup>2757</sup> Sur cette disposition, V. P. VOLKEN, "Article 9", in *IPRG-Kommentar...*, A. HEINI et al. (éds.), Schulthess Polygraphischer Verlag, Bern, 1993, 76-77 et S. BERTI, "Article 9", in *Internationales Privatrecht*, H. HONSELL, N.P. VOGT et A.K. SCHNYDER (éds.), Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1996, 82-89.

<sup>2758</sup> On peut observer que le législateur suisse s'est expressément référé au 'premier acte' de procédure pour éviter qu'un plaideur qui commence une procédure en Suisse ne se fasse couper l'herbe sous le pied par son adversaire qui saisirait une juridiction réputée saisie par exemple par le simple enregistrement de la demande, v. M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 114-115. Ou comment les juges suisses dégagent plus vite que leurs ombres...

<sup>2759</sup> Comme le constate M. *Budber*, la définition introduite par l'article 9(2) n'est qu'à moitié fédérale, puisque le juge devra encore consulter la procédure cantonale applicable pour déterminer quel est le « premier acte nécessaire », (A. BUCHER, 1998, 106, n° 302). Une controverse agite la doctrine suisse sur le point de savoir si une procédure peut être réputée pendante par le simple engagement d'une tentative de conciliation lorsque celle-ci n'est que facultative, *comp.* A. BUCHER, 1998, 106-107, n° 302 et P. VOLKEN, « Art.9 », in *IPRG-Kommentar...*, 1993, 77, art. 9 ad n° 20.

<sup>2760</sup> TF, 26 septembre 1997, ATF 123 [1997] II 44. Sur cette affaire V. les commentaires de G. JEGHER, "Mit schweizerischer negativer Feststellungsklage ins europäische Forum Running – Gedanken anlässlich BGE 123 III 414", *Z.S.R. (Zeitschrift für Schweizerisches Recht)* 1998, 31-49; B. DUTOIT, "Comment articuler l'article 21 de la Convention de Lugano et l'article 9, al. 2 LDIP en matière de litispendance?", in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Pouchet*, J. HALDY et al. (éds.), Staempfli, Bern, 1999, 19 e.s.; K. SPÜLLER, "Art.21 LugÜ : Zum Beispiel BGE 213 III 414 – und die schweizerischen Interessen", in *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz : Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag*, P. FORSTMOSER (éd.), Zürich, Schulthess, 1999, 850 e.s. ainsi que nos commentaires parus in *Reu Eur. Dr. Privat*, 2001, 81-92.

<sup>2761</sup> Plaidaient pour l'application du droit cantonal, G. WALTER, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, Bern, Paul Haupt, 1997, 460 (droit cantonal décide du moment de la saisine); S. BERTI, "Art. 9", in *Internationales Privatrecht*, H. HONSELL (éd.), 1996, art. 9 ad n° 6 (application du droit cantonal); du même dans le même sens, « Gedanken zur Klageerhebung vor Schweizerischen Gerichten nach Artikel 21-23 des Lugano-Übereinkommens », in *Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für H. V. Walder*, I. MEIER (éd.), Zürich, Schulthess, 1994, (307), 317-319; O. VOGEL, "Der Eintritt des Rechtshängigkeit nach Art. 21 und 22 des Lugano-Übereinkommens", *Reu suisse de jurispr.*, 1994, 301-309 (l'article 9 ne s'applique pas); A. MARKUS, *lc, R.S.D.A.*, 1999, (205), 215 (approuve la 'teilautonomie' interprétation du tribunal fédéral).

Arguaient au contraire en faveur de l'application de l'article 9 de la LFDIP, Y. DONZALLAZ, *oc*, I, Berne, 1996, 560-561, n° 1486-1495 (selon qui le moment de la saisine sera déterminé par l'article 9 de la LFDIP, celui-ci renvoyant au droit cantonal pour déterminer quel est le premier acte "nécessaire" pour introduire l'instance); B.

'premier acte nécessaire' était déterminante. Se référant à la jurisprudence de la Cour de Justice qui avait indiqué dans l'arrêt *Zelger* une préférence pour la saisine 'définitive' du tribunal (*infra*, n° 614), le Tribunal Fédéral refusa d'adopter cette interprétation, pourtant avantageuse pour la procédure suisse puisqu'en l'espèce la demande en conciliation précédait la mise en route de la procédure anglaise. Le Tribunal décida au contraire que « le moment à partir duquel la litispendance existe au sens de l'article 21 al. 1 de la Convention de Lugano doit être déterminé, non pas selon l'article 9 al. 2 LDIP, mais sur base de l'organisation de la procédure dans le droit cantonal ».<sup>2762</sup> Les juges constatèrent en effet qu'il appartenait à la procédure cantonale d'établir l'organisation concrète de la procédure interne. Or c'est à cette organisation qu'il fallait avoir égard pour déterminer si la saisine possédait le caractère *définitif* requis par la jurisprudence *Zelger*.<sup>2763</sup> Le droit cantonal s'imposait dès lors pour déterminer qui, du juge anglais ou du juge suisse, avait été saisi en premier aux fins de la litispendance européenne. Il faut avouer que cette interprétation n'est pas de nature à simplifier la tâche du tribunal étranger.<sup>2764</sup>

**607. La difficile détermination du moment de la saisine du juge étranger** - L'affaire *Polly Peck* illustre à merveille les pièges de la chronologie procédurale. On ne peut imaginer l'incertitude qui aurait régné sur la position du droit suisse si le Tribunal Fédéral n'avait pas tranché la controverse. Cette incertitude fait peser une lourde hypothèque sur le fonctionnement de la priorité chronologique. Certes les législateurs sont parfois intervenus pour réduire quelque peu l'incertitude juridique. L'article 8 de la loi italienne sur le droit international privé du 31 mai 1995 dispose par exemple que pour la détermination de la saisine du tribunal italien, le juge doit se référer à l'article 5 du Code civil. Toutefois, ajoute cette disposition, "la juridiction existe si les faits et les normes qui la déterminent, surviennent dans le cours du procès".<sup>2765</sup> Ces initiatives sont les bienvenues, même si elles ne constituent au mieux qu'une réponse partielle au problème de la détermination du droit étranger.<sup>2766</sup>

Il reste que l'application distributive des lois nationales en présence demeure un exercice de haute voltige. Dans certains cas, il sera même quasiment impossible de déterminer

---

DUTOIT, *l.c.*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, J. HALDY et al. (éds.), Staempfli, Bern, 1999, (19), 27-28 (s'élève contre l'interprétation du Tribunal Fédéral et lui préfère l'application de l'article 9(2)); M. BERNHEIM, "Rechtshängigkeit und im Zusammenhang stehenden Verfahren nach dem Lugano-Übereinkommen", *Reu suisse de jurispr.*, 1994, 136 (l'article 9(2) LFDIP consacre une règle de droit international privé matériel qui vaut aussi dans le cadre de la Convention de Lugano); K. SPÜLLER, *l.c.*, in *Festschrift Roger Zäch...*, Zürich, 1999, 850 e.s. (s'oppose à l'interprétation du Tribunal Fédéral).

<sup>2762</sup> ATF 123 III 414, 418.

<sup>2763</sup> En l'espèce, l'introduction d'une tentative de conciliation ne faisait pas peser beaucoup d'obligation sur la personne du demandeur selon le Code de Procédure civile de Zürich. Le demandeur pouvait par exemple se désister de sa demande sans autre formalité. Le tribunal fédéral en a conclu que les tribunaux suisses n'avaient été saisi que lors de l'introduction d'une demande au fond, c'est-à-dire après la saisine des tribunaux anglais.

<sup>2764</sup> Le Tribunal Fédéral en était bien conscient, qui a noté que sa décision ne servait ni la clarté, ni la sécurité juridique (ATF 123 III 414). V. les critiques sévères de B. DUTOIT, *l.c.*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, J. HALDY et al. (éds.), Staempfli, Bern, 1999, (19), 26-30, pour qui la décision du tribunal fédéral nuit gravement à la sécurité juridique et à la prévisibilité des solutions. Observons toutefois que même si le tribunal fédéral avait retenu la définition de l'article 9 al 2 LFDIP aux fins de l'article 21, il aurait encore fallu consulter le droit cantonal pertinent puisque la définition proposée par la loi fédérale n'est qu'une définition 'cadre'.

<sup>2765</sup> L'objectif n'est pas seulement de faciliter la tâche du juge, qu'il soit du for ou étranger, dans l'administration de la règle de priorité. Il s'agit également pour le législateur de conférer un avantage aux tribunaux du for en fixant le moment de la saisine le plus tôt possible.

<sup>2766</sup> On a déjà évoqué le fait que la définition proposée par le législateur suisse, se contente en fait de renvoyer au droit cantonal pour la détermination du « premier acte nécessaire ».

avec précision le moment de la saisine du for étranger.<sup>2767</sup> Il semble alors préférable que le for surseoit à statuer en attendant que le juge étranger décide lui-même du moment auquel il a été saisi<sup>2768</sup> – du moins si le litige met en jeu une règle d'abstention commune aux deux tribunaux, qui leur impose de déterminer l'ordre de priorité de saisine.<sup>2769</sup> Le danger est cependant que le for qui surseoit à statuer soit forcé d'attendre la fin d'une longue procédure pour déterminer s'il lui appartient de statuer sur l'affaire.<sup>2770</sup>

## (B) L'atteinte à l'égalité entre parties

**608. La course au for courue sur des distances différentes** - La difficulté inhérente à la détermination du contenu exact du droit étranger n'est pas le seul reproche que l'on puisse formuler à l'encontre de l'application distributive des lois nationales. Cette méthode est surtout redoutable parce qu'elle peut être source d'*inégalité* entre parties.<sup>2771</sup> On verra que le recours à la priorité chronologique n'est pas sans encourager le phénomène de la course au for entre parties (cfr. *infra*) – ce que l'on peut déjà regretter. La méthode distributive présente en outre l'inconvénient majeur de désigner pour chaque participant à cette 'course' un point d'arrivée différent, la distance à parcourir n'étant pas nécessairement la même puisqu'elle est déterminée par le droit national applicable. C'est ce que montre l'exemple suivant, tiré de la pratique de la Convention de Bruxelles.

La société A, établie en Belgique, vend des machines industrielles à la société danoise B. Le contrat ne prévoit pas de clause d'élection de for. Une fois la livraison et l'installation effectuées, B s'aperçoit que l'état de son carnet de commandes ne justifiait pas

<sup>2767</sup> Dans l'arrêt *Zelger*, la Cour de Justice avait fait allusion aux limites de la méthode distributive en notant qu'elle permettrait « avec une certitude suffisante » aux tribunaux de déterminer l'ordre de priorité des demandes (attendu 15), laissant entendre qu'on ne pouvait exclure qu'une situation se présente dans laquelle la détermination ne pourrait se faire de façon exacte.

<sup>2768</sup> On a recommandé dans ce cas de s'en remettre au mécanisme d'échange d'information sur le droit étranger mis en place par la Convention de Londres du 7 juin 1968, v. MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 428-429, n° 216. Le tribunal étranger concurrent étant par hypothèse également saisi, il semble plus simple de s'en remettre à sa décision. La Convention de 1968 s'est d'ailleurs révélée en pratique fort peu efficace.

<sup>2769</sup> C'est ce qu'a fait le tribunal anglais dans l'affaire *Polly Peck*, dans laquelle il lui était demandé de se prononcer sur le moment de la saisine du juge suisse. La Cour a décidé de surseoir à statuer en attendant que le juge suisse se prononce sur cette question : *Polly Peck International plc v Citibank NA* [1994] I.L.Pr 71 (Ch.D. High Court). La cour a fait observer que le sursis était la seule solution permettant d'éviter un conflit entre les tribunaux suisses et anglais quant à la date de saisine : « *the only way in which a possible conflict can be avoided is for the courts of this country to adjourn the application until Swiss courts have finally decided whether the District Court of Zürich became seised of the proceedings in that jurisdiction on 8 February, and if the Swiss courts decide that the District Court of Zürich was so seised, to decline jurisdiction. [...]* The courts of this country should, I think, as a matter of comity, decline to answer a question of Swiss law[...]. » ([1994] I.L.Pr 71, 80). Comme on l'a fait remarquer, l'attitude prudente des juges anglais s'explique sans doute par le statut du droit étranger devant les tribunaux anglais, qui aurait nécessité la longue et coûteuse audition d'experts (H. DUINIJER TEBBENS, « Judicial Interpretation of the 1988 Lugano Convention on Jurisdiction and Judgments in the Light of Its Brussels Matrix : The Convergence Confirmed », *Yearb. P.I.L.*, 2002, (1), 9).

On peut se demander si un tel sursis est conforme au texte de l'article 21, qui ne prévoit la possibilité pour le juge second saisi de surseoir à statuer que lorsque la compétence du tribunal étranger n'est pas encore établie. Un tel sursis, même *praeter legem*, semble toutefois préférable à l'existence de deux décisions contradictoires sur le moment de la saisine. A l'avenir la question ne se posera plus, la nouvelle règle de litispendance européenne prévoyant une définition autonome du moment de la saisine (*infra*, n° 625).

<sup>2770</sup> Dans l'affaire *Polly Peck* déjà évoquée, les tribunaux anglais ont dû attendre pas moins de 4 ans avant d'obtenir le verdict final du juge suisse sur sa date de saisine.

<sup>2771</sup> Dans une contribution antérieure, nous avons déjà soutenu que l'absence de définition autonome du moment de la saisine dans le cadre de l'application des Conventions de Bruxelles et de Lugano constituait une atteinte à l'égalité des parties, au vu des conséquences importantes que peut avoir le choix du for. Même s'il faut se garder d'élever le principe d'égalité au rang d'impératif absolu, on conviendra que cette situation peut conduire à des inégalités peu satisfaisantes.



l'acquisition des machines. Des problèmes de trésorerie le forcent à retarder le paiement du solde du prix. Il reçoit après quelques semaines une lettre du conseil de A lui signifiant que, si la somme due n'est pas payée immédiatement, une action sera intentée prochainement en Belgique en recouvrement du montant – les tribunaux belges tirant leur compétence du lieu de paiement du prix (art. 5(1) Convention de Bruxelles). Craignant de devoir se défendre devant les tribunaux de son vendeur, la société B charge son conseil de commencer une action déclaratoire auprès d'un tribunal danois, en plaidant la nullité du contrat pour vice de consentement. L'affaire est mise au rôle au Danemark la veille de la signification à l'acheteur de la citation belge.

Le tribunal belge et le tribunal danois saisis concurremment devront déterminer au moyen de leurs lois nationales lequel d'entre eux a été saisi en premier. A l'arrivée, force sera de constater que la procédure belge, bien qu'engagée antérieurement à la procédure danoise, devra s'effacer devant cette dernière. Selon le droit danois en effet, un tribunal est réputé saisi au moment où le document engageant la procédure est enregistré auprès du tribunal (§ 348 code de procédure civile). Si la détermination du moment exact de la saisine aux fins de l'article 21 pose toujours problème en droit belge (*infra*, n° 607), il est clair qu'un tribunal belge ne sera saisi qu'après la signification de l'acte introductif d'instance.<sup>2772</sup> Dès lors, en vertu de l'article 21, le tribunal belge devra surseoir à statuer et se dessaisir dès que le tribunal danois a statué sur sa compétence. En l'occurrence le demandeur le plus diligent qui s'est le premier adressé aux tribunaux de son choix devra néanmoins se défendre devant les tribunaux choisis par son adversaire. On comprend que de nombreux commentateurs aient dénoncé le risque de manipulation.<sup>2773</sup>

**609. Les disparités nationales quant à la définition du moment de la saisine** - Le problème est bien connu. On ne doit plus insister sur la signification différente qui peut être donnée au concept de 'saisine' du juge. La pratique de la litispendance européenne, qui rétribue si généreusement la course au for, a contribué à révéler les différences entre les conceptions nationales sur cette question. Dans certaines juridictions, la signification de l'acte introductif d'instance est une condition de la saisine, que la signification ait lieu avant ou après que l'action ait été enregistrée auprès du tribunal, et qu'elle soit effectuée par un huissier, le greffe ou par les soins d'une partie. Or, en dépit de toutes les conventions et des accords bilatéraux en la matière, la signification internationale demeure un processus pouvant s'étaler sur plusieurs semaines, voire plusieurs mois.<sup>2774</sup>

<sup>2772</sup> *Infra*, n° suivant sur la question de savoir s'il est également nécessaire que la cause ait été inscrite au rôle général une fois la citation signifiée.

<sup>2773</sup> V. en particulier L. PALSSON, 'Lis Pendens under the Brussels and Lugano Conventions', in *Festschrift till Stig Strömholm*, A. FRANDBERG et al. (éds.), Iustus Forlag, Uppsala, 1997, (709), 720 (la situation « may be exploited for purposes of manipulation and cannot be justified on objective grounds, which require the race to be run on equal terms ») et O. LANDO, « Being First. On Uses and Abuses of the Lis Pendens under the Brussels Convention », in *Modern Issues in European Law Nordic Perspectives. Essays in Honour of L. Palsson*, G. MELANDER (éd.), Stockholm, Norstedts Juridisk, 1997, (105), 122. V. également H. LINKE, *l.c.*, 181; A. DI BLASÉ, *ac.*, 1993, 104; G. WALTER, *ac.*, Berne, Verlag Paul Haupt, 1997, 451; G. A. L. DROZ, "Synthèse des discussions", in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Butterworths, Londres, 1993, 266; J. J. FAWCETT, "General Report", in *Dedining Jurisdiction...*, 34; W. HAU, 148; H. SCHACK, "Germany", in *Dedining Jurisdiction*, 198-199; Y. DONZALLAZ, *ac.*, Bern, Staempfli, 527-528, n° 1390; M. BOGDAN, "Sweden", in *Dedining Jurisdiction*, 376; H. SCHACK, 1996, 296-297.

<sup>2774</sup> Selon M. MEIJNECHT, le délai moyen de signification sous le régime de la Convention de La Haye de 1965 est de 4 mois : P. MEIJNECHT, "Naar een nieuwe Europese regeling van de betekening in het buitenland", in *Betekening in het buitenland en de Europese Titel*, Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders, Gouda Quint, Arnhem, 1995, 11. Le Règlement européen sur la signification devrait ramener la durée moyenne d'une signification intra-européenne à quelques jours. Il faudra toutefois attendre qu'il soit pleinement opérationnel et en particulier que les Etats membres aient pleinement assimilé l'idée de *décentralisation* des autorités de transmission et de réception qui fonde le Règlement.

Ces pays partiront dès lors avec un handicap certain dans la course au for, qui pourrait se révéler fatal lorsqu'ils entrent en concurrence avec une juridiction qui se contente par exemple, pour que la saisine soit définitive, de l'enregistrement de la citation auprès du tribunal. Les demandeurs désireux de gagner la course au for devront donc éviter le Royaume-Uni,<sup>2775</sup> l'Allemagne,<sup>2776</sup> l'Italie,<sup>2777</sup> l'Autriche,<sup>2778</sup> les Pays-Bas,<sup>2779</sup> la Belgique<sup>2780</sup> et la France.<sup>2781</sup>

D'autres pays n'attachent pas la même importance à la transmission de la citation. Ainsi, dans les pays scandinaves, la saisine du tribunal est réputée acquise au moment où le

<sup>2775</sup> Tout au moins pour l'Angleterre, cfr. *supra*. V. également P. HÜBER, "Art. 21 EuGVÜ und Rechtshängigkeit in England - Ente der Debatte", *IPRax*, 1995, 332-334.

<sup>2776</sup> En vertu du § 261(1) du ZPO, une action est pendante ('rechtshängig') à partir de l'"Erhebung der Klage" (signification de la demande au défendeur), § 253(1) ZPO. La signification a lieu après que la demande ait été enregistrée au tribunal. Celui-ci se charge de la signification au défendeur. Cfr. P. SCHLOSSER, *EuGVÜ*, Munich, Beck, 1996, 127; R. GEIMER, 1997, 677, n° 2699; J. KROPHOLLER, 1996, 280, n° 13.

<sup>2777</sup> V. A. DI BLASE, *ac*, Padova, Cedam, 1993, 102 qui se réfère à l'article 39-3° du Codice di procedura civile, selon lequel le tribunal est saisi lorsque la citation a été dûment signifiée au défendeur. La signification précède la mise au rôle. V. p. ex. Trib. Bassano del Grappa, 13 février 1976, *R.D.I.P.P.*, 1978, 74; Milan, 26 sept. 1978, *R.D.I.P.P.*, 1978, 843 et les observations du gouvernement italien lors de l'affaire *Zelger*.

<sup>2778</sup> Le § 232(1) ZPO exige que les conclusions soient mises au rôle, et également signifiées au défendeur, pour que l'action soit "Streitabhängig". La date de signification est déterminante, cfr. M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 120-121. Pour la Suisse, il faudra se référer au droit cantonal. Paradoxalement, les plaideurs justiciables agissant en Suisse seront moins désavantagés lorsque la Convention de Lugano ne s'applique pas dès lors que dans ce cas, l'article 9 al 2 LFDIP répute le juge suisse saisi par le premier acte de procédure nécessaire, cfr. *supra* la discussion de l'arrêt du TF, 26 septembre 1997, ATF 123 [1997] II 44.

<sup>2779</sup> Le tribunal est saisi lorsque la citation - «dagvaarding» - est signifiée au défendeur. Cfr. P. VLAS, «Article 21», in *Burgerlijke rechtsvordering - Verdragen*, Kluwer, Deventer, p. A-356; J. VERHEUL, *Rechtsmacht in het Nederlandse Internationaal Privaatrecht. Het EEG Bevoegdheids- en Executievendrag*, Anvers, Maarten Kluwer, 1982, 127. P. ex. Rechtbank Amsterdam, 13 Mars 1996, *N.I.P.R.*, 1996, n° 434.

<sup>2780</sup> Une action ne peut être entendue par un tribunal qu'après sa mise au rôle, ce qui a lieu après que la citation a été signifiée au défendeur (article 718 Code judiciaire). La Cour de Cassation a fait de la signification le moment décisif pour la saisine du tribunal. L'enregistrement auprès du tribunal ne fait que confirmer la signification. Une demande est dès lors réputée pendante au moment de la signification introductive d'instance, pour autant que celle-ci ait été inscrite au rôle général la veille de l'audience. Cfr. Cass., 1 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, 102; *J.T.*, 1992, 475, obs. J.F. ROMAIN; Cass., 4 mars 1994, *R.W.*, 1994-95, 93; Cass., 9 décembre 1996, *R.W.*, 1996-97, 1296, obs. S. GEEROMS. Il reste cependant à savoir si cette opinion, adoptée dans des affaires purement internes, vaut également pour l'article 21. Avec MM. *Born, Fallon et van Boxstael* (2001, 428, n° 216), on peut douter que la seule signification suffise pour répondre à l'exigence d'une litispendance 'définitive' dégagée par la Cour de Justice dans l'affaire *Zelger*. Il s'en déduit qu'aux fins de l'application de l'article 21, l'inscription au rôle doit être retenue pour déterminer le moment de la saisine. Même si on ne partage pas cette interprétation 'européenne' du droit belge, on ne peut nier qu'il n'y a pas de saisine du juge belge, dans les affaires introduites par citation, sans signification de celle-ci. Pour l'application des autres conventions, les tribunaux semblent retenir la date de la signification, tout en ne retenant celle-ci que si la citation a été ensuite mise au rôle, v. p. ex. Civ. Liège, 3 mai 2001, *Revue en ligne du barreau de Liège*, [www.barreaudeliège.be], visité le 17 avril 2002 (instances concurrentes en divorce engagées en France et en Belgique, le tribunal décide que « pour déterminer la date de saisine du tribunal de Liège, il faut donc se référer à la date de la citation et non à celle d'inscription au rôle »). *Infra*, n° 622 sur la date de signification.

<sup>2781</sup> L'article 757(1) du Nouveau Code de procédure civile (tribunal de grande instance) et l'article 857(1) (tribunal de commerce) disposent que le tribunal est saisi par l'enregistrement au tribunal d'une copie de l'assignation signifiée («la remise au secrétariat-greffe d'une copie de l'assignation»), cfr. p.ex. Cass., 4 octobre 1994, *Bull. Civ.*, IV, no. 270; *D.*, 1994, IR,255. La signification précède donc la remise au greffe. Malgré le texte clair de la loi, il a été jugé que c'est l'assignation signifiée au demandeur et non la remise au greffe qui compte (Cass., 16 janvier 1978, *Bull. Civ.*, IV, no. 24; *R.T.D.C.*, 1978, 922, obs. Perrot; Cass., 24 avril 1981, *Bull. Civ.*, II, n° 104; *J.C.P.*, 1981, éd. G., IV, 239; *Gaz. Pal.*, 1981, 2, 601, note Viatte), la remise au greffe étant considérée comme une simple formalité d'administration intérieure du tribunal qui ne saurait avoir pour effet de déterminer la priorité de saisine des juridictions concurrentes (v. sous l'empire de l'ancienne législation, Cass., 15 juin 1967, *Gaz. Pal.*, 1967, 2, 206; *R.T.D.C.*, 1967, 877, obs. HEBRAUD). Pour plus de détails v. H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé. Procédure de première instance*, Sirey, Paris, 1991, 417; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1996, 505-506 et J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montschrestien, 1991, 281.

document instituant la procédure est enregistré auprès du tribunal.<sup>2782</sup> Les plaideurs de ces derniers pays bénéficient dès lors d'un avantage substantiel dans toute course au for. Des juristes allemands ont comparé cette situation à la fable de La Fontaine sur le lièvre et la tortue.<sup>2783</sup>

Les difficultés ne s'arrêtent pas là. Même lorsque dans les deux pays concernés, la saisine est réputée effective par la signification de la citation, les aléas de la transmission internationale des documents peuvent avantager une partie au détriment de l'autre. La signification est en effet un processus qui se déroule le plus souvent en plusieurs étapes, dont chacune peut être privilégiée par un Etat ou un autre. Qui plus est, certaines législations prévoient des méthodes alternatives de signification, qui permettent d'éviter les longueurs d'une transmission internationale d'actes. On pense à la signification *au parquet*, qui a toujours cours en France.<sup>2784</sup> Comme le fait observer M. Geimer, les plaideurs désireux de soumettre leur cas aux tribunaux anglais peuvent également tirer avantage de la possibilité que leur offrent les *Civil Procedure Rules* d'effectuer la signification par une 'méthode alternative'. Ce faisant, le demandeur pourra effectuer la signification sans devoir recourir à l'aide d'une autorité étrangère et paralyser ainsi une procédure allemande en cours de saisine, dès lors que le droit allemand exige systématiquement pour la signification le recours à une procédure d'entraide judiciaire bien plus longue.<sup>2785</sup>

**610. Inégalité à raison des méthodes de signification** - Les différences entre règles et traditions juridiques ne sont pas les seules causes à l'origine d'éventuelles inégalités. La pratique même des Etats, et en particulier les aléas de la signification internationale, peuvent avoir des effets inattendus. C'est ce qu'illustre la récente affaire *Molins*.<sup>2786</sup> En l'espèce une société italienne et une société anglaise avaient conclu un accord conférant à la première une licence portant sur plusieurs brevets dont la seconde était titulaire. Suite à un désaccord entre parties quant au paiement de la rétribution convenue, le titulaire des

<sup>2782</sup> Cfr. section 1(2) du chapitre 5 du Code finlandais de procédure judiciaire, et la section 4(3) du Code suédois de procédure judiciaire, commentés par G. MÖLLER, «The Date Upon Which a Finnish and a Swedish Court Become Seised for the Purpose of the European Judgment Conventions», in *E Pluribus Unum Liber Amicorum G. Droz.*, A. BORRAS et al. (eds.), Martinus Nijhoff, La Haye, 1996, 221. Pour la Suède, cfr. le jugement du Tribunal du Travail cité par L. PALSSON, «The Lugano Convention in Sweden», *IPRax*, 1999, (52), 56. Pour plus de détails, cfr. L. PALSSON, *l.c.*, in *Festskrift till Stig Strömholm*, II, A. FRANDBERG et al. (eds.) Iustus Forlag, Uppsala, 1997, (709), 718-722 ainsi que M. BOGDAN, «Sweden», in *Dedining Jurisdiction*, 376. Cfr. également le § 348 de la loi danoise *Lov om rettens pleje* et la section 63 du Code de Procédure Civile norvégien, qui disposent que le tribunal est saisi au moment où il reçoit la citation. Le tribunal se charge ensuite de la signification.

<sup>2783</sup> R. GEIMER, 1997, 677, n° 2700.

<sup>2784</sup> Pour la Belgique, on pense à la signification au domicile élu d'une personne morale étrangère en vertu de l'article 42(6) C. Jud. : selon cette disposition, qui ne peut s'appliquer qu'à défaut de convention internationale, une entreprise étrangère qui dispose en Belgique d'une filiale ou d'un siège d'opération est réputée élire domicile à ce lieu pour les besoins d'une signification internationale. Il n'est pas besoin de dire que cette disposition, qui permet d'internaliser la signification, pourrait conduire à des abus. Il importe dès lors de veiller à n'en accepter l'application que lorsqu'il est certain que la filiale ou le siège d'opération constitue le prolongement de la maison mère et est en contact direct avec celle-ci. V. les réflexions de G. DE LEVAL, «Les significations à l'étranger à la recherche d'une solution efficace et respectueuse de tous les intérêts en présence», in *Les Conventions de Bruxelles et de La Haye en matière civile et commerciale*, Bruges, La Chartre, (31), 39 qui fait très justement le rapprochement avec l'arrêt *Volksvaagen AG v Schumck*, 486 U.S. 94 (1988) de la Cour suprême américaine.

<sup>2785</sup> R. GEIMER, «English Substituted Service (Service by an Alternative Method) and the Race to the Courthouses», in *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, R. GEIMER (éd.), München, C.H. Beck, 1999, 205-219, spéc. pp. 209-212. La signification par 'méthode alternative' est laissée à l'appréciation du juge anglais, tant en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles on peut avoir recours à cette méthode qu'en ce qui concerne les modalités pratiques de la signification. Pour plus de détails, v. *Supreme Court Practice 2000* ainsi que J. JACOB (éd.), *Private International Litigation*, Longman, 1988, 418-419 et p. ex. *Re Conan Doyle's Will Trusts*, [1971] Ch. 982, [1971] 2 All ER 1377 et *Myerson v Martin* [1979] 1 WLR 1390, [1979] 3 All ER 667 (CA). La signification peut par exemple être effectuée par publication dans un journal ou un périodique.

<sup>2786</sup> *Molins plc v G. D. SpA* [2000] 2 Lloyd's Rep 234 (CA).

brevets saisit les tribunaux anglais. Le 'claim form' (nouvelle dénomination du 'writ') fut enregistré le 13 juillet 1999 et signifié au preneur de licence le 30 juillet. Entre temps, ce dernier demanda au tribunal de Bologne de déclarer nulle la licence, ainsi que de l'exonérer de toute obligation de paiement envers son adversaire. Le tribunal italien fut saisi le 19 juillet et accorda séance tenante l'autorisation de transmettre la citation au défendeur par télécopieur, ce qui fut fait le 20 juillet.

Théoriquement la question de l'égalité ne se posait pas puisque les deux législations réputaient la signification de la citation décisive pour déterminer le moment de la saisine. Le combat entre parties se déroulait donc à armes égales, n'était-ce pour le fait que la signification de la citation italienne avait emprunté une voie bien plus rapide que la traditionnelle entraide judiciaire. On voit que même lorsque les deux pays concernés s'entendent sur une définition commune du moment de la saisine, des difficultés peuvent surgir en raison des modalités différentes de la signification.<sup>2787</sup>

**611. Conclusion : rejet de la méthode distributive** - En définitive, la méthode distributive constitue bel et bien une source d'inégalités entre parties. Il n'est donc pas surprenant que les commentateurs soient unanimes à critiquer cette nouvelle manifestation d'une «Europe à deux vitesses».<sup>2788</sup> Le problème n'est pas confiné à l'espace judiciaire européen. L'inégalité peut également affecter tous les droits qui s'en remettent à la méthode distributive. On ne s'étonnera pas que les tribunaux allemands soient particulièrement sensibles au risque de distorsion auquel peut conduire l'application distributive des lois nationales. Les plaideurs qui choisissent de procéder en Allemagne sont en effet particulièrement désavantagés, puisqu'en vertu du droit allemand, la saisine n'est acquise qu'une fois effectuée la signification de la citation au défendeur effectuée.<sup>2789</sup>

Cette situation peut être exploitée à des fins de manipulation, la procédure engagée en premier lieu pouvant se trouver doublée par une procédure considérée comme étant pendante dès l'introduction de la demande. La méthode distributive ne convainc pas – du moins lorsqu'elle est appliquée dans un cadre conventionnel. Il faut dès lors envisager une autre solution.

<sup>2787</sup> En l'espèce la question se posait de savoir si la signification de la citation italienne par télécopieur était valable. Une réponse négative aurait en effet permis au juge anglais de se considérer premier saisi. Le système de la Convention aurait dû conduire le juge anglais à surseoir à statuer en attendant que son confrère italien se prononce sur la validité de sa saisine et en particulier sur celle de la signification par télécopieur. Le titulaire des brevets n'avait pas en effet manqué de contester la validité de la signification devant le tribunal italien. En première instance, le juge anglais refusa de se prononcer sur la validité de la signification, en décidant que le juge italien était mieux placé pour statuer sur la question. La Cour d'Appel réforma cette décision et se prononça *directement* sur la question, et par conséquent également sur la question de la compétence du juge italien. Sans surprise, la Cour refusa de considérer que la signification de la citation par télécopieur constituait un mode valable de transmission de la citation. Elle en conclut qu'elle était donc première saisie. On peut regretter que le juge anglais ait cru bon de se prononcer sur cette question au lieu de faire confiance au juge italien pour statuer sur sa propre saisine. Cette décision n'est conforme ni à l'esprit, ni à la lettre de la Convention.

<sup>2788</sup> H. LINKE, «Quelques questions relatives à la litispendance et à la reconnaissance des jugements», in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Butterworths, Londres, 1993, 181. Cfr. également G. DROZ, «Synthèse des discussions», in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Butterworths, Londres, 1993, 266; J.J. FAWCETT, «General Report», in *Dedining Jurisdiction* 34; W. HAU, 148; A. DI BLASE, *ac*, 1993, 104; H. SCHACK, 1997, 296-297.

<sup>2789</sup> *Supra*, note 607. On notera que la rigidité de la règle de litispendance allemande, qui au contraire par exemple de la règle française, ne laisse en principe aucun pouvoir d'appréciation au juge allemand second saisi pour rejeter l'exception d'abstention lorsqu'il apparaît que l'ordre de priorité de saisine n'est qu'une coïncidence due aux différences de législation, a sans aucun doute contribué à exacerber le problème. Le droit suisse, qui lui aussi fait de l'abstention une obligation pour le juge, semble avoir évité les difficultés en introduisant une définition du moment de la saisine avantageuse pour les plaideurs suisses (*supra*).

### 3. A LA RECHERCHE D'UNE RÈGLE ALTERNATIVE

612. **Généralités** - Les nombreuses difficultés que soulève la méthode distributive forcent à s'interroger sur d'éventuelles solutions alternatives. Dans le cadre de l'espace judiciaire européen, l'unanimité se faisait pour réclamer l'introduction d'une définition autonome du moment de la saisine.<sup>2790</sup> C'est chose faite depuis la révision de la Convention de Bruxelles. L'expérience européenne reste importante, en ce qu'elle montre la difficulté de s'accorder sur une définition *matérielle* du moment de la saisine, commune à plusieurs pays. Avant de commenter ces difficultés et d'examiner la nouvelle définition, il faut dire un mot des suggestions de la doctrine allemande, qui a proposé un tempérament original pour nuancer l'application distributive des lois nationales.

#### A. Modalisation de la méthode distributive : l'expérience allemande de la 'Doppelqualifikation'

613. **La suggestion de M. Linke pour améliorer la méthode distributive** - Lorsque la règle de déférence est acceptée librement par un Etat, on peut difficilement envisager de mesurer la saisine des fors concurrents à l'aune d'une règle matérielle commune aux deux Etats. Au mieux le for aura-t-il prévu, comme en Suisse ou en Italie, une règle spéciale déterminant de façon autonome à quel moment précis les tribunaux locaux sont réputés saisis - une règle qui n'hésitera pas à faire remonter le moment de la saisine au premier stade de l'engagement de la procédure comme l'a fait le législateur suisse, afin de privilégier autant que faire se peut la procédure nationale. Pour juger du moment de la saisine étrangère, force sera bien de s'en remettre à la loi étrangère. Si la méthode distributive est dès lors inévitable, il n'est pas exclu d'y apporter quelques nuances, pour en gommer les inconvénients les plus flagrants. C'est ce à quoi s'est employé la doctrine allemande.

Que les auteurs allemands se soient penchés sur la question ne doit pas étonner. On a vu en effet que les justiciables désireux de saisir les tribunaux allemands étaient sérieusement désavantagés dans la course au for, puisque celle-ci n'est réputée s'achever qu'avec la signification de la citation au défendeur. La rigidité de la règle de litispendance allemande de droit commun ajoute à la difficulté et fait naître le risque pour les justiciables qui cherchent justice auprès des tribunaux allemands de se voir pris de vitesse par un adversaire qui préfère un for dont la saisine est jugée acquise par exemple par le simple enregistrement de la demande. Le problème est réel, comme le montrent les faits qui ont donné lieu à une décision de la Cour d'Appel de Frankfurt en 1982.<sup>2791</sup> En l'espèce un couple belgo-allemand se déchirait par tribunaux interposés. L'époux, de nationalité

<sup>2790</sup> Lorsque la règle d'abstention s'intègre dans un contexte conventionnel, il est une raison supplémentaire pour les Etats de s'accorder sur un standard commun. Il faut éviter qu'un Etat puisse bouleverser l'équilibre conventionnel en déterminant de façon unilatérale à quel moment ses juridictions sont réputées saisies. Le Tribunal fédéral y a vu une raison supplémentaire d'adopter une interprétation semi-autonome du concept du moment de saisine dans l'affaire *Polly Peck*, ATF 123 III 414, 428 (le tribunal note que « la Suisse, en tant que partie contractante, ne peut pas fixer pour son droit interne, unilatéralement et sans consultation avec les autres Etats contractants, un moment pour la litispendance que les parties contractantes ont justement refusé de fixer en considération des conséquences juridiques divergentes des divers actes de procédure dans les lois nationales de procédure ») et les critiques de B. DUTOIT, *l.c.*, *Mélanges Poudret*, 26-27. *Comp.* A. R. MARKUS, "Revidierte Übereinkommen...", *R.S.D.A.*, 1999, 215.

<sup>2791</sup> OLG Frankfurt aM, 1 décembre 1982, *IPRax*, 1982, 243 et la note de H. LINKE, « Zur Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens vor deutschen Gerichten », 229-231.

allemande, avait introduit le 31 mars 1980 une demande en divorce devant le tribunal de Wiesbaden. Cette requête fut signifiée à l'épouse le 17 juin suivant. Entre temps celle-ci, de nationalité belge, avait porté sa requête à la connaissance des tribunaux de Bruxelles. La requête fut déposée le 17 avril pour être signifiée le 3 février 1981.<sup>2792</sup> L'épouse opposa à la procédure allemande l'exception de litispendance prévue par l'article 15 de la Convention belgo-allemande du 30 juin 1958. Elle alléguait que selon le droit belge, la demande en divorce était devenue pendante dès le 17 avril, avant que la saisine du juge allemand ne devienne parfaite. La Cour d'Appel reconnut que si cette allégation se vérifiait, elle aurait dû s'abstenir au profit de son collègue belge. En l'espèce toutefois elle rejeta l'exception de litispendance en s'appuyant pour ce faire sur l'incompétence du tribunal belge, dès lors que le dernier domicile commun des époux se situait en Allemagne.<sup>2793</sup>

Reprenant une suggestion de M. Riezler,<sup>2794</sup> M. Linke a proposé suite à cette décision de modifier la traditionnelle méthode distributive qui avait clairement montré ses limites, notamment du point de vue de l'égalité entre parties. Il a suggéré d'opérer une distinction entre deux questions : dans un premier temps, le juge de l'abstention devrait déterminer à quel moment précis son collègue étranger est réputé saisi. Le droit étranger s'imposerait naturellement pour répondre à cette question. Lorsqu'il s'agit de savoir quel(s) effet(s) le for est prêt à accorder à l'existence d'une procédure étrangère, la *lex fori* devrait toutefois selon M. Linke reprendre le premier rôle. Il reviendrait alors à la *lex fori* de décider si la procédure étrangère, au stade qui est le sien, est de nature à paralyser la procédure du for. Et il serait paradoxal, écrit M. Linke, que le juge allemand s'efface devant une procédure étrangère alors qu'elle n'a pas encore atteint le stade qui selon le droit allemand fait naître l'exception de litispendance.

En d'autres termes, même si la procédure étrangère est, selon la loi étrangère, réputée avoir débuté avant la procédure allemande, le for allemand lui refusera le bénéfice de la litispendance lorsqu'il apparaît que la procédure ne se trouve qu'à un stade préliminaire. Il ne s'agit pas, précise M. Linke, d'exiger que la procédure étrangère constitue l'exacte copie de la procédure allemande, ni que la citation ait déjà été signifiée. Il s'agit au contraire d'exiger « qu'au minimum on ait atteint un stade qui soit comparable à la conception allemande de la litispendance, dans son essence fondamentale ».<sup>2795</sup> M. Linke précisait encore qu'il fallait au moins exiger que le défendeur à l'étranger ait été officiellement informé de l'existence et du contenu de la demande.<sup>2796</sup>

<sup>2792</sup> La longueur de la procédure de signification ne doit pas étonner. On sait en effet que l'Allemagne adopte systématiquement une position restrictive quant aux modes de signification. Concrètement la signification doit se dérouler par voie d'entraide judiciaire, la signification par voie postale n'étant pas jugée fiable ni respectueuse des droits du défendeur, v. H. VAN HOUTTE, "Het ogenblik van de betekening bij dagvaarding in het buitenland", *R.D.C.B.*, 1996, 814-819 et en général G. GEIMER, *Neuordnung des internationalen Zustellungsrechts: Vorschläge für eine neue Zustellungskonvention*, Schriften zum Prozessrecht n° 145, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 366 p. La position a changé avec le Règlement européen sur la signification, qui ne tolère pas de réserve de la part des Etats membres à l'article 14, qui autorise la signification par voie postale. Les Etats sont seulement autorisés à préciser les modalités d'une telle signification.

<sup>2793</sup> Dans sa note M. Linke confirme, jurisprudence belge à l'appui, ce que la demanderesse alléguait, à savoir que le juge belge est réputé saisi par la simple remise de la requête. Il cite une décision de la Cour d'Appel de Bruxelles (13 janvier 1971, *Pas.*, 1971, II, 101).

<sup>2794</sup> E. RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*, Walter de Gruyter/ J.C.B. Mohr, Berlin/Tübingen, 1949, 116.

<sup>2795</sup> *L.c.*, *IPRax*, 1982, 230: "daß zumindest ein Stadium erreicht ist, das unseren Verständnis von Rechtshängigkeit in seiner wesentlichen Substanz vergleichbar ist ».

<sup>2796</sup> *IPRax*, 1982, 230-231.

614. **Une amélioration de la méthode distributive ?** – La suggestion de M. Linke a connu un succès certain dans la doctrine, de nombreux auteurs lui emboîtant le pas.<sup>2797</sup> Il faut dire que s'agissant d'aménager la méthode distributive, l'amélioration est significative. En distinguant la date de saisine proprement dite du moment déterminant pour la litispendance, M. Linke offre au for le moyen de remédier aux inégalités les plus flagrantes qu'entraînent les différences nationales sur la question de l'introduction de l'action. La différenciation qu'il propose n'est d'ailleurs pas sans rappeler la distinction faite par la Cour de Justice entre litispendance 'simple' et litispendance 'définitive' (infra, n° 616). Dans les deux cas, il s'agit de reconnaître qu'à défaut de définition commune permettant de garantir l'égalité, on peut au moins tendre vers l'égalité en ne retentant qu'un type bien déterminé de litispendance.

La 'Doppelqualifikation' n'a toutefois pas pu convaincre la Cour fédérale allemande, qui par deux fois a refusé de s'engager dans la voie proposée par M. Linke pour s'en tenir à la lex fori étrangère.<sup>2798</sup> La Cour fit justement observer que la méthode distributive simple possédait l'avantage de la clarté et de la simplicité, deux vertus cardinales du droit de la procédure. Au contraire, permettre que le juge du for puisse contrôler l'état d'avancement de la procédure étrangère, constituait un facteur d'incertitude faute d'une définition incontestable de la litispendance 'définitive'.<sup>2799</sup>

La double qualification n'a donc pas intégré le droit commun allemand. La suggestion demeure toutefois intéressante, notamment pour les systèmes où le législateur national n'a pas pris la peine de définir de façon autonome le moment de la saisine des tribunaux locaux. En l'absence d'une telle définition, qui avantagerait les tribunaux nationaux par une acceptation très large de leur saisine – en réputant celle-ci acquise par exemple au premier acte utile réalisé par le demandeur –, le risque existe en effet de voir un plaideur triompher à la course au for en profitant des différences de procédure. Le Tribunal fédéral allemand n'était d'ailleurs pas insensible à ce risque, qui a indiqué que dans des circonstances exceptionnelles, le juge allemand pourrait se départir de la stricte application de la loi étrangère si celle-ci causait un « désavantage inéquitable » au demandeur en Allemagne.<sup>2800</sup> La différence avec la 'Doppelqualifikation' n'est pas très grande : dans les deux cas, la méthode distributive se voit nuancée par un correctif. C'est sans doute qu'un tel correctif est inévitable. Heureusement, lorsque la déférence fait partie d'une règle conventionnelle, il est un autre moyen d'enrayer l'inégalité. C'est ce que nous allons examiner maintenant.

<sup>2797</sup> P. ex. H. SCHACK, 1996, 297, n° 757 (qui suggère d'en revenir à la définition allemande de la saisine, c'est-à-dire de ne considérer le tribunal étranger comme saisi que si la signification de la citation a eu lieu. Selon lui l'égalité entre juridictions et la facilité d'application plaident en faveur de l'application de la lex fori allemande pour déterminer le moment de la saisine étrangère) ; R. GEIMER, 1997, 677-678, n° 2700-2701 (propose de moduler la définition de la saisine allemande en fonction de la définition qu'en donne le droit étranger. Il y aurait saisine définitive du juge allemand dès que le juge étranger est réputé saisi). V. également U. SPELLENBERG, *Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen*, Berlin, 1997, 194-195 (tout en rejetant l'expression 'Doppelqualifikation' qu'il juge trompeuse, M. Spellenberg critique la position du BGH et en appelle à une intervention du législateur qui modifierait la jurisprudence en fixant le moment de la saisine du juge allemand au stade de l'*Einreichung des Antrages*, enregistrement de la demande). *Comp. CH. DOHM, ac, 1996, 301.*

<sup>2798</sup> BGH, 18 mars 1987, *FamRZ.*, 1987, 580, note GOTTWALD ; *IPRax*, 1989, 104, note SIEHR ; *N.J.W.*, 1987, 3083, note R. GEIMER ; BGH, 12 février 1992, *IPRax*, 1994, 40, note H. LINKE ; *FamRZ.*, 1992, 1058 ; *NJW-RR*, 1992, 642.

<sup>2799</sup> Le BGH en a également appelé pour justifier sa décision à la nécessaire égalité entre tribunaux ainsi qu'à l'harmonie des solutions que viendrait perturber le contrôle selon la lex fori. V. les commentaires de H. LINKE, "Anderweitige Rechtshängigkeit im Ausland und inländischer Justizgewährungsanspruch", *IPRax*, 1994, 17-19, spéc. 18.

<sup>2800</sup> "ein unzumutbaren Nachteil". Elle renvoie à sa jurisprudence du 26 janvier 1983, cf. *infra* sur l'exception de justice.

## B. Vers une définition autonome : l'expérience de l'espace judiciaire européen

615. **Introduction** – Lorsque la règle de déférence s'insère dans un accord entre Etats, il est une autre possibilité pour déterminer le moment de la saisine des tribunaux que de s'en référer, fut-ce avec quelques nuances, aux lois nationales applicables. Rien n'empêche en effet les Etats concernés de s'accorder sur une règle *matérielle autonome* qui fixe de façon uniforme pour tous les tribunaux concernés. Cette voie, qui constitue assurément un progrès par rapport à la méthode bilatérale, est celle qu'a empruntée le législateur européen. Elle semble s'être également imposée dans les discussions en cours à La Haye. Avant d'expliquer quelles difficultés elle soulève, on va voir que le chemin vers une définition autonome a été long.

616. **A l'origine, la jurisprudence *Zelger*** – Dans sa version originale, l'article 21 de la Convention de Bruxelles, qui pose le principe de la priorité chronologique, ne contenait pas de définition du moment de la saisine. Il s'agissait là d'un choix délibéré des rédacteurs de la Convention.<sup>2801</sup> La question ne manqua pas d'être soulevée dans les premières années d'application de la Convention. Les premières décisions et commentaires penchaient pour l'application distributive des lois nationales, sans que cette méthode pu toutefois convaincre tout le monde.<sup>2802</sup>

L'incertitude poussa la Cour d'Appel de Munich à soumettre la question à la Cour dans l'affaire *Zelger*.<sup>2803</sup> En l'espèce le litige opposait un commerçant allemand, *Zelger*, à un citoyen italien, *Salinitri*, à qui il demandait le remboursement du solde d'un prêt. L'assignation avait été remise au tribunal allemand en août 1976 et signifiée en janvier 1977. Entre temps, le même demandeur avait formé une autre action en Italie, par l'assignation remise en septembre 1976 et signifiée au défendeur deux jours plus tard. Celui-ci invoqua l'exception de litispendance pour paralyser la procédure allemande. Se posait dès lors la question de savoir à quelle date celle-ci était réputée avoir été engagée. Le Landgericht accueillit l'exception et fit application du droit allemand pour déterminer le moment de la saisine. Il estima qu'en vertu de ce droit, le tribunal n'était saisi que lorsque la citation est signifiée au défendeur.<sup>2804</sup> Or la signification 'italienne' précédait la signification 'allemande'. Le demandeur contesta cette décision en arguant qu'au sens de la Convention le tribunal allemand avait été saisi au moment de la remise de l'assignation au tribunal.<sup>2805</sup>

<sup>2801</sup> Le Rapport Jenard abandonne expressément cette question au droit national, indiquant qu'il n'y avait pas lieu de préciser dans le texte le moment à partir duquel un procès doit être considéré comme pendan. (J.O., 1979, C-59/41). V. également le Rapport Schlosser (J.O.C.E., C-59-126, n° 182, qui précise que "Aux fins de l'article 21 de la Convention, c'est le moment auquel il y a litispendance selon le droit procédural national qui est déterminant).

<sup>2802</sup> P. ex. G. A. L. DROZ, 1972, 190, notes 2 et 3 (l'auteur se déclare, sans plus de précision, en faveur d'une application des normes procédurales du for). V. déjà TGI Dunkerke, 18 avril 1984, J.D.L., 1986, 966, note A. HUET (application du droit belge pour déterminer la date de saisine du juge belge).

<sup>2803</sup> C.J.C.E., 7 juin 1984, *Siegfried Zelger c. Sebastiano Salinitri*, affaire 129/83, Rec., 1984, 2397.

<sup>2804</sup> Supra n° 607, §§261-1 et 254-1 ZPO.

<sup>2805</sup> Le demandeur fondait son raisonnement sur la différence entre le mot employé à l'article 21 ("anhängig") et l'expression utilisée par l'article 22 ("erhoben"); en droit judiciaire allemand, un litige est "anhängig" lorsque la citation est mise au rôle, mais il n'est "erhoben" qu'à la signification. Il opposait également l'expression "anhängig" de l'article 21 au concept allemand de "rechtsanhängig", qui suppose la notification de la demande au défendeur. Sur la valeur de cet argument, v. D. HOLLEAUX, note sous *Zelger*, R.C.D.I.P., 1985, (378), 380.



617. A l'origine, la jurisprudence *Zelger* (suite) – Au lieu de chercher à développer une interprétation communautaire, la Cour estima que le moment où le tribunal est saisi devait être déterminé conformément au droit national de chacun des tribunaux concernés. Elle ne subordonna cette référence au droit national qu'à la condition que la saisine soit 'définitive' selon les règles de ce droit.<sup>2806</sup> Selon la Cour, "doit être considérée comme première saisine la juridiction devant laquelle ont été remplies en premier lieu les conditions permettant de conclure à une litispendance définitive, ces conditions devant être appréciées selon la loi nationale de chacune des juridictions concernées".<sup>2807</sup>

On s'est ému à l'époque de la timidité de la Cour<sup>2808</sup> – en particulier au vu de son penchant 'naturel' pour l'interprétation autonome des dispositions de la Convention.<sup>2809</sup> Il faut cependant reconnaître que l'exercice auquel on lui demandait de se livrer était d'une grande difficulté – à tel point qu'on peut douter qu'il y ait eu place en l'espèce pour une règle de création jurisprudentielle. Avec l'arrêt *Zelger*, la méthode distributive s'est imposée au sein de l'espace judiciaire européen. Il n'a pas fallu longtemps aux observateurs pour souligner les nombreuses difficultés que soulève cette méthode (*supra*, n° 601) et souhaiter l'introduction d'une solution alternative. C'est dorénavant chose faite avec l'avènement du Règlement 44/2001. L'intervention du législateur européen a toutefois été précédée par un remarquable mouvement de fond qui a contribué à gommer les excès les plus néfastes de l'application distributive des lois nationales.

618. La litispendance 'définitive' – un début de définition communautaire - On se rappellera que la Cour de Justice a dans l'arrêt *Zelger* sommé les tribunaux des Etats membres de rechercher dans le droit national des deux fors concernés si étaient remplies "les conditions permettant de conclure à une litispendance *définitive* [...]".<sup>2810</sup> Cette référence à la saisine 'définitive' du tribunal pouvait sans doute s'expliquer par le contexte particulier de la demande préjudicielle, et en particulier par la distinction qu'opère le droit allemand entre les deux stades de la saisine.<sup>2811</sup> Elle n'en a pas moins servi de point de départ à une réflexion visant à inscrire les règles nationales dans un modèle européen.

<sup>2806</sup> *Infra* sur ce point, n° suivant.

<sup>2807</sup> Attendu 16 et dispositif.

<sup>2808</sup> V. p. ex. la note de A. HUET, *J.D.I.*, 1985, 165-173 (M. Huet plaideait pour une définition autonome de la saisine; il proposait de retenir la concept de saisine 'effective' par opposition à celui de saisine 'virtuelle'. Selon cette conception, un tribunal ne devait être considéré comme saisi au sens de l'article 21, qu'à partir du moment où, selon la loi du for, il est inclus dans le lien d'instance, c'est-à-dire à partir de l'acte procédural qui déclenche l'activité juridictionnelle du tribunal et l'oblige à statuer sous peine de déni de justice (*J.D.I.*, 1985, spéc. 171-172). V. également H. LINKE, "Quelques observations relatives à la litispendance et à la reconnaissance des jugements", in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Londres, Butterworths, 1993, 179.

<sup>2809</sup> On sait en effet que la Cour se montre traditionnellement favorable à une interprétation autonome des dispositions de la Convention, c'est-à-dire indépendante de la signification que les concepts reçoivent en droit national. V. p. ex. A. BRIGGS et P. REES, 1997, 13-14 ainsi que en général A. NUYTS, "Questions de procédure : la difficile coexistence des règles conventionnelles et nationales", in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al. (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1999, (235), 235-243. Rappelons toutefois que la Cour, si elle donne l'impression d'œuvrer systématiquement pour une interprétation 'européenne', n'a jamais exclu le recours à une interprétation nationale, pas plus d'ailleurs qu'elle n'a fait de l'interprétation autonome la règle et de l'interprétation nationale l'exception. V. C.J.C.E., 8 décembre 1987, *Gubisch Maschinenfabrik AG c. Giulio Palumbo*, affaire 144/86, *Recueil*, 1987, 4861, point 7 ; C.J.C.E., 28 septembre 1999, *GIE Groupe Concorde*, aff. C-440/97, *Rec.*, 1999, I-6307, point 12.

<sup>2810</sup> Attendu 16, nous soulignons.

<sup>2811</sup> *Supra* n° précédent. V. H. DUINTJER TEBBENS, *l.c.*, in *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales. Una reflexión preliminar española*, A. BORRAS (éd.), Madrid, Marcial Pons, 1998, 50 selon qui la référence à la litispendance 'définitive' ne peut se comprendre que dans le contexte allemand. V. également les observations de HUET, note sous *Zelger*, *J.D.I.*, 1985, (165), 166-169, qui regrette l'incertitude qu'amène l'introduction de l'expression litispendance 'définitive'.

Cette réflexion s'appuie sur la constatation qu'il peut être un peu court, pour déterminer le moment de la saisine aux fins de la litispendance européenne, de s'en référer à la définition traditionnelle que donne le droit national de cet instant. On ne saurait en effet ignorer que les litiges internationaux, fussent-ils européens, suscitent des questions et des inquiétudes différentes de celles que soulèvent les litiges purement nationaux. Il faut donc, comme l'a fait remarquer un juge anglais, "se méfier de l'adoption et de l'application de règle élaborée à une fin différente et dans des circonstances différentes".<sup>2812</sup>

Ceci est d'autant plus vrai que la plupart des règles nationales relatives à la date de saisine ont été pensées pour des questions telles que la prescription de l'action ou l'introduction de voies de recours, et non pas dans le cadre particulier d'une règle de litispendance, encore moins une règle internationale. On ne peut exclure qu'un débat spécifique sur la portée de la saisine dans le contexte particulier de l'article 21 conduise au rejet de la solution nationale, jugée inadaptée. Il y a d'autant plus matière à débat que la saisine d'un tribunal se décompose en plusieurs étapes, qui n'ont pas toutes la même valeur. Certaines des formalités qui conduisent à la saisine sont ainsi réversibles, en ce sens que le demandeur peut y mettre fin sans être soumis aux règles relatives au désistement d'instance.<sup>2813</sup> On peut dès lors penser que ce n'est pas sans raison que la Cour de Justice a imposé de choisir, parmi les formalités prescrites par la loi nationale, celle qui rendait la saisine 'définitive'.<sup>2814</sup> Ces réflexions ont trouvé écho dans les jurisprudences anglaise et suisse, les seules juridictions qui à notre connaissance, aient abordés la question de la date de saisine en tenant dûment compte de la spécificité de l'article 21.<sup>2815</sup>

**619. La litispendance 'définitive' - un début de définition communautaire (suite) - les jurisprudences anglaise et suisse** - On a étudié l'importante évolution qu'a connue la jurisprudence anglaise sur la question de la définition de la date de la saisine (*supra*, n° 602). La Cour d'Appel s'est expressément référée dans l'affaire *Dresser* à la décision *Zelger*, en notant que le simple enregistrement de la demande auprès du tribunal ne suffisait pas à créer le lien d'instance nécessaire à la saisine, le demandeur étant libre de renoncer à faire signifier le *writ*. L'enregistrement ne constitue en effet qu'un acte purement technique, qui ne nécessite pas l'intervention du juge mais tombe sous la seule responsabilité d'un greffier ('court officer'). La Cour d'Appel en conclut que retenir l'enregistrement de la demande comme moment décisif serait "*artificial, far-fetched and wrong*".<sup>2816</sup>

Le Tribunal fédéral suisse a été encore plus clair. Dans l'affaire *Polly Peck* déjà évoquée, le Tribunal s'est directement inspiré de la jurisprudence *Zelger* pour en déduire que "la litispendance selon l'article 21 de la Convention de Lugano présuppose un lien minimum

<sup>2812</sup> *Dresser UK Ltd. and others c Falcongate Freight Management Ltd. and others (The Duke of Yare)* [1992] 2 All ER (450), 460 H (par Bingham LJ).

<sup>2813</sup> Il en va ainsi en droit belge d'une citation qui aurait été signifiée sans avoir fait l'objet d'un dépôt au greffe.

<sup>2814</sup> V. en ce sens l'analyse de MM. Born et Fallon, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1983-1985)", *J.T.*, 1987, (457), n° 64, qui expliquent que la Cour n'a renvoyé « aux lois nationales que pour déterminer à quel moment chaque juridiction est définitivement saisie [...] et que ce moment est seul à considérer pour l'application de l'article 21, même si une ou chacune des lois nationales consultées déduit la saisine d'une formalité qui est réversible [...] », opinion reprise par ces mêmes auteurs dans leur étude parue en 2001, Larquier, Bruxelles, 425-426, n° 216.

<sup>2815</sup> Cfr. *Dresser UK Ltd. and others c Falcongate Freight Management Ltd. and others (The Duke of Yare)* [1992] 2 All ER 450 et en Suisse, BGer., 26 septembre 1997, ATF 123 [1997] II 44 et l'affaire jumelle devant les tribunaux anglais : *Polly Peck International plc c Citibank NA* [1994] I.L.Pr. 71.

<sup>2816</sup> *Dresser (U.K.) Ltd. v. Falcongate Freight Management Ltd.*, [1992] 2 All ER 450 at 467 (Binham LJ).

du demandeur avec le procès (“*minimale Bindung des Klägers an der Prozess*”), qui ne peut être établi que sur la base de l’organisation concrète de la procédure interne [...]”<sup>2817</sup> Le Tribunal en a conclu qu’il fallait examiner dans chaque cas d’espèce si l’acte procédural invoqué faisait naître le lien minimal nécessaire pour qu’on puisse parler de litispendance définitive.<sup>2818</sup>

**620. La litispendance ‘définitive’ – un début de définition communautaire (suite et fin)** - En somme la position des tribunaux anglais et suisses aboutit à créer une définition *semi-autonome* du moment de la saisine. En principe, il appartient au droit national de préciser quelle étape est jugée décisive, mais cette détermination est ensuite soumise à l’épreuve du droit européen, qui conserve le dernier mot.<sup>2819</sup> Les développements suisses et anglais sont d’autant plus remarquables qu’ils aboutissent à faire basculer ces deux pays dans le camp des ‘lièvres’, qui se feront dépasser par les pays ‘tortues’. On ne peut donc reprocher à cette jurisprudence d’agir pour le seul intérêt des tribunaux nationaux. Au contraire, ces derniers en sont désavantagés dans la course au for.<sup>2820</sup>

Le désavantage n’aura toutefois lieu d’être que si la réflexion s’arrête là et le mouvement ne touchait pas les autres juridictions. Or on constate que la remise en question des principes traditionnels a reçu l’appui de la doctrine. M. Möller en particulier s’est inspiré de l’exemple anglais pour appeler à une révision de la position des pays Scandinaves.<sup>2821</sup> Il explique que les règles finlandaises et suédoises, selon lesquelles une action est réputée pendante dès que la citation a été enregistrée auprès du tribunal, ne sont pas de nature à créer la litispendance ‘définitive’ qu’exige la Cour.<sup>2822</sup>

On ne peut que se féliciter de cette réflexion de fond, qui a contribué à rapprocher les pratiques des Etats.<sup>2823</sup> Il reste que cette forme d’harmonisation ‘douce’ et ‘spontanée’, si elle peut contribuer à réduire les inégalités, ne permettra pas de mettre fin à tous les abus. Les modalités de la signification au défendeur, par exemple, pourront toujours varier d’un pays à l’autre et être source d’inégalités. Une réflexion spécifique sur le concept de saisine, si elle est bienvenue, ne pourra donc pas faire un sort à tous les problèmes. On

<sup>2817</sup> ATF 123 III 414, 427.

<sup>2818</sup> En l’espèce le tribunal fédéral a constaté que la citation en conciliation ne liait pas outre mesure le demandeur puisque celui-ci est libre de poursuivre ou non la procédure après en avoir obtenu l’autorisation du juge qui constate qu’il n’y a pas de possibilité de conciliation.

<sup>2819</sup> *Comp.* avec la situation suisse où la définition de l’article 9(2) de la LFDIP n’est que semi-fédérale, ici aussi le droit cantonal doit être appliqué en tenant compte du critère fédéral qui impose de tenir compte du « premier acte procédural nécessaire ».

<sup>2820</sup> On ajoutera que la jurisprudence suisse, rendue sous l’égide de la Convention de Lugano, contribue à assurer l’uniformité d’interprétation des Conventions puisque le Tribunal Fédéral s’est directement inspiré de la jurisprudence de la Cour de Justice, v. sur ce point, H. DUINJER TEBBENS, *l.c.*, *Yearb. P.I.L.*, 2001, (1), 7-8.

<sup>2821</sup> G. MÖLLER, “The Date Upon Which a Finnish and a Swedish Court Become Seised for the Purpose of the European Judgment Conventions”, in *E Phribus Urum Liber Amicorum G.A.L. Draz*, A. BORRAS et al. (éds.), Martinus Nijhoff, The Hague, 1996, 219-233.

<sup>2822</sup> *Spéc.* pp. 230-233. On peut faire observer que cette semi-communautarisation de la date de la saisine avait déjà été préconisée par l’Avocat Général Mancini dans ses conclusions précédant l’arrêt Zelger. A ses yeux, la définition nationale de la saisine ne pouvait être retenue que si la saisine ainsi définie suivait la signification de la citation au défendeur. Il justifiait cette approche conditionnelle par la nécessité de protéger le défendeur, *Siegfried Zelger c. Sebastiano Salintri*, affaire 129/83, *Rec.*, 1984, 2414-2415, § 5.

<sup>2823</sup> V. cependant les critiques de B. DUTOIT, *l.c.*, *Mélanges Pouchet.*, qui reproche en particulier au Tribunal Fédéral d’avoir déduit de l’arrêt Zelger ce que la Cour n’a pas dit. Selon M. Dutoit, la Cour a entendu laisser « toute latitude » (p. 26) aux droits nationaux et il serait erroné de vouloir lire dans l’arrêt Zelger une quelconque référence à une litispendance « définitive ».

doit donc se réjouir que le législateur européen ait pris l'initiative d'intervenir lors de la récente révision de la Convention de Bruxelles.

**621. Une définition autonome du moment de la saisine – le modèle européen** – Après de longues négociations – selon un observateur, ce point a été parmi les plus difficiles du processus de révision – les pays membres de l'espace judiciaire européen sont parvenus à s'accorder sur une définition *matérielle* du moment de la saisine. Entre temps cette définition a également été adoptée dans le cadre du règlement européen dit de Bruxelles II.<sup>2824</sup> Avec l'entrée en vigueur du Règlement 44/2001, c'est en donc fini de l'application bilatérale des lois nationales. Une ère nouvelle s'ouvre, qui verra les plaideurs européens jugés selon les mêmes critères, et la course au for se dérouler de façon plus équitable. Avant d'examiner la solution retenue au niveau européen, et de la comparer avec celle qui figure dans le projet de Convention de La Haye, il nous paraît utile de revenir sur l'*enjeu* de la discussion.

**622. Les difficultés d'une règle autonome – la notion de saisine** – S'agissant de construire une règle matérielle portant définition uniforme du moment de la saisine, plusieurs options s'offraient au législateur européen. Pour mesurer la portée de la solution retenue, il n'est pas inutile de passer en revue les avantages et les inconvénients des alternatives qui ont été écartées. Ces solutions ne peuvent se comprendre sans une réflexion préalable sur le concept de saisine.

La saisine du tribunal implique que le demandeur fasse connaître son intention d'introduire une action aux deux autres acteurs du procès, d'une part la partie adverse et d'autre part le tribunal. Le processus d'information du tribunal et du défendeur donne lieu en règle générale à deux actes de nature différente, d'une part la mise au rôle ou enregistrement de la requête et d'autre part la signification ou notification d'un acte au défendeur. On observe à cet égard une grande diversité selon les pays, non seulement en ce qui concerne les formes et les dénominations (la requête peut par exemple être véritablement enregistrée ou mise au rôle après un certain contrôle par le tribunal, ou simplement 'visée' sans aucune approbation ou examen), mais aussi le rôle de chaque partie (p.ex. signification opérée par le tribunal comme en Allemagne ou à l'initiative du demandeur), les conséquences de chacun des deux actes (p.ex. interruption de la prescription, possibilité de se désister, etc.) ainsi que l'ordre chronologique dans lequel les deux formalités s'accomplissent.<sup>2825</sup> Cette diversité empêche de raisonner à partir d'un seul système pour l'extrapoler à tous les autres.<sup>2826</sup> Pour construire une règle autonome, il faut véritablement faire abstraction des conceptions nationales.

Le lien d'instance au sens propre de ce terme, ne sera 'parfait' qu'une fois les deux formalités remplies. Il ne faudrait toutefois pas en conclure que la saisine ne peut être acquise aux fins de la règle de déférence que moyennant cette double formalité. Encore faut-il tenir compte du but assigné à cette règle, qui ne requiert pas nécessairement que le

<sup>2824</sup> Article 11. Observons que la Convention dont ce règlement s'inspire, ne prévoyait pas de règle autonome sur le moment de la saisine (article 11, texte paru au *J.O.C.E.*, 16 juillet 1998, C-221/4). Le Rapport Borrás contenait de nombreuses observations sur cette disposition (*J.O.C.E.*, C-221/45 à 47) mais ne mentionnait même pas la question de la définition du moment de la saisine. Les observateurs avaient critiqué la Convention sous cet aspect, p. ex. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, "Marriage Dissolution in an Integrated Europe...", *Yearbook PIL*, 1999, (1), 18-19.

<sup>2825</sup> En Allemagne par exemple la remise au greffe précède la notification de la demande au défendeur, tandis qu'en France elle la suit.

<sup>2826</sup> *Comp.* A. HUET, note sous Zelger, *J.D.I.*, 1985, spéc. 171-172, qui semble prendre comme point de départ la conception française.

lien d'instance soit parfait. Comme on l'a fait remarquer, il peut paraître souhaitable que le tribunal soit réputé saisi *le plus tôt possible*, pour que la règle d'abstention puisse dès le début jouer pleinement son rôle et prévenir la duplication du travail judiciaire.<sup>2827</sup> D'autre part il faut éviter qu'une détermination trop hâtive ne se heurte à une déclaration future d'incompétence.

Ceci étant acquis, plusieurs alternatives sont possibles. La première consiste à retenir comme point de départ la formalité du dépôt au greffe.

**623. Mise au rôle ou dépôt au greffe comme moment déterminant** - Une définition matérielle peut prendre modèle sur les pays scandinaves et réputer la saisine acquise au jour de la remise ou de l'enregistrement de la citation au tribunal. Une telle règle présenterait l'avantage de la simplicité et de la certitude puisqu'il suffirait de contrôler les registres des greffes respectifs. Toutefois, la date d'enregistrement de la citation ne saurait être retenue comme norme sans sacrifier les intérêts de pays comme la Belgique ou la France, où la citation est enregistrée auprès du tribunal après avoir été signifiée au défendeur. Retenir cette date aboutirait en effet à désavantager les demandeurs désireux de saisir un tribunal de ces pays, puisqu'ils devraient attendre que la signification soit effectuée pour demander la mise au rôle et ainsi créer l'état de litispendance. On hésitera en outre à conférer un quelconque rôle à ce qui ne représente qu'une démarche préliminaire.

L'enregistrement ou la délivrance de la citation n'est en effet qu'une formalité purement administrative dans certains pays comme l'Angleterre, où elle consiste à présenter au greffe du tribunal approprié un document qui, après paiement de la redevance, est muni du sceau officiel du tribunal portant la date de délivrance. Pour les affaires relevant de la Convention, la délivrance d'une citation ne nécessite aucun contrôle substantiel de la part du tribunal. Une fois le 'writ' émis, le juge n'a plus le contrôle sur la suite de la procédure menant à la saisine, puisque la signification est du ressort du demandeur. Celui-ci peut renoncer à faire signifier le *writ* sans que ce désistement soit soumis à un contrôle du juge. Ce caractère hautement précaire de l'enregistrement explique pourquoi les juridictions anglaises répugnent à retenir cette date pour les besoins de la litispendance européenne (*supra*).

En elle-même, la mise au rôle ne convient donc pas. On a dès lors proposé de ne retenir cette date que si la signification a lieu dans les 6 mois qui suivent (condition résolutoire). Cette solution, qui n'accorde un effet déterminant à la mise au rôle ou à l'enregistrement que de façon rétroactive, ne paraît pas non plus être de nature à résoudre les difficultés. Outre que le délai de 6 mois (ou tout autre délai) est arbitraire, l'effet rétroactif peut porter atteinte à la sécurité juridique. De plus, les pays dans lesquels la mise au rôle précède la signification conservent leur avantage décisif. Les possibilités d'abus ne disparaissent pas.

**624. La signification de la citation introductive d'instance comme moment déterminant** - Si la date de dépôt au greffe n'est pas satisfaisante, la date de signification de l'acte introductif d'instance ne présente pas moins de difficultés. L'inconvénient majeur de cette solution est qu'elle impose de s'accorder sur une définition uniforme du moment où la signification est réputée avoir lieu. Rien ne sert en effet d'élever la signification au rang de date charnière si les Etats s'opposent quant à la définition du

<sup>2827</sup> A. HÜET, note sous Zelger, *J.D.I.*, 1985, 171-172.

moment de cette étape. Or l'uniformité est en cette matière loin d'avoir été réalisée. La signification internationale s'opère par la transmission de l'acte, de façon plus ou moins directe, par le biais d'une série d'intermédiaires, de l'auteur de la requête au destinataire. Tout le problème consiste à déterminer à quel moment précis la signification est réputée avoir eu lieu, c'est-à-dire à sélectionner et à définir de façon précise une des étapes de la chaîne de transmission.

On connaît les difficultés qu'a suscité cette question sous l'empire de la Convention de La Haye de 1965, qui ne se prononce pas sur la date à laquelle la signification est réputée avoir eu lieu. La Cour de Cassation belge a ainsi décidé que lorsque la signification s'opère sous la forme d'une demande adressée sous pli recommandé par l'huissier de justice du pays requérant à l'autorité centrale du pays requis (article 3 de la Convention de La Haye), la signification « est accomplie par la remise de l'acte aux services de la poste contre le récépissé de l'envoi recommandé ». <sup>2828</sup> C'est donc la théorie de l'*expédition* qui s'applique. Rien ne garantit toutefois que les tribunaux des autres Etats contractants s'inclineront devant cette interprétation, d'autant plus que celle-ci n'est pas sans poser un sérieux problème de respect des droits de la défense.

Les difficiles relations belgo-allemandes illustrent bien les dérives auxquelles peut mener l'absence de définition uniforme. La Belgique et l'Allemagne ont conclu en 1959 un accord bilatéral visant à faciliter la transmission des actes, rendue plus difficile par le refus de l'Allemagne de reconnaître la transmission par voie postale. L'accord ne contient aucune précision sur la date de signification. La Cour de cassation est dès lors intervenue, qui a adopté une variante de la théorie de l'*expédition*, en décidant que la signification produit ses effets « au moment où le président du Landgericht ou de l'Amtsgericht dans le ressort duquel se trouve le destinataire, reçoit l'acte à remettre à celui-ci ». <sup>2829</sup> Le problème est que cette jurisprudence va à l'encontre de ce que décident les tribunaux allemands. <sup>2830</sup> Les jurisprudences divergentes, outre qu'elles mettent en péril les intérêts des justiciables qui risquent de voir les décisions qu'ils obtiennent dans un pays privée d'effet dans l'autre, <sup>2831</sup> jettent un doute sur l'adéquation de la signification comme date charnière.

<sup>2828</sup> Cass., 20 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, 841.

<sup>2829</sup> Cass., 8 juin 1988, *J.T.*, 1988, 842 ; Cass., 9 décembre 1996, *J.T.*, 1997, 710 et déjà Cass., 4 mars 1954, *Pas.*, 1954, I, 577. Les tribunaux du fond ne sont pas toujours en harmonie avec cette jurisprudence, v. Anvers, 16 mars 1998, *R.D.C.B.*, 1998, 340 (résumé par H. VAN HOUTTE); *R.W.*, 1999-00, 643, note J. LAENENS (selon la Cour, le moment de la signification d'une décision belge en Allemagne - comme point de départ du délai pour interjeter appel, est la date où le jugement a été mis entre les mains de la partie au procès par l'Amtsgericht et non le moment où celui-ci reçoit la demande de signification). La solution est différente lorsque la citation est transmise par le biais de l'article IV du Protocole à la Convention de Bruxelles, qui organise une transmission directe d'huissier à huissier. Dans ce cas, la Cour de cassation a décidé que la signification avait lieu au jour de la remise de la copie de l'exploit à son destinataire par l'officier ministériel étranger (Cass., 19 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 331). V. à ce propos, Civ. Liège, 3 mai 2001, *Revue en ligne du barreau de Liège*, [www.barreaudeliège.be], visité le 17 avril 2002 (instances concurrentes en divorce engagée en France et en Belgique, le tribunal décide que la date de signification est décisive pour déterminer la date de la saisine du juge belge. La citation avait été transmise par le biais de l'article IV du Protocole, le tribunal retient donc la date de remise par l'officier ministériel français, soit après la date de saisine du juge français. Celui-ci bénéficiait donc de la primauté de saisine).

<sup>2830</sup> V. H. BORN, « Les significations transfrontalières : analyse critique des thèses en présence à partir des difficultés liées à l'application de l'accord belgo-allemand du 25 avril 1959 et de l'article 15 de la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 », in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al (éds.), Bruxelles, Bruylant, 325-347 ainsi que G. DE LEVAL, « Significations en Allemagne et droits de la défense », note sous Liège, 26 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1994, 920 et du même, note sous Liège, 18 janvier 1996, *R.J.D.P.*, 1996, 134-135. *Adde* H. VAN HOUTTE, *l.c.*, *R.D.C.B.*, 1996, 818 e.s.

<sup>2831</sup> Puisqu'en règle générale, la régularité de la signification de la citation constitue un des éléments du contrôle de la décision étrangère par le juge requis, v. par exemple art. 34-2° du Règlement 44/2001.

Les espoirs qui ont pu naître dans le contexte européen des travaux ayant mené à la Convention<sup>2832</sup> et au règlement sur la signification<sup>2833</sup> ont été déçus. Non seulement le règlement laisse-t-il subsister de façon concurrente plusieurs modes de signification, mais de plus l'article 9 du règlement se contente de renvoyer au droit national de l'Etat dans lequel la signification a eu lieu pour la détermination de la date de signification. Cette même disposition ouvre d'ailleurs la possibilité de retenir une autre date pour la signification lorsque les intérêts du demandeur sont en jeu. Dans ce cas ce n'est pas le droit de l'Etat requis, mais bien celui de l'Etat d'origine qui déterminera la date de la signification.<sup>2834</sup> Même si la référence aux intérêts de l'une ou l'autre partie est ambiguë, la détermination de la date de signification d'un acte introductif d'instance concerne au premier chef le défendeur, et en particulier la possibilité qui lui est donnée de disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense. C'est donc en principe le droit de l'Etat où a lieu la signification qui s'applique.<sup>2835</sup> L'introduction d'une règle uniforme de conflit constitue en soi déjà une avancée remarquable,<sup>2836</sup> même si les Etats membres ont par le jeu des réserves limité la portée de cette disposition.<sup>2837</sup> Dans le cas de procédures concurrentes, l'article 9 n'empêchera pas deux droits nationaux de s'appliquer pour déterminer le moment de la saisine des deux juges. Or, comme on l'a expliqué,

- 
- <sup>2832</sup> Convention sur la signification, entre Etats Membres de l'Union européenne, de documents judiciaires et extra-judiciaires en matière civile ou commerciale du 26 mai 1997, *J.O.C.E.*, 1997, C-261/1.
- <sup>2833</sup> Règlement n° 1348/2000 du Conseil du 29 juin 2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, 30 juin 2000, L-160/37 e.s.
- <sup>2834</sup> Le Règlement introduit ainsi le système de la double date pour déterminer la date de signification. Le droit de l'Etat d'origine sera décisif chaque fois que les intérêts du requérant sont en jeu, par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer si une demande ou une voie de recours a été introduite dans les délais impartis. D'autre part, la règle générale qui impose l'application du droit de l'Etat requis permet de prendre en compte les intérêts du défendeur, en ne faisant courir la signification qu'au moment où il aura été à même de prendre effectivement connaissance de l'acte, ou à tout autre moment que le droit de l'Etat de destination juge bon d'imposer. Sur le système de la double date, v. avant tout G. DE LEVAL, « Le miroir de la procédure », in *Droit du contentieux. Travaux de la CUP*, vol. X, septembre 1995, spéc. pp. 17-20, nos. 3-5 ainsi que J. LAENENS, « De kennisgeving van een beslissing als vertrekpunt van een vervaltermijn », note sous Cass., 9 décembre 1996, *R.W.*, 1997-98, 82 ainsi que J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La notification en droit judiciaire privé à l'épreuve des théories de la réception et de l'expédition », note sous Cass., 20 février 1998, *R.C.J.B.*, 1999, 193-238, spéc. 235-237.
- <sup>2835</sup> L'exception prévue au second paragraphe de l'article 9 vise principalement l'hypothèse dans laquelle la date de signification se révèle importante pour le calcul d'un délai de prescription, par exemple du droit d'action ou encore pour déterminer si le délai prescrit pour l'introduction d'un recours a été respecté. V. à ce propos le Rapport explicatif relatif à la Convention, *J.O.C.E.*, C-261/26, 27 août 1997, ad art. 9. Les Etats membres ont toutefois largement modifié ce schéma de base par les nombreuses déclarations qu'ils ont faites au titre de l'article 9, al 3, conférant une portée tantôt étendue, tantôt plus étroite au premier et au second paragraphe.
- <sup>2836</sup> *Comp.* avec les réflexions de Mme. M. DOUCHY, « Du conflit de conventions au conflit de sources (droit international privé / droit communautaire) », *L'Institier de justice*, 2001, (1), 8-14 pour qui l'incertitude que laisse subsister l'article 9 ruine l'entreprise européenne et lui enlève toute valeur, au point qu'elle se demande si « ce règlement tout juste entré en vigueur [...] n'est pas en définitive mort-né » (p. 11). Cette évaluation nous semble excessive. Autant il est vrai que le Règlement européen sur la signification est un véritable 'gruyère', laissant subsister de nombreuses incertitudes, autant il met en place une formule de transmission des actes qui pourrait se révéler très efficace, dès lors que les Etats adhèrent pleinement à l'idée d'une transmission directe entre entités décentralisées. Il faudra sans doute attendre qu'un nouveau Règlement répare les erreurs et comble les lacunes du premier pour que ce mécanisme puisse porter tous ses fruits.
- <sup>2837</sup> Le Règlement autorise en effet les Etats à formuler des réserves à l'égard de l'article 9, possibilité qui était déjà prévue par la Convention. Une dérogation éventuelle ne sera toutefois valable que pour une période de 5 ans, et à condition que l'Etat puisse invoquer des « motifs valables ». Les Etats membres étaient invités à faire connaître leurs éventuelles dérogations avant le 31 mai 2001. Comme l'indiquent G. de Leval et M. Lebois, « [c]ette faculté de dérogation risque [...] de compromettre l'application uniforme du Règlement » : G. DE LEVAL et M. DUBOIS, « Betekening in de Europese Unie op grond van Verordening 1348/2000 van 29 mei 2000 », in *Het nieuwe Europees ipr : van verdrag naar verordening*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (eds.), Antwerp, Intersentia, 2001, (169), 192.

« l'événement dont la date est prise en compte [pour déterminer le moment de la signification] varie d'un Etat membre à l'autre ».<sup>2838</sup>

De plus l'article 9 n'a pas vocation à s'appliquer aux significations réalisées par les modes subsidiaires de transmission, qui sont tolérés par le Règlement, comme la signification par voie postale (art. 14). Or il n'est pas exclu qu'une transmission par cette voie soit plus rapide que la signification par le biais des entités d'origine et requise. On doit donc s'attendre à ce qu'en pratique les justiciables aient fréquemment recours à ces modes subsidiaires. La logique veut alors que l'on retienne la date de la première transmission utile, pour laquelle il faudra faire appel au droit national sans que l'article 9 impose le choix de l'un ou l'autre droit. Ici encore, des difficultés pourraient naître du choix par les Etats membres d'instantants différents pour réputer définitive la signification. On est donc loin de l'uniformité espérée ! Heureusement, la définition autonome retenue par le législateur européen rendra inutile le recours à l'article 9, du moins au sein de l'espace judiciaire européen (*infra*, n° 625).

Retenir la date de la signification ne fait donc que déplacer le problème, puisque l'on remplace un concept à contenu variable par un autre. Cette absence de définition uniforme n'est d'ailleurs pas le seul problème posé par la signification.

**625. La signification de la citation introductive d'instance comme moment déterminant (suite)** – Retenir la date de la signification pour déterminer l'ordre de saisine a également comme inconvénient d'enlever tout contrôle au demandeur sur celui-ci. La signification échappe en effet complètement à l'emprise du *dormivus litis*. Une fois la citation remise à l'instance chargée de la notification, le demandeur n'exerce plus aucun contrôle sur les étapes suivantes. Or, comme l'écrit M. Palsson, « il semble injuste que le demandeur doive supporter le risque de retards possibles dans la procédure de signification, puisque cette procédure échappe à son contrôle ».<sup>2839</sup>

Si la signification échappe au demandeur, le défendeur lui peut exercer dans une certaine mesure une influence sur la date à laquelle un acte lui est signifié. Une partie peut en effet délibérément chercher à éviter la signification et profiter du retard ainsi créé pour intenter une action dans une autre juridiction. Enfin, la date de la signification est également source de difficultés lorsque le demandeur affronte plusieurs défendeurs. Dans ce cas, la citation peut être signifiée à chacun d'eux à des jours différents, ce qui rend plus difficile la détermination de l'instance première saisie.

Au vu de ces nombreuses difficultés, il semble difficile de greffer une définition matérielle du moment de la saisine sur la seule date de la signification. On s'oriente dès lors inévitablement vers une règle mixte.

**626. La nécessité d'une règle mixte – les travaux pionniers de la Commission Storme** - Les observations qui précèdent ont montré qu'il était difficile de choisir exclusivement l'une ou l'autre des étapes menant vers la saisine du tribunal pour construire une définition matérielle acceptable par toutes les juridictions et respectueuses de l'égalité entre parties. A vrai dire, à moins d'unifier les démarches nécessaires pour la saisine d'un tribunal, il est utopique de penser atteindre l'égalité absolue entre parties. Ce

<sup>2838</sup> Rapport sur la Convention signification, ad art. 9.

<sup>2839</sup> L. PALSSON, *loc. cit.*, in *Festkrift till Stig Strömholm*, II, A. FRANDBERG et al. (éds.), Iustus Forlag, Uppsala, 1997, (709), 721. Cfr. également W. HAU, 150-151.



constat avait incité la Commission *Storme* à retenir, dans son travail d'ensemble sur le rapprochement des droits judiciaires européens,<sup>2840</sup> une double règle selon que la première étape menant à la saisine est la mise au rôle ou au contraire la signification de la citation.<sup>2841</sup> Dans le premier cas, le tribunal aurait selon la Commission été saisi à la date de mise au rôle de la citation, à condition que celle-ci soit signifiée dans les trois mois suivants. Lorsque la signification précède la mise au rôle, la procédure était au contraire réputée pendante à la date de signification, mais cette date n'aurait été décisive que si la citation est enregistrée par le tribunal «dans le délai prévu par la loi».<sup>2842</sup>

Cette première suggestion avait le mérite de reconnaître qu'une définition matérielle du moment de la saisine devait composer avec la diversité des modes de saisine. Pour savoir quand celle-ci intervient, la Commission proposait en effet de retenir non pas un seul critère, mais bien des règles différentes selon la configuration de la procédure. Cette dualité des critères doit être considérée non comme un aveu d'impuissance, mais bien comme la reconnaissance du caractère irréductible de certaines questions de procédure. La détermination du moment de la saisine n'est pas en effet une question neutre, de pure technique juridique. Elle dépend dans une large mesure de la manière dont la procédure est organisée dans chaque pays.<sup>2843</sup>

On sait par exemple qu'en Allemagne, c'est le greffe du tribunal qui se charge de la notification de la demande au défendeur. Il est donc logique qu'en droit allemand la remise au greffe *précède* la notification, alors qu'en Belgique et en France, elle la suit. On ne saurait neutraliser ces différences sans toucher à l'organisation judiciaire même, ce qui à son tour ne manquerait pas d'avoir d'importantes répercussions sur de nombreuses autres questions.<sup>2844</sup> Le prix à payer pour aboutir à une définition matérielle du moment

<sup>2840</sup> Les travaux ont été publiés : in M. STORME et al., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne / Approximation of judiciary law in the European Union*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, 225 p. V. sur ces propositions : H. ROTH, « Die Vorschläge der Kommission für ein Europäisches Zivilprozessgesetzbuch », *Z.Z.P.*, 1996, 271-313 et la réplique de E. SCHILKEN, *Z.Z.P.*, 1996, 315 e.s. et le compte-rendu de la discussion par E. LEMKEN, *Z.Z.P.*, 1996, 337-371; G. ROUHETIE, « Sur l'harmonisation du droit du procès civil au sein de l'Union européenne », *Justices*, 1995, 365-373; F. K. JUENGER, « Some Comments on European Procedural Harmonization », *Am J. Comp. L.*, 1997, 931 e.s.; K. KERAMEUS, « Political Integration and Procedural Convergence in the European Union », *Am J. Comp. L.*, 1997, 919 e.s.; J. NORMAND, « Le rapprochement des procédures civiles dans l'Union européenne », *Revue européenne de droit privé*, 1998, 383-399 A. STADLER, « Rechtsvereinheitlichung in Europa. Ein Plädoyer für ein einheitliches europäisches Prozessrecht », *RechtsZ.*, 1992, 290 e.s. et plus récemment F. J. A. VAN DER VELDEN, « Europees procesrecht en het verdrag van Amsterdam », in *Van Nederlands naar Europees procesrecht? Liber amicorum P. Meijnecht*, Kluwer, Deventer, 2000, 81 e.s. ainsi que B. HEB, « Aktuelle Perspektiven der europäischen Prozessrechtsangleichung », *J.Z.*, 2001, 573-683.

<sup>2841</sup> Principes 2.2.2.1 et 2.2.2.2., in *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne*, M. STORME et A. HUSS (éds.), Nijhoff, Dordrecht, 1994, 193. Ces principes avaient valeur générale et ne visaient pas seulement à faciliter l'application de la règle de litispendance.

<sup>2842</sup> Principes 2.2.2.1 et 2.2.2.2., in M. STORME et A. HUSS (éds.), *op. cit.*, Nijhoff, Dordrecht, 1994, 193.

<sup>2843</sup> La Cour de Justice a d'ailleurs observé dans l'arrêt *Zelger* que les formalités à accomplir pour saisir une juridiction sont « étroitement liées à l'organisation de la procédure judiciaire dans les différents Etats » (attendu 15).

<sup>2844</sup> La Commission Storme s'est bien gardée de toucher à l'organisation judiciaire. Comme le note M. Kerameus, « the organizational features of the administration of justice depend so heavily on the overall structure of the respective state as to make harmonization extremely difficult, unless one think in terms of global unification of whole legal systems » (K. KERAMEUS, « Political Integration and Procedural Convergence in the European Union », *Am J. Comp. L.*, 1997, (919), 926). M. Storme lui-même notait dans son « Rapport général introductif », (p. 23) que le Groupe de travail n'a pas touché aux règles relatives à l'organisation judiciaire et à la compétence parce que « [c]e sont en effet des domaines qui relèvent par excellence de la souveraineté de l'Etat ». Sur cette question, v. également S. GOLDSTEIN, « On Comparing and Unifying Civil Procedural Systems », in *Process and Substance. Lectures on Comparative Law*, Butterworths Lectures 1994, Butterworths, Londres, 1995, (107 p.), 1-43.

Sur bien des points d'ailleurs, on a pu dire que les propositions du Groupe Storme étaient timides. D'autres diraient réalistes. L'harmonisation proposée ne concerne qu'un nombre limité de sujets. Le projet Storme se garde bien par exemple de toucher au déroulement même du procès. Sur cette limitation de l'ambition v. les commentaires

de la saisine valable universellement, ou même seulement en Europe, est sans doute trop important.<sup>2845</sup> Il faut dès lors se résoudre à une solution d'expédients, qui laisse subsister certaines inégalités.

Si la proposition du Groupe *Storme* avait le mérite de reconnaître le caractère inévitable d'une règle mixte, elle n'entamait cependant pas l'avantage que possède les pays appartenant à la première catégorie, la mise au rôle étant une question d'heures ou tout au plus de jours, alors que la signification peut d'étendre sur plusieurs semaines, voire plusieurs mois. En outre, lorsque les deux tribunaux concernés appartiennent à la seconde catégorie, le problème lancinant de la date de signification restait entier.

**627. Poursuite de l'expérience d'une règle complexe - le Règlement 44/2001 -** La suggestion du groupe *Storme* était loin d'être parfaite. Elle jetait néanmoins les fondements d'une réflexion qui a été poursuivie au sein de l'Union européenne lors de la révision de la Convention de Bruxelles.<sup>2846</sup> L'idée d'une règle complexe s'est facilement imposée. La définition de ses modalités a toutefois nécessité de longues négociations. La solution finalement retenue est non seulement originale ; elle est également source de progrès.

La définition adoptée dans le règlement de Bruxelles (art. 30 du règlement) - qui a également servi de base pour le règlement de Bruxelles II (art. 11 (4) du Règlement)<sup>2847</sup> -

---

de F. K. JUENGER, "Some Comments on European Procedural Harmonization", *Am J. Comp. L.*, 1997, (931), 932-933 (qui semble regretter cette évolution du projet). V. également l'observation de J. NORMAND, dans la préface de l'ouvrage, qui regrette d'avoir "manqué d'audace" (p. xii). Les propositions de la Commission Storme ne se contentent d'ailleurs pas de ne retenir qu'un certain nombre de questions susceptibles d'harmonisation. La flexibilité qui caractérise les règles proposées témoigne aussi de la difficulté de l'ouvrage entrepris. De nombreuses règles laissent une certaine marge de manœuvre aux Etats, que celle-ci soit accompagnée de directives (p. ex. art. 1.1 (« Chaque Etat membre doit prévoir [...] ») ; art. 2.1.1.2 (« Les procédures civiles des Etats membres devront s'orienter vers ... »), ou non (p. ex. art. 1.3 (« Il appartient aux Etats membres de déterminer éventuellement... ») ; art. 2.1.2.4 ; art. 2.1.3.1 ; art. 2.1.3.5. (il appartient à chaque législateur national d'apprécier l'opportunité d'imposer ou de recommander l'élection d'un domicile commun en cas de pluralité de parties) ; art. 3.3 (« Il appartient à chaque Etat membre de fixer le moment de la procédure... » à partir duquel les parties ne peuvent plus modifier leurs prétentions) ; art. 4.1.3 ; art. 4.1.1. (communication des documents n'est exigée que lorsque le droit national l'impose) ; art. 5 ; art. 14.3.1.1. et 14.3.1.2). Au-delà de cette flexibilité ponctuelle c'est le principe même proposé par la Commission d'adopter les règles qu'elle suggère sous forme de directive, qui traduit le souci de ne pas bouleverser les droits nationaux. V. également l'observation de G. ROUHETTE, *l.c.*, *Justias*, 1995, 372 qui note que bien souvent, au lieu d'imposer la solution qui lui paraissait préférable, la Commission « s'est efforcée de trouver les biais techniques permettant d'atteindre un résultat jugé souhaitable, plutôt que de contraindre certains Etats à bouleverser leurs règles de fond ».

<sup>2845</sup> M. Kolber note que lors de la révision des Conventions de Bruxelles et de Lugano, les Etats membres n'ont jamais envisagé de procéder à une harmonisation « der nationalem Vorschriften über die Voraussetzungen der Rechtshängigkeit » : CH. KOHLER, "Die Revision des Brüsseler und des Luganer Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtliche Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen - Generalia und Gerichtsstandsproblematik", in *Revision des EuGVÜ - Neues Schiedsverfahrensrecht*, P. GOTTWALD (éd.), Bielefeld, Gieseck Verlag, 1999, (1), 25.

<sup>2846</sup> On doit se réjouir que les Etats de l'Union n'aient pas donné suite à la suggestion faite par la Commission dans la note dite 'Gradin'. La Commission suggérait dans cette note de cumuler les deux dates de l'enregistrement et de la signification, Proposition d'Acte du Conseil établissant la convention relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution dans les Etats membres de l'Union européenne des décisions en matière civile et commerciale, présentée par la Commission le 22 décembre 1997, *J.O.C.E.*, 1998, C-33/25 : « [...] lorsque la demande a été introduite auprès de ce tribunal et que l'acte introductif d'instance, ou un acte équivalent, a été signifié ou notifié au défendeur [...] ». Ce système laissait persister le doute sur la date de signification. Il a néanmoins reçu l'appui de OTTE, H. PRÜTTING et H. DEDEK, "The GROTIUS Program: Proposals for Amending Article 21 and 22 of the Brussels Convention", *Em. Rev Private L.*, 2000, (257), 276. Le système du cumul des dates de signification et de dépôt auprès du greffe avait également été suggéré à un stade préliminaire lors de négociations de La Haye, v. Doc. De Travail n° 60 du 6 mars 1998, rédigé par le délégation Suisse. Il a toutefois vite été écarté.

<sup>2847</sup> Pour une première application de cette disposition, v. Trib. Maastricht, 11 avril 2002, *N.I.P.R.*, 2002, 187, n° 100.

distingue selon que l'acte introductif d'instance doit être notifié avant d'être déposé auprès de la juridiction. Dans le premier cas, la règle s'attache non pas à la date de la signification mais bien à celle à laquelle l'autorité chargée de la notification ou de la signification a reçu l'acte. L'étape sélectionnée n'est pas, et c'est là un choix délibéré, la dernière et la plus éloignée dans le temps. Il fallait en effet éviter de reporter le moment de la saisine au dernier stade de la signification, ce qui aurait eu pour effet de désavantager les pays dans lequel l'acte doit être signifié avant d'être déposé au greffe.

Le grand avantage de cette règle est de vider de leur objet les discussions sur la date à laquelle a eu lieu la signification, question à laquelle on a vu que même les Etats membres n'avaient pu formuler une réponse uniforme. Cette question n'est plus pertinente pour la détermination du moment de la saisine.<sup>2848</sup> Encore faut-il savoir ce qu'on entend par 'autorité chargée de la notification'.<sup>2849</sup> Lorsque la signification a lieu par le biais des entités mises en place par le Règlement européen, cette expression pourrait aussi bien viser l'autorité ou l'huissier de l'Etat d'origine que l'autorité – huissier ou instance assimilée – de l'Etat requis, chargée de procéder à la transmission effective de l'acte à son destinataire.

**628. Poursuite de l'expérience d'une règle complexe – le Règlement 44/2001 (suite)** - Cette question doit être résolue à partir de l'économie des nouvelles règles européennes en matière de transmission d'actes. Le Règlement européen distingue entre la 'transmission' d'une part et la 'notification' ou 'signification' d'autre part. L'autorité chargée de cette dernière est l'autorité de l'Etat requis. La transmission désigne uniquement la communication d'une autorité à l'autre, c'est-à-dire l'opération *matérielle* qui consiste pour une autorité à envoyer une information à une autre autorité ; la signification vise l'opération *juridique* par laquelle le destinataire est officiellement informé du contenu d'un acte de procédure.<sup>2850</sup> Elle n'intervient qu'à la dernière étape, par la remise de l'acte au destinataire. Cette distinction s'explique parce que le Règlement n'a pas pour objet de substituer des règles européennes aux règles nationales portant sur la signification. Il se contente de faciliter la transmission des informations entre Etats.

Il semble dès lors qu'au fin de l'application du nouvel article 30(2), l'autorité chargée de la signification ne puisse désigner que l'autorité requise dans l'Etat où doit avoir lieu la signification.<sup>2851 2852</sup> Le juge de l'Etat d'origine sera dès lors réputé saisi lorsque l'entité

<sup>2848</sup> Au passage on remarquera qu'est consacré au niveau européen l'idée d'une date 'plurielle' pour la signification, celle-ci pouvant être réputée avoir eu lieu à des moments différents selon le contexte.

<sup>2849</sup> Il faudra également s'interroger sur la question de savoir quelle date retenir lorsque plusieurs modes de signification ont été utilisés, une pratique courante qui vise à multiplier les chances d'obtenir au plus vite une signification régulière – v. P. YERNAUX, « Le moment de la signification et le cumul des modes de signification - Utilisation de plusieurs modes de signification », in *Les Conventions de Bruxelles et de La Haye en matière civile et commerciale*, Bruges, La Charte, (25), 26. Le Règlement européen ne fera sans doute pas immédiatement disparaître cette pratique, la transmission 'direct' qu'il prévoit entre autorités décentralisées devant encore faire ses preuves.

<sup>2850</sup> Pour plus de détails, v. G. DE LEVAL et M. LEBOS, *l.c.*, in *Het nieuwe Europees ipr...*, 179-184.

<sup>2851</sup> On est donc loin de la saisine 'définitive' au sens où l'entendait la Cour de Justice dans l'arrêt Zelger, *supra*, n° 616.

<sup>2852</sup> Il en ira toutefois autrement lorsqu'un acte introductif d'instance est transmis non pas par le système des entités mis en place par le Règlement, mais par un des modes subsidiaires que celui-ci tolère, sans en organiser les modalités. Parmi ces modes, la transmission par voie postale continuera sans doute à recueillir les suffrages des praticiens, qui ont l'expérience de sa fiabilité et de sa rapidité. Or, quand une citation est signifiée par voie postale, l'autorité « chargée de la signification » au sens de l'article 30(1) ne peut être que l'huissier de justice de l'Etat d'origine, qui remettra l'acte aux services postaux de sa juridiction. On peut en effet difficilement considérer que l'employé des postes qui se charge de la transmission effective de l'acte dans l'Etat de destination, procède à une signification. Partant, la date à retenir pour l'article 30 se situera en amont, à un stade fort

requis, par exemple un huissier, reçoit la demande de signification qui lui est adressée par l'entité d'origine.<sup>2853 2854</sup> Le législateur européen aurait pu retenir une étape antérieure et réputer la saisine acquise dès le moment où l'entité d'origine reçoit la demande de transmission. Cette solution, qui ne peut être retenue si l'on s'en tient au système mis en place par le Règlement sur la signification, aurait eu l'avantage de ne pas priver le demandeur du contrôle sur le moment où s'effectue la saisine, puisque c'est par ses soins que la demande de transmission est remise à l'entité d'origine. De plus on aurait ainsi garanti une plus grande égalité entre les Etats membres, puisque dans les Etats où le dépôt au greffe précède la signification, il suffit en effet au demandeur d'effectuer cette première démarche, sans qu'il soit nécessaire d'attendre une quelconque transmission.

Le demandeur qui saisit les tribunaux d'un tel Etat conserve dès lors entière maîtrise sur le moment de la saisine, au contraire du justiciable qui doit d'abord faire signifier sa requête. De plus, l'on conviendra que les deux démarches ne mettent pas les parties sur un strict pied d'égalité, la remise au greffe pouvant en règle générale être plus facilement acquise que la réception par l'entité requise de la demande de signification. Si cette option n'a toutefois pas été retenue, c'est sans doute en raison du caractère doublement précaire de la date de réception de la demande de signification par l'entité d'origine. Cette date est tout d'abord précaire parce qu'aucun texte n'impose à cette entité de la constater officiellement, ce qui ouvre la porte à toutes les dérives. Elle est également précaire parce que le demandeur peut à ce stade encore renoncer à la transmission ; il lui suffira pour cela de révoquer le mandat confié à cette fin à l'entité d'origine. On comprend dès lors pourquoi le législateur européen ne s'est pas engagé dans cette voie.

**629. Poursuite de l'expérience d'une règle complexe - le Règlement 44/2001 (suite)** - L'article 30 prévoit une autre alternative qui vise la situation dans laquelle la remise au greffe précède la signification. On a déjà expliqué que dans ce cas, le simple dépôt au greffe suffit pour saisir le tribunal aux fins de la litispendance européenne. La double règle prévue par cette disposition permet de tenir compte de la diversité des situations au sein d'un même ordre juridique. Ainsi en droit belge, lorsqu'une demande est introduite par voie de requête, celle-ci est d'abord déposée au greffe avant que le défendeur ne soit averti. Inversement une demande introduite par citation devra d'abord faire l'objet d'une signification, ou à tout le moins d'une demande à cet effet, pour pouvoir être considérée comme introduite. Les deux alternatives pourront donc être invoquées, selon le mode d'introduction retenu.

Ces deux alternatives font enfin l'objet d'une condition (résolutoire)<sup>2855</sup> commune qui vise à garantir que le demandeur ne mettra pas prématurément fin à la procédure qu'il a

---

comparable à celui retenu lorsque la signification fait suite au dépôt de la citation au greffe. Cette interprétation soulève toutefois une question, qui est celle de savoir comment sera rapportée la preuve de la date de réception du projet de citation par l'huissier. Celui-ci n'est en effet pas dans l'obligation de constater celle-ci. On retiendra dès lors plutôt la date à laquelle l'huissier remet la citation à l'administration postale, qui a l'avantage de la certitude.

<sup>2853</sup> Les commentateurs qui se sont penché sur la question sont partagé. M. *Vlas* (P. VLAS, "Herziening EEX : van verdrag naar verordening", *W.P.N.R.*, 2000, n° 6421, (745), 752) souscrit à l'analyse proposée ici. M. *Schmidt* par contre penche plutôt pour la date à laquelle l'entité d'origine reçoit la demande de signification (G. E. SCHMIDT, "De EEX-Verordening: de volgende stap in het Europese procesrecht", *N.I.P.R.* 2001, (150), 156).

<sup>2854</sup> La date de réception de la demande pourra facilement être établie. L'article 6(1) du Règlement 1348/2000 impose en effet à l'entité requise d'adresser à l'entité d'origine un accusé de réception, dont le modèle figure en annexe au Règlement. La date de réception de la demande figure en bonne place parmi les mentions obligatoires que doit compter l'accusé.

<sup>2855</sup> Il s'agit bel et bien d'une condition résolutoire. On pourrait toutefois écrire, comme le fait Ch. *Kohler*, que l'existence de cette condition conduit à faire dépendre le moment de la saisine du cumul des dates de la

initée. Il fallait éviter qu'un demandeur se contente de mettre en branle la mécanique de saisine sans la mener à son terme, tout en invoquant les démarches déjà accomplies pour revendiquer le bénéfice de la première saisine. C'est pourquoi la saisine n'est réputée décisive pour l'exception de litispendance, qu'à la condition que le demandeur « n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre » pour que l'acte soit notifié au demandeur ou déposé auprès de la juridiction.<sup>2856</sup> Cette condition résolutoire n'est pas affectée d'un délai précis.<sup>2857</sup> Le manque de diligence du défendeur rendra la saisine du juge caduque – du moins pour la règle de litispendance.

Le nouveau texte ne se prononce pas sur la *sanction* du manque de diligence du demandeur. Qu'arrivera-t-il si celui-ci, après avoir déposé l'acte introductif d'instance auprès de la juridiction, néglige de « prendre les mesures nécessaires » pour que cet acte soit notifié ? Dans une version antérieure, le texte indiquait qu'il fallait alors reporter le moment de la saisine au jour où le demandeur avait effectivement accompli ce que l'on attendait de lui.<sup>2858</sup> Lorsque la signification précède l'enregistrement, il s'en serait suivi que la saisine aurait été réputée acquise non pas au moment de la transmission de l'acte à l'autorité chargée de la signification, mais bien au moment où le demandeur s'est finalement résolu à prendre les mesures nécessaires pour que l'acte soit déposé auprès de la juridiction. Cette précision a disparu du texte définitif de l'article 30, ce qui laisse peser un doute sur la sanction éventuelle du demandeur négligent. Tout au plus peut-on déduire de l'article 30 que lorsque le demandeur néglige d'entreprendre les démarches nécessaires, il ne pourra revendiquer le bénéfice de la première étape aux fins de la litispendance européenne. Le reste est du ressort du droit national. On le voit, l'absence de sanction européenne risque de compliquer l'application de cette disposition.<sup>2859</sup>

**630. Définition autonome de la saisine en dehors du cadre européen – l'article 21(5) du projet de Convention de La Haye** - Le projet de Convention de La Haye suit largement la même voie - sans qu'il soit possible de dire exactement quel texte a inspiré l'autre <sup>2860</sup> - tout en préférant une formule plus simple. Comme pour la litispendance européenne, l'article 21 (5) du projet opère pour la règle de litispendance 'mondiale' une

---

signification et de la mise au rôle en faisant rétroagir la date de la saisine au moment de la première de ces deux étapes (*l.c.*, in *Revisión des EuGVU...*, P. GOTTWALD (éd.), (1), 25).

<sup>2856</sup> On se demandera quelles mesures le demandeur peut être tenu de prendre après qu'il ait déposé l'acte auprès du tribunal lorsque le dépôt au greffe suffit pour la saisine. Le processus de notification échappe alors à sa responsabilité, la condition ne sera dès lors pas souvent appelée à jouer – sauf à penser que le demandeur 'oublie' de communiquer les coordonnées du défendeur.

<sup>2857</sup> Dans une version antérieure citée par M. KOHLER, *l.c.*, *Revisión des EuGVU...*, P. GOTTWALD (ed.), (1), 25-26, les Etats membres avaient prévu un délai maximum de 6 ou 7 mois. La disposition envisagée précisait que "[...] à la condition que la signification au défendeur soit réalisée *dans les 6 mois qui suivent*" (nous soulignons) pour le premier cas, et pour le second cas que "l'acte d'assignation soit remis au tribunal *dans les 6 mois*" (nous soulignons). Comme le fait remarquer M. Kohler, le délai de 6 mois semble bien court puisqu'en cas de défaut du demandeur, la Convention de La Haye de 1965 ainsi que le Règlement européen sur la signification prévoient que les Etats membres peuvent autoriser leurs juridictions à statuer nonobstant le défaut du défendeur si au moins 6 mois se sont écoulés depuis la date de l'envoi de l'acte (art. 19(2)(b) du Règlement 44/2001) (*l.c.*, *Revisión des EuGVU...*, P. GOTTWALD (éd.), (1), 25, note 102).

<sup>2858</sup> Texte cité par CH. KOHLER, *l.c.*, *Revisión des EuGVU...*, P. GOTTWALD (ed.), (1), 25, note 102. Le texte précisait que "Si la signification n'est pas réalisée dans les 6 mois, le tribunal est réputé saisi lorsque la signification a lieu" et pour la seconde hypothèse, que "Si l'assignation n'est pas remise au tribunal dans les 6 mois, le tribunal est réputé saisi lorsque l'assignation est remise au tribunal".

<sup>2859</sup> Des difficultés pourraient ainsi surgir en cas de nullité de la citation signifiée, par exemple pour défaut de traduction. Sur cette hypothèse, v. Trib. Maastricht, 11 avril 2002, *N.I.P.R.*, 2002, n° 100.

<sup>2860</sup> On notera que le texte de l'article 21(5) remonte à une proposition de la délégation française (Doc. de travail n° 141 du 19 novembre 1998). Cette proposition figurait dans le projet rendu public en novembre 1998 (art. 23 du Doc. de travail n° 144).

distinction entre deux situations, selon que l'acte introductif d'instance doit être notifié ou non avant d'être déposé au tribunal.<sup>2861</sup> Les négociateurs de La Haye ont eu aussi pris soin d'isoler pour chaque alternative un moment défini de façon précise, et qui se situe à un stade préliminaire de l'engagement de la procédure. Les termes utilisés sont quasi-identiques à ceux de l'article 30 du Règlement européen, puisqu'est retenu dans un cas le dépôt de l'acte introductif d'instance au tribunal et dans l'autre la transmission de l'acte à l'autorité chargée de la signification.<sup>2862</sup> A la différence du texte européen, l'article 21(5) ne fait pas de la diligence du demandeur dans la poursuite de la saisine une condition de celle-ci. Il se peut dès lors qu'une partie entame la procédure visant à obtenir la saisine afin de garantir la priorité du for qui a sa préférence, sans avoir l'intention de poursuivre la procédure au fond. On pense par exemple au droit anglais, qui laisse entière liberté au demandeur, une fois le 'writ' enregistré, de (faire) procéder à la signification. Qu'il tarde à ordonner la signification n'empêchera pas le juge anglais d'être le premier saisi. Il aurait été à notre sens préférable de prévoir une obligation pour les demandeurs de mener à leur terme les démarches qui concrétisent la saisine.<sup>2863</sup>

L'article 21 se distingue également de la formule européenne parce qu'il laisse le choix, lorsque la signification précède l'enregistrement, entre la date de remise de l'acte à l'autorité chargée de la signification et la date de signification. Il est difficile d'apercevoir dans quelles circonstances cette dernière formalité précédera la remise à l'autorité. Enfin, l'article 21(5) impose de tenir compte, le cas échéant, du temps universel.

**631. Conclusion sur le moment de la saisine** – Des premières expériences – difficiles – avec l'application bilatérale des lois nationales des fors concurrents à l'introduction de règles matérielles autonomes garantissant l'égalité entre parties tout en respectant la diversité des procédures nationales, les progrès sont considérables. L'existence de standards uniformes ne facilite pas seulement l'application pratique de la règle de litispendance – en évitant au juge la difficile recherche du droit étranger de la procédure. Elle devrait rendre la course au for au sein de l'espace judiciaire européen et celui mis en place par la future Convention de La Haye moins inégale.<sup>2864</sup>

<sup>2861</sup> Une proposition déposée par la Suisse avait la même portée, mais traduisait l'idée de façon plus synthétique. Elle disposait que « le moment déterminant la saisie est le moment auquel l'acte introductif d'instance [...] est déposé auprès du tribunal ou, s'il est antérieur, le moment auquel un tel acte est reçu par l'autorité chargée de la notification ou de la signification » (Doc. Trav. N° 192, du 10 juin 1999).

<sup>2862</sup> La question se pose dès lors de savoir ce qu'il faut entendre par autorité chargée de la signification. Sous l'empire de la Convention de La Haye de 1965, ce serait paradoxalement l'Etat d'origine, puisque la transmission entre autorités centrales vaut dans le système de La Haye déjà signification de l'acte, du moins aux yeux de cet Etat (*supra*, sur la détermination du moment de la signification). La transmission par les autorités de l'Etat requis au destinataire n'est alors qu'une nouvelle signification. On voit que dans ce cas de figure, l'égalité entre les deux alternatives est mieux garantie puisque le moment retenu lorsque la signification précède l'enrôlement se situe moins en aval du processus d'engagement de la saisine que sous l'empire du Règlement européen.

<sup>2863</sup> Dans une rédaction antérieure, l'article 21(5) prévoyait une condition résolutoire visant à garantir que le demandeur poursuive la mise en branle de la machine judiciaire. Le Rapport de MM. *Pocar* et *Nygh* n'explique pas pourquoi cette formule a été abandonnée. Le texte proposé exigeait même que les démarches ultérieures aient lieu dans les 15 jours qui suivent le dépôt ou la remise à l'autorité chargée de la signification. La même proposition prévoyait une sanction en cas de négligence du demandeur. A défaut de poursuivre les démarches nécessaires, la saisine du tribunal était reportée à la date de la démarche non-entreprises (Doc. Travail n° 141 du 19 novembre 1998).

<sup>2864</sup> Même s'il faut avouer que le nouvel article 30 du Règlement 44/2001 peut dérouter par son apparente complexité. V. en ce sens G. A. L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 2 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *R.C.D.I.P.*, 2001, (601), 643, qui expliquent que la règle « reste finalement trop compliquée ».

Il faut se réjouir que les débats aient permis d'imposer une solution plurielle, respectueuse de la diversité des modes d'introduction des procédures. Toute autre solution méconnaîtrait la réalité de l'enracinement profond des modes d'introduction de l'instance dans le patrimoine procédural national. Certes les solutions complexes retenues ne parviendront pas à garantir l'égalité absolue entre parties. Les étapes du processus d'introduction de l'instance désignées comme étant décisives se situent toutes au début du processus qui mène à la saisine, sans toutefois nécessairement coïncider.<sup>2865</sup> En outre les règles retenues peuvent avoir comme effet qu'un tribunal soit réputé saisi avant que le défendeur ne soit informé de la mise en route de la procédure. Enfin, ni les règles européennes, ni le projet de La Haye ne mettent fin aux difficultés découlant de l'existence d'une pluralité de défendeurs,<sup>2866</sup> ni ne permettent d'ailleurs de trouver une solution à l'épineux problème que soulève l'instance en conciliation. Lorsque la procédure au fond est précédée d'une tentative de conciliation, que celle-ci soit facultative ou obligatoire, faut-il assimiler le recours à la conciliation à l'introduction d'une procédure au fond ?<sup>2867</sup>

Il reste que ces difficultés ne doivent pas faire oublier qu'il est préférable de disposer d'une règle commune liant les Etats soumis à la même exception de litispendance, même si elle est à certains égards insatisfaisante, plutôt que de devoir recourir à l'application distributive des lois nationales. La recherche d'une solution idéale ne devrait pas empêcher les Etats parties à une convention d'atteindre ce qui doit être leur objectif premier, à savoir s'accorder sur une solution uniforme, même si elle est imparfaite.

**632. Conclusion sur le moment de la saisine (suite)** - Lorsque l'exception de déférence est le résultat de l'effort unilatéral d'un Etat, il est plus difficile d'envisager une règle matérielle qui assure l'égalité. Le souci de maintenir l'égalité n'est toutefois plus dans cette hypothèse primordial. La préoccupation première dans ce cas doit être de faciliter la tâche du juge de l'exception. Pour ce faire, les législateurs suisse et italien ont judicieusement prévu une règle permettant de déterminer sans difficulté le moment de la saisine du juge local. Cette approche est préférable aux aménagements proposés par la doctrine allemande. Le législateur peut en effet couper court à toute tentative de manœuvre des parties en réputant les tribunaux locaux saisis dès l'accomplissement de la première démarche utile pour ce faire (*supra*). Ce faisant, il ne faudrait plus craindre qu'une procédure locale se fasse 'dépasser' en cours de route par une instance étrangère pour la saisine de laquelle seule une simple formalité suffit.

Au vrai, les difficultés proviennent en grande partie d'une *méprise* qui a vu les tribunaux, en particulier les tribunaux allemands, s'inspirer, pour la définition du moment de la saisine, des conceptions qui ont cours dans la procédure interne. Or quand il s'agit de

<sup>2865</sup> On ne peut exclure qu'une partie, lorsqu'elle a le choix, opte pour l'introduction d'une demande par requête et non par citation.

<sup>2866</sup> Une version antérieure de l'article 30 du Règlement de Bruxelles, prévoyait un troisième alinéa visant spécifiquement le problème des défendeurs multiples. Ce texte prévoyait que « Im Falle mehrerer Beklagten gilt das Gericht im Hinblick auf alle Beklagten als angerufen, wenn die vorgenannten Bedingungen in bezug auf einen der Beklagten erfüllt worden sind ». Le texte prévoyait qu'un tribunal est réputé saisi à l'égard de tous les défendeurs lorsqu'il est saisi à l'égard de l'un d'entre eux, texte cité par Ch. KOHLER, *l.c.*, in *Revision des EUGVÜ...*, P. GOTTWALD (éd.), (1), 25, note 102.

<sup>2867</sup> Une version antérieure de l'article 30 du Règlement prévoyait des règles particulières pour la conciliation préalable. Le texte ne visait que « der obligatorischen Sühneverfahren », qui était assimilé à une procédure ordinaire, V. le texte cité par Ch. KOHLER, *l.c.*, in *Revision des EUGVÜ...*, P. GOTTWALD (éd.), (1), 25, note 102. M. *Markus* précise que la disparition de la référence expresse à la tentative de conciliation ne signifie pas qu'on ne doit pas tenir compte de cette procédure qui doit être assimilée à une procédure au fond (*l.c.*, R.S.D.A., 1999, 216).

litispendance internationale, les intérêts en jeu sont spécifiques. En particulier, on ne voit pas pourquoi il serait nécessaire d'insister sur une litispendance 'définitive'. Au contraire, rien n'empêche un Etat de réputer ses tribunaux saisis à un stade antérieur – au besoin en obligeant le plaideur à faire diligence pour accomplir les démarches ultérieures sous peine de perdre le bénéfice de la saisine. Il faut en conclusion regretter que le législateur belge n'ait pas jugé utile de s'inspirer de l'expérience suisse. A défaut de définition particulière dans le cadre de la nouvelle exception de litispendance, la tentation sera grande d'avoir recours aux conceptions du droit interne. Or celles-ci sont particulièrement inadaptées pour le contentieux international, puisqu'elles font dépendre la saisine de la signification de la citation. La jurisprudence belge, si elle ne veut pas être confrontée aux mêmes difficultés que la jurisprudence allemande, aura à l'avenir fort à faire pour rétablir l'équilibre entre parties que ne manquera pas de rompre une confiance trop grande dans les conceptions internes.

\* \*  
\*



## B. La chronologie procédurale : Questions de principes

**633. Deux objections de principe** – La difficile détermination du juge premier saisi, et surtout les conséquences de cette détermination sur l'égalité entre parties, hypothèquent déjà lourdement la validité de la règle de la priorité temporelle. Ce n'est pas la seule critique que l'on peut faire à la règle de primauté de la première saisine. Dans son cours sur le principe de proximité, M. Lagarde fustigeait déjà la « détermination quasi-mécanique de la priorité de saisine », dont il expliquait qu'elle pouvait aboutir à désigner une des deux instances « sans rapport véritable avec l'intérêt bien compris des parties ».<sup>2868</sup>

**634. La litispendance européenne comme vecteur de toutes les critiques** – Il n'est pas toujours facile de distinguer les critiques portant sur le mécanisme même de la priorité temporelle – critiques qui peuvent se faire virulentes<sup>2869</sup> – des analyses dénonçant les conséquences néfastes de cette règle du fait de l'ampleur qui lui est donnée. La confusion est la plus nette dans les nombreuses études qui dénoncent les effets pervers de la litispendance européenne.<sup>2870</sup>

On a déjà évoqué le caractère simpliste de la litispendance européenne : celle-ci ne fait confiance qu'à la seule priorité temporelle pour départager les fors concurrents, sans se soucier de la reconnaissance éventuelle de la décision du for premier saisi ou accorder un quelconque pouvoir d'appréciation au juge second saisi. Cette simplicité n'est pas sans exacerber les inconvénients de la priorité temporelle. Le juge second saisi n'aura en effet aucun recours pour échapper à l'obligation qui lui est faite de se dessaisir.

L'automatisme de l'obligation pesant sur le juge second saisi s'est vu considérablement amplifié par la jurisprudence pour le moins extensive de la Cour de Justice. La Cour n'a jamais caché son intention de faire de la litispendance européenne un véritable barrage aux procédures concurrentes (*supra*, n° 9). Pour ce faire, elle a développé une interprétation extrêmement large de cet instrument. Ceci est déjà apparu lorsque l'on a évoqué la conception européenne de l'*identité objective* des litiges, qui ne s'est jamais embarrassée de l'appréciation formelle caractérisant certaines jurisprudences nationales. La volonté d'étendre l'effet utile de la litispendance a également été confirmée dans l'arrêt *Owseas*, qui a vu la Cour obliger les tribunaux nationaux à donner effet à l'exception de litispendance même lorsque le défendeur est domicilié en dehors de l'Union – critère qui est pourtant généralement retenu pour déterminer le champ d'application des règles européennes de compétence. Partant, la litispendance trouvait un nouveau domaine d'application dans les procédures mues sur base des règles nationales de compétence.

<sup>2868</sup> P. LAGARDE, *oc.*, *Recueil des cours*, 1986, t. 196, 155, n° 157. *Infra*, n° 650 sur le tempérament qu'il suggérait d'apporter à l'exception de litispendance.

<sup>2869</sup> Examinant le projet de convention qui a depuis lors été remplacé par le Règlement dit de Bruxelles II, des experts entendus par la Chambre des Lords firent observer que la règle de litispendance prévue par le projet se caractérisait par une "rigidité", certaine qui la rendait rien moins que "rétrograde" : *Fifth Report of the House of Lords Select Committee on the European Communities*, 22 juillet 1997, n° 21 à 27.

<sup>2870</sup> On ne compte plus les travaux consacrés à l'article 21 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Parmi les études les plus importantes, on consultera, outre l'étude de W. J. HAU déjà fréquemment citée, les travaux de A. DI BLASE, *Commissione e litispendenze nella Convenzione di Bruxelles*, Studi e pubblicazioni della rivista di diritto internazionale privato e procesuale vol. 39, Padova, Cedam, 1993, 249 p.; C. DOHM, *Die Einrede ausländischer Rechtshängigkeit in deutschen internationalen Zivilprozessrecht*, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft vol. 98, Berlin, Ducker & Humblot, 1996, 328 p.; S. ISENBURG-EPPLE, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen vom 27.9.1968*, Frankfurt a.M., 1992, 284 p.; E.C. BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, Colección Estudios Internacionales XXIII, Madrid, Eurolex, 1996, 288 p.

635. La litispendance européenne comme vecteur de toutes les critiques (suite) – S'ils dénoncent le plus souvent le caractère arbitraire de la règle ou encore les difficultés liées à la détermination du juge premier saisi, la plupart des commentateurs réservent leurs critiques les plus sévères pour l'interprétation extensive de la Cour. La récente critique de Mlle. Chalas est parfaitement représentative de cette approche. L'auteur a entrepris de passer en revue les reproches formulés à l'encontre de la règle de litispendance, pour suggérer divers aménagements possibles.<sup>2871</sup> Mlle. Chalas constate tout d'abord que la détermination de la juridiction première saisie constitue le critère unique du règlement de l'exception de litispendance européenne.<sup>2872</sup> Elle souligne fort justement que cette règle récompense le plaideur qui agit le plus rapidement.

Si cette règle mérite selon elle d'être reconsidérée, c'est parce qu'elle est susceptible d'être détournée par les plaideurs, qui mettent à profit l'interprétation extensive des conditions d'existence et du domaine d'application de la litispendance européenne. Mlle. Chalas évoque bien évidemment le cas des actions dénégatoires (*supra*, n° 478, ainsi que l'extension de la litispendance aux procédures engagées dans un for exorbitant. En définitive, la difficulté résulte selon elle de « la somme des interprétations que la Cour de Justice a consacré à cette disposition ».<sup>2873</sup> La priorité du juge premier saisi n'est pas l'objet premier de ses critiques – elle explique d'ailleurs que l'on « ne saurait [...] reprocher au plaideur auquel il est offert plusieurs fors compétents de garantir son intérêt en opérant un choix 'intelligent' du tribunal devant lequel porter son litige ».<sup>2874</sup>

Cet exemple montre qu'il est difficile de faire la part entre les critiques adressées au mécanisme de la priorité de saisine et celles qui visent les conditions et, plus encore, la portée accordée à la règle. Pour la clarté de l'exposé, il nous semble plus judicieux d'aborder dans un premier temps la seule priorité de saisine. S'appuyant sur l'expérience acquise avec la version européenne de l'exception de litispendance, on peut distinguer deux grandes objections de principe à l'utilisation de la chronologie de procédure comme moteur de la règle de déférence. Nous examinerons successivement ces deux objections, en nous attachant à les nuancer.

## 1. UNE RÈGLE QUI ENCOURAGE LA COURSE AU FOR

636. Un « avantage indu »<sup>2875</sup> au plaideur diligent ? – La règle de litispendance internationale accorde un avantage certain au plaideur qui a pris l'initiative le plus rapidement. Il se voit récompensé par l'exclusion de toute autre procédure ; son adversaire sera contraint de se défendre devant le for qu'il a lui-même sélectionné. On a vu que la dimension internationale des litiges exacerbe encore cet avantage, le for exerçant une certaine influence sur la résolution du litige. Faut-il pour autant parler d'avantage « indu » ? Il nous semble que c'est porter le débat sur le plan de la morale, dont on sait qu'elle ne fait pas toujours bon ménage avec le droit.

<sup>2871</sup> CH. CHALAS, 480-509.

<sup>2872</sup> 481, n° 538.

<sup>2873</sup> 481, n° 538. Et l'auteur d'expliquer également que ce qui choque ce sont les « conditions dans lesquelles l'exception de litispendance peut être soulevée dans le système conventionnel [qui] permettent d'y recourir de façon abusive » (491, n° 549).

<sup>2874</sup> 481, n° 538. L'auteur consacre toutefois quelques développements au caractère quasi-mécanique de la priorité de saisine. Elle dénonce ainsi « le carcan très rigide qu'impose le principe de la primauté de saisine », qui manque parfois de justifications (491, n° 549).

<sup>2875</sup> Selon l'expression de CH. CHALAS, 480, n° 536.

Plutôt que de raisonner sur base de l'avantage conféré à l'une ou l'autre partie, on peut constater plus simplement que la priorité de saisine incite les plaideurs à ne pas retarder inutilement l'introduction d'une procédure. En d'autres termes, la règle encourage une *course au for*. C'est d'ailleurs le reproche le plus fréquemment formulé à l'encontre de la priorité de saisine. Commentant la règle de litispendance européenne, on a ainsi pu écrire qu'elle "accorde une prime automatique et sans réserve à la partie qui agit le plus vite et s'assure en premier de la compétence du juge".<sup>2876</sup> En élevant la date de saisine au rang de fondement de la déférence, on encourage les parties à saisir le plus rapidement possible le for qu'elles jugent le plus avantageux.<sup>2877</sup>

**637. Les inconvénients de la course au for** - Une telle précipitation n'est certainement pas compatible avec l'idéal de sérénité qui doit caractériser l'administration de la justice. On peut également craindre qu'incitées à se transporter le plus vite dans les prétoires, les parties ne délaissent d'éventuelles tentatives de conciliation. La règle de la priorité temporelle n'empêche certes pas les parties de tenter de résoudre le litige à l'amiable ; en les incitant cependant à saisir au plus vite un juge, elle ne contribue pas à créer un climat propice à la négociation et à l'apaisement. L'encouragement à la course au for est d'autant plus regrettable dans le contentieux familial où les législateurs nationaux tentent depuis quelques années de privilégier le recours à la conciliation et à la médiation.<sup>2878</sup>

La course au for est d'autant plus malsaine lorsque son déroulement porte atteinte à l'égalité entre parties. On a vu qu'au sein de l'espace judiciaire européen, il en a longtemps été ainsi faute de définition autonome du moment de la saisine (*supra*, n° 606). A l'absence d'égalité entre justiciables s'ajoutait le danger de manipulation par les parties, qui pouvaient profiter de la définition plus souple du moment de la saisine retenue dans certains pays pour 'dépasser' une procédure en cours d'introduction dans un autre. Bien que des progrès considérables aient été récemment accomplis dans la conception d'une définition autonome du moment de la saisine (*supra*, n° 625), il est illusoire de prétendre garantir une

<sup>2876</sup> C. KESSEDIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 7, 7. Dans la préface de l'étude que M. Droz a consacré à la Convention de Bruxelles, M. Batiffol observait que « la compétence du juge saisi le premier, alors qu'un autre était également compétent, et la reconnaissance quasi-obligatoire dans toute la Communauté de la décision qu'il rendra sont des facteurs de nature à encourager la partie la plus 'diligente' à prendre l'initiative du contentieux, et ce d'autant plus [...] que le choix du juge, en dehors des commodités et des facilités ordinaires, emporte celui du système de conflit de lois [...] » (préface, p. xi in G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun...*, Paris, Dalloz, 1972). V. aussi M.-L. NIBOYET-HOEGY, *l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-96, 79 (« En privilégiant la procédure initiée la première, on donne en effet une prime à la partie la plus diligente, on encourage donc la saisine la plus rapide du for susceptible de prononcer le jugement le plus favorable, notamment en raison des règles de fond qu'il appliquera au litige ») ; W. HAU, 229 (« Wettlauf um die frühere Klageerhebung ») et G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, (589), 610-611 ("[...] the criticism most often leveled at the prior filing rule - that it encourages the proverbial race to the courthouse - seems decidedly more troubling when the race is run across international jurisdictional lines"). V. déjà les réflexions de M. Vincent lors de la discussion du projet de réforme du Code civil français. Commentant la règle de litispendance, M. Vincent déclarait que « Des deux plaideurs, c'est celui qui saisit le plus vite un tribunal qui impose à l'autre la compétence des tribunaux d'un pays » (*Travaux comité français D.I.P.*, 1956, 253).

<sup>2877</sup> Comme on l'a fait remarquer, l'importance accordée au sein de l'espace judiciaire européen à la priorité de saisine imposera aux conseils de renoncer à la fameuse 'warning letter', qui prévient l'adversaire de l'imminence d'une action judiciaire, dans l'espoir de le ramener à de meilleurs sentiments. Celui-ci ne sera en effet que trop heureux de couper l'herbe sous le pied de son prévenant contradictoire, en s'empressant de saisir le juge de son choix. V. pour l'Angleterre, A. BRIGGS et P. REES, 1997, 20 : "It may be especially unwise to send the usual letter before action, for to do so may give the game away".

<sup>2878</sup> Observation faite lors de l'examen de la Convention de Bruxelles II par la Chambre des Lords, *Fifth Report of the House of Lords Select Committee on the European Communities* du 22 juillet 1997, intitulé « Brussels II : The Draft Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters », n° 23.

égalité absolue entre parties. La course au for ne se fera que rarement sur des distances égales. Au mieux pourra-t-on éliminer les abus les plus manifestes, sans pouvoir exclure toutes les manoeuvres entre parties et autres calculs qui sont bien loin de l'idéal d'une justice neutre.

**638. La course au for, un mal à nuancer** - Il ne faut toutefois pas exagérer les inconvénients de la course au for. Comme on l'a souligné, la course au for n'est pas nécessairement synonyme de fraude au jugement : si la règle de priorité encourage les parties à se précipiter vers les tribunaux, il n'en reste pas moins que les règles normales de compétence trouveront application. Les parties devront donc convaincre le juge d'accepter de se saisir de la cause, et démontrer que les conditions de recevabilité de la demande sont bien remplies.<sup>2879</sup> La suspicion qui pèse sur la règle de priorité temporelle ne doit pas conduire à présumer une tentative de fraude à chaque fois qu'une partie s'empresse de saisir un juge.

De plus, la précipitation peut se retourner contre le plaideur, lorsque le tribunal estime que sa saisine trahit une manœuvre purement tactique. Encore faut-il pour cela que la règle d'abstention confère au juge second saisi un pouvoir d'appréciation. On observe sur cette question une nette division entre les juridictions. Dans un premier camp, les juges français, québécois, néerlandais et bientôt belges ne sont pas liés par une règle strictement impérative. Au contraire, les droits allemand, suisse et italien font de l'exception de dessaisissement une véritable obligation.<sup>2880</sup> Il n'est pas toujours facile de distinguer les raisons qui justifient l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.<sup>2881</sup> On peut toutefois penser que les tribunaux ne seront pas insensibles à la manière dont les procédures concurrentes ont été engagées, et en particulier à l'empressement avec lequel un plaideur a soumis sa requête à la justice.

Suffirait-il pour autant de dénier à la litispendance tout caractère impératif pour pallier les inconvénients de la priorité temporelle ? Ce serait aller un peu vite en besogne. Dans certains contextes, l'impérativité du dessaisissement se justifie en effet pleinement. Il en est ainsi au sein de l'espace judiciaire européen, particulièrement au regard de l'objectif de libre circulation des décisions. On a déjà constaté que la déférence ne venait pas naturellement aux tribunaux (*supra*, n° 434). Leur concéder un pouvoir d'appréciation risque dès lors de conduire à la poursuite de procédures concurrentes. Or celles-ci contredisent manifestement l'objectif assigné aux règles européennes, qui ne sauraient s'accommoder d'un conflit de décisions. La nécessité d'éviter à tout prix la naissance de décisions

<sup>2879</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, *l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-96, 80.

<sup>2880</sup> L'obligation pour le juge de donner suite à l'exception de litispendance se déduit des termes utilisés par les législateurs suisse et italien. Selon l'article 7 de la loi italienne, le juge "suspendo" la cause; l'article 9 LFDIP indique que le tribunal "suspend" la cause. On a pu expliquer que l'article 7 de la loi italienne s'inspirait de la théorie du *forum non conveniens*, mais ceci ne transparait pas des termes utilisés (P. PICONE, "La riforma italiana del diritto internazionale privato", *Revista Española de Derecho Internacional*, 15 (qui évoque une règle "largamento discrezionali") et C. CONSOLO, "Profili della litispendenza internazionale", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1997, (5), 42-43).

<sup>2881</sup> Un des facteurs qui semble influencer les tribunaux français est la nationalité des parties : un tribunal se dessaisira d'autant plus facilement que le litige concerne deux ressortissants étrangers, possédant la nationalité du tribunal concurrent (v. p. ex. Paris, 24 mai 1983, *J.D.I.*, 1983, 827, note A. HUET (litige entre deux algériens); TGI Paris, 12 février 1980, *J.D.I.*, 1980, 653, note A. HUET (litige entre deux portugais); TGI Paris, 23 nov. 1983, *R.C.D.I.P.*, 1983, 510, note H. GAUDEMET-TALLON (litige entre deux américains). Sur cet aspect, v. E. PATAUT, *ac.*, Paris, LGDJ, 1999, 121-122. Ce critère n'est toutefois pas à lui seul déterminant. On connaît en effet des affaires entre ressortissants français dans lesquelles le tribunal français a accueilli l'exception de litispendance. Par ex. : Paris, 16 nov. 1989, *J.D.I.*, 1990, 127, note A. HUET (litige entre un français et une japonaise). Au Québec, les tribunaux ont importé dans l'appréciation de l'exception de litispendance l'idée du *forum non conveniens* telle qu'on la retrouve dans le Code civil.

contradictoires explique que les Etats membres se sont montrés prêts à accepter une règle impérative, avec l'écueil de la course au for à laquelle elle invite, un prix qui semblait raisonnable au regard de la garantie offerte d'éviter les conflits de procédures.<sup>2882</sup>

Les commentateurs hésitent d'ailleurs à remettre en question le caractère impératif de la litispendance européenne, préférant suggérer des aménagements relatifs à la portée de cette règle.<sup>2883</sup> Le caractère obligatoire ou facultatif de la litispendance n'est en effet pas le seul aménagement possible de la règle. S'agissant de limiter les inconvénients de la course au for, le projet de Convention de La Haye a opté, outre pour une judicieuse définition autonome du moment de la saisine (*supra*, n° 628), pour d'autres tempéraments de la règle qui ont permis de conserver le caractère impératif de celle-ci.<sup>2884</sup> Ainsi l'article 21 du projet subordonne-t-il le dessaisissement du juge second saisi à l'examen d'un pronostic de reconnaissance (*infra*, n° 716). En outre, l'article 21 innove en conférant au juge premier saisi la possibilité de s'en remettre au tribunal second saisi qu'il estime plus approprié (*infra*, n° 649).

**639. Vertus préventives de la chronologie procédurale** - La priorité de saisine incite indéniablement à la course au for. Tout en encourageant les plaideurs à agir de façon diligente, la règle de priorité chronologique possède toutefois d'importantes *vertus préventives*. L'existence d'une règle de priorité fondée sur la chronologie de procédures contribue en effet à prévenir l'apparition de procédures concurrentes. Lorsqu'un ordre juridique signale qu'il donnera la priorité à une procédure étrangère initiée antérieurement, il indique par là même aux plaideurs qu'il est inutile de saisir ses tribunaux d'une nouvelle action.<sup>2885</sup> L'effet préventif ne se réalise évidemment pleinement que lorsque les tribunaux concurrents partagent la même inclination à accorder la priorité aux procédures étrangères antérieures. Même lorsqu'elle n'est le fait que d'un seul Etat, la règle de priorité temporelle contribue toutefois à décourager les saisines multiples. Une juridiction qui affiche une politique constante de déférence à l'égard d'une procédure étrangère engagée antérieurement, peut espérer être moins souvent le théâtre d'une répétition inutile d'une procédure étrangère.

<sup>2882</sup> Dans d'autres contextes, l'impératif de libre circulation ne suffira pas à justifier une règle de litispendance aussi énergique que la règle européenne. Il en va par exemple ainsi de la Convention de La Haye de 1971, dont l'article 20 évoque une simple 'faculté' pour le juge de donner suite à l'exception de litispendance. Sans doute l'objectif de libre circulation n'était-il pas aussi prononcé dans cette Convention, qui autorise la juge requis à procéder à un contrôle de la compétence indirecte du juge d'origine (art. 4(1) et 10). On notera que l'avant-projet de Convention partait au contraire de l'idée qu'il y avait *obligation* pour le juge de se dessaisir ou de surseoir à statuer (V. le rapport de M. Fragistas, Rapport de la Commission Spéciale, *Actes et Documents*, 40). L'obligation s'est transformée en simple faculté dans le texte final. Dans son Rapport final, M. Fragistas se contentait de mentionner que l'obligation est devenue une faculté, sans expliquer les raisons de ce changement, ni avancer les éléments qui pourraient être utilisés pour juger de l'opportunité d'un dessaisissement (Rapport Explicatif, Session Extraordinaire, *Actes et Documents*, 387). On doit sans doute y voir une concession de la part des Etats contractants qui a permis aux pays dont le droit commun ne connaissait pas à l'époque la litispendance internationale, d'accepter l'introduction de cette règle dans la Convention (v. les propos de Ch. Fragistas qui se réjouit que l'Italie ait dans le cadre conventionnel accepté d'abandonner son refus atavique de la litispendance internationale).

<sup>2883</sup> CH. CHALAS, 492, n° 551, explique ainsi qu'il ne « serait pas souhaitable, dans le cadre conventionnel, de reconnaître de façon générale au juge second saisi le pouvoir discrétionnaire de ne pas se dessaisir une fois la compétence de la première juridiction établie ». Elle poursuit en notant que l'impérativité de la litispendance européenne s'accorde bien avec l'objectif de libre circulation et qu'il satisfait en outre les exigences de certitude et d'efficacité que requiert le respect des finalités poursuivies par la Convention.

<sup>2884</sup> Selon le premier paragraphe de l'article 21, « le tribunal saisi en second lieu suspend la procédure [...] » lorsque les conditions de la litispendance sont réunies. V. également le principe n° 4.1. des Principes de l'ILA de Leuven Londres, qui opte également pour une obligation dans le chef du juge second saisi.

<sup>2885</sup> Mme Niboyet-Hoegy évoque à cet égard le principe d'efficacité, la règle de priorité de saisine assurerait l'efficacité de la procédure déjà commencée en décourageant les parties de prendre des initiatives procédurales à l'étranger (l.c., *Travaux comités français D.I.P.*, 95-96, 79). V. les critiques de CH. CHALAS, 489-490, n° 547.

640. **Vertus préventives de la chronologie procédurale (suite)** - Les vertus préventives de la règle de priorité temporelle s'éclairent lorsque l'on considère la situation dans laquelle la priorité de saisine est dénuée de toute signification : rien n'empêche dans ce cas les parties de multiplier les procédures, dans l'espoir d'obtenir que le for espéré tranche le litige, puisque celui-ci ne se préoccupera pas de l'existence d'une saisine antérieure. L'indifférence de l'élément chronologique constitue ainsi une manière de prime aux parties à ouvrir un second front.<sup>2886</sup>

C'est ce qu'un juge québécois a très justement observé : une partie invoquait l'exception de litispendance prévue par l'article 3137 C. civ., au profit d'une procédure étrangère alors que le juge québécois avait été saisi en premier. Cette partie arguait que la disposition légale n'exigeait pas expressément pour le jeu de la litispendance que le juge étranger ait été premier saisi. Le juge rejeta cet argument en notant qu'il « ouvrait la porte grande au *forum shopping*. Il suffirait à une partie déjà poursuivie au Québec d'intenter ailleurs une action identique répondant aux conditions de la litispendance pour obtenir le sursis des procédures prises au Québec ».<sup>2887</sup>

La prévention des procédures concurrentes ne se vérifie pas lorsque la déférence est fondée sur la proximité entre le for et le litige. Si la priorité est accordée au for présentant le lien le plus substantiel avec le litige, rien n'empêche en effet le plaideur qui a déjà été assigné devant un tribunal, d'engager une nouvelle procédure, dans l'espoir que le tribunal qui a sa préférence refusera de considérer le juge premier saisi comme étant plus approprié.

En pratique, il est toutefois difficile de mesurer de façon exacte l'effet préventif qui émane de la priorité chronologique. Il en est d'autant plus ainsi que la règle de litispendance temporelle n'est pas acceptée partout. Les plaideurs conservent dès lors la liberté de passer outre une première saisine pour engager une deuxième procédure. Même au sein de l'espace judiciaire européen, le respect absolu accordé à la priorité de saisine n'a pas découragé l'introduction de procédures concurrentes. On doit sans doute y voir la conséquence des incertitudes qui subsistaient jusqu'il y a peu sur la définition du moment de la saisine, ainsi que sur la portée de la condition d'identité de litige. Les limites de la litispendance européenne ne sont apparues que progressivement, au fil des tentatives des plaideurs d'échapper à la loi d'airain du juge premier saisi. Cette période de transition maintenant achevée, on peut penser que la litispendance européenne révélera la pleine mesure de son pouvoir de prévention.

En définitive, la course au for ne peut être isolée des effets bénéfiques de la priorité chronologique, et en particulier de la dimension *préventive* de la règle et de la sécurité juridique que procure une règle d'application mécanique. Cette dernière caractéristique a son revers, qu'il faut maintenant examiner.

<sup>2886</sup> A la course au for se substituera alors une course au jugement, dont on a déjà dénoncé les méfaits (*supra*, n° 347).

<sup>2887</sup> Cour supérieure de Montréal, 30 mai 1997, *Lac d'Amiante du Québec liée n° 2858-0702 Québec, Inc., J.E.*, 97-1167. En l'espèce l'exception de litispendance était de toute façon vouée à l'échec puisque la procédure étrangère s'avérait être une procédure arbitrale, v. les commentaires de E. GROFFIER et GOLDSTEIN, *ac*, Cowansville, Blais, 1998, 324-325 et *supra* sur les conflits impliquant une convention de juridiction. *Adde* les observations de M. Mezger lors de la discussion de l'avant-projet de réforme du Code civil français. M. Mezger notait que « si l'on n'admet pas la litispendance, il est à craindre que dès qu'un défendeur a un procès en Suisse, il intente un procès en France pour échapper aux conséquences du jugement suisse. On voit ça tous les jours » (*Travaux comité français D.I.P.*, 1956, 254).

## 2. LE CARACTÈRE ARBITRAIRE DE LA CHRONOLOGIE PROCÉDURALE

641. Une règle arbitraire – Au-delà du danger indéniable que représente la course au for, la priorité de saisine souffre d'une carence proprement qualitative : elle aboutit en effet à privilégier une procédure au détriment de l'autre sans tenir aucunement compte du contexte, de la force des rattachements entre le litige et les fors respectifs ou des circonstances de la cause. Seule entre ligne de compte la chronologie procédurale. Pour reprendre la distinction suggérée par M. Kegel, la règle de priorité temporelle correspond à une justice de droit international privé, mais néglige complètement la justice de droit matériel. On comprend qu'on ait pu s'indigner du caractère abstrait et arbitraire de la règle.<sup>2888</sup>

A la limite on pourrait même dire que départager les fors concurrents sur base de la seule chronologie procédurale est aussi absurde que d'utiliser une méthode fondée sur l'ordre alphabétique, selon laquelle le juge de Bruxelles devrait s'effacer devant le juge d'Angers et celui-ci devant le juge d'Aarhus...<sup>2889</sup> La chronologie procédurale s'apparenterait ainsi à la règle de la priorité de droite ou celle de la circulation à droite, dont on ne peut trouver d'autre justification que celle d'avoir tranché la question.

642. La simplicité et la neutralité d'une règle arbitraire - On ne peut nier que la règle de priorité de saisine n'est pas en phase avec les développements récents du droit international privé, qui font une plus large place aux valeurs matérielles et à une certaine flexibilité des solutions. Retenir la seule priorité de saisine a au contraire tout d'un raisonnement primitif, qui fait fi de la complexité du contentieux international.<sup>2890</sup>

Si la priorité de saisine détonne par son caractère mécanique, elle peut toutefois en appeler aux vertus de la simplicité. Quoi de plus simple en effet pour départager deux tribunaux

<sup>2888</sup> Lord Goff of Chieveley in *de Darnpierre v de Darnpierre* (HLL.(E.)) [1988] 1 A.C. 92, 107, reprochait à la règle son caractère 'arbitraire'. *Adde* P. BEAUMONT, in *Dedining Jurisdiction*, 574 ("arbitrary first come first served rule"); Dicey et Morris, éd. 1993, 413 ("a somewhat crude solution"). La critique n'est certainement pas l'apanage des seuls juristes anglais. M. Lagarde reprochait ainsi à l'exception de litispendance de ne jouer qu'à « sens unique, toujours en faveur du tribunal premier saisi » ("Perpetuatio fori et litispendance en matière internationale", in *Mélange Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, 244-245, n° 11°). Passant en revue les arguments de commentateurs qui s'opposaient à la reconnaissance d'une exception de litispendance internationale, *Amirjon* expliquait qu'ils se demandaient comment la compétence du juge du for pouvait dépendre "du hasard ou du calcul, grâce auquel ce procès a été engagé en premier lieu devant l'une des juridictions" (P. ARMINJON, *Répertoire de Droit International*, v° Litispendance et connexité, 1931, n° 9).

<sup>2889</sup> On notera que cette méthode avait apparemment séduit les négociateurs de la défunte Convention européenne sur la faillite. Le projet tel qu'il avait été arrêté en 1980 prévoyait une règle de litispendance en faveur du juge premier saisi ; cette règle connaissait un pendant au stade de la reconnaissance, qui prétendait départager les tribunaux sur base de l'ordre alphabétique, v. les art. 52(2) du projet de 1970 et l'article 58(2) du projet de 1980 et les commentaires de V. STARACE, "Sur la réglementation des concours de chefs de compétence judiciaires", in *Les problèmes internationaux de la faillite et le marché commun. Actes du colloque international sur l'avant-projet de la convention CEE en matière de faillite, concordats et procédures analogues*, Studie e Pubblicazione della Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale n° 8, Padova, CEDAM, 1971, 126-131. V. les critiques de I. F. FLETCHER, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford, Clarendon Press, 1999, 201-210, qui y voyait à juste titre "surely the height of absurdity as a proposed rule for adoption by a sophisticated Community of States". On peut rapprocher cette solution de la suggestion, en forme de clin d'œil, faite par M. Currie (« The Verdict of Quiescent Years », reproduit in *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, Duke University Press, 1963, 609), selon laquelle "In all solemnity, I suggest that a nearly ideal choice-of-law rule for such cases would be that the governing law shall be that of the state first in alphabetical order. [...] This rule might impose undue hardship on the courts of states low in the alphabet [...] This difficulty could be met by applying the rule of inverse alphabetical order for transactions occurring in odd-numbered years".

<sup>2890</sup> Comme l'expliquait G. BERMANN (*l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, (589), 610-611), "[...] it is difficult as a policy matter to conclude that priority in timing should count as anything more than one among many different factors to be considered [...]. A basically mechanical rule of that sort takes too little account of the conflicting interests and policies likely to be at issue in the international level".

concurrents que de s'en remettre à la date de saisine, sans s'embarrasser d'une appréciation qualitative des titres respectifs des tribunaux à connaître de la cause ? On peut évoquer une (certaine) facilité d'application dans l'application de la chronologie procédurale pour trancher la concurrence de saisine.<sup>2891</sup> A cette simplicité – dont on a vu qu'elle pouvait n'être qu'apparente (*supra*, n° 597) – s'ajoute une garantie de *neutralité*. L'Etat qui impose à ses tribunaux de s'effacer devant une juridiction étrangère parce que celle-ci a été antérieurement saisie, ne peut être accusé de favoriser ses propres juridictions.<sup>2892</sup> Le caractère neutre de la règle s'accorde d'ailleurs bien avec l'héritage savignien, et en particulier avec le paradigme de la règle de conflit bilatérale neutre.<sup>2893</sup> On appréciera tout particulièrement cette neutralité dans un conflit de juridictions où la nationalité des parties conserve encore une emprise trop grande – et partant est source de discriminations – que ce soit dans la question de l'établissement de la compétence<sup>2894</sup> ou encore lorsqu'il s'agit pour un tribunal de renoncer à statuer.<sup>2895</sup>

Cette neutralité se double d'un respect pour l'*égalité des parties* : la priorité de saisine ne favorise aucun des adversaires, chacun d'eux a la possibilité de s'adresser en premier au tribunal de son choix et d'ainsi déterminer le terrain de leur affrontement.<sup>2896</sup> En définitive, la priorité de saisine a les qualités de ses défauts et inversement : la simplicité et la neutralité sont autant d'indices du caractère arbitraire de la règle. Il faudra déterminer, selon les contextes, si les défauts avérés de la chronologie procédurale constituent un prix raisonnable à payer pour obtenir le bénéfice de ses avantages. Le législateur aura soin de tenir compte dans sa réflexion de l'ensemble des éléments, et en particulier des affinités entre la priorité temporelle et la chronologie procédurale.

**643. Priorité temporelle et économie de procédures** – Derrière une apparence d'arbitraire, la priorité chronologique peut en effet se revendiquer d'une certaine logique. Si l'on pousse la réflexion plus loin, on s'aperçoit que cette règle peut se recommander du principe de l'*économie de procédures*. Loin d'être arbitraire, la priorité accordée au juge premier saisi se comprend dans la mesure où celui-ci aura en règle générale déjà pris connaissance de l'affaire, et où les parties se seront déjà engagées en consacrant du temps et de l'argent au traitement judiciaire de leur litige. En imposant au juge second saisi de déférer à la saisine antérieure de son collègue, on prévient ainsi une répétition inutile d'efforts et un gaspillage néfaste de ressources. Si donc l'existence de la priorité temporelle ne suffit pas toujours à décourager la multiplication des procédures, au moins la règle de litispendance permettra-t-elle de faire triompher la procédure la plus avancée. C'est ce qu'un tribunal américain a reconnu en notant que la priorité du juge premier saisi constituait « un appel à l'efficacité judiciaire – dont on peut présumer qu'il s'appuie sur le fait que le juge premier saisi aura déjà consacré certains efforts à l'affaire ».<sup>2897</sup>

<sup>2891</sup> M. HAU évoque à cet égard l'argument de la 'sécurité juridique' (228).

<sup>2892</sup> M. HAU évoque à cet égard la "Gleichwertigkeit in- und ausländischer Rechtspflege" (228).

<sup>2893</sup> Notons cependant que la neutralité de la règle de priorité temporelle peut n'être qu'apparente dès lors qu'un for peut avantager directement ses tribunaux par une définition appropriée du moment de la saisine, v. par exemple l'article 9(1) de la LFDIP suisse, qui vise à garantir que les tribunaux suisses seront réputés les premiers saisis.

<sup>2894</sup> On pense bien sûr aux archaïques privilèges de juridiction du droit français, v. toutefois E. PATAUT, *op. cit.*, Paris, LGDJ, 1999, spéc. n° 644.

<sup>2895</sup> *Supra*, n° 554 à propos de la funeste jurisprudence américaine relative au *forum non conveniens*, qui accorde un plus grand respect à l'élection de for du régnicole.

<sup>2896</sup> M. HAU parle à cet égard de « Gleichberechtigung der Parteien », 229.

<sup>2897</sup> *American Cyanamid Company et al. v. Picaso-Artalt et al.*, 741 F. Supp. 1150, 1159 (DNJ 1990) : "a call for judicial efficiency – presumably on the ground that the court first obtaining jurisdiction will have already expanded some resources on the case".



Il en sera d'autant plus ainsi que l'exception d'abstention sera en règle générale invoquée *in limine litis* devant le second juge, avant qu'il n'ait eut l'occasion de se pencher sur l'affaire. Il n'est pas besoin de souligner que privilégier systématiquement le for second saisi reviendrait à tirer un trait sur les efforts déployés et les ressources englouties par la procédure engagée en premier.

**644. Priorité temporelle et économie de procédures (suite)** – L'économie de procédures ne bénéficiera toutefois de la priorité du juge premier saisi que pour autant qu'une certaine distance sépare les deux procédures. Il en allait par exemple ainsi dans l'affaire *Martinez*, dans laquelle les tribunaux espagnols ont été saisis plus de trois ans après l'introduction d'une procédure aux Etats-Unis, procédure qui était sur le point de déboucher sur un 'trial'.<sup>2898</sup> Il n'est pas besoin de démontrer que dans cette hypothèse, la priorité du juge premier saisi servira l'impératif de conservation des ressources judiciaires. La priorité de saisine ne sera pas l'adjuvant de l'économie de procédures lorsque les deux procédures ont été initiées dans un intervalle fort rapproché, voire le même jour. De même l'antériorité de la saisine ne garantit pas que le juge premier saisi aura déjà 'plongé les mains dans le cambouis' et que ses efforts méritent d'être respectés. La priorité de saisine n'est somme toute qu'un *indicateur* du développement potentiel de la procédure.

Pourrait-on dès lors envisager de qualifier le critère de la priorité temporelle, en imposant au juge second saisi d'apprécier l'état d'avancement de la procédure concurrente ? On a vu que les tribunaux anglais et américains avaient fait leur cette approche dans le cadre de l'exception de *forum non conveniens* (*supra*, n° 538). L'économie de procédures semble en effet mieux servie par une appréciation *concrète* des efforts déjà déployés par les deux tribunaux que par une référence à la date de saisine, qui n'a qu'une simple valeur indicative.<sup>2899</sup>

**645. Priorité temporelle et économie de procédures (suite et fin)** – Le facteur temps prendrait alors une autre signification : il ne s'agirait plus de s'en remettre de manière quasi-fétichiste à la simple date de saisine des deux tribunaux, mais bien de privilégier la procédure la plus avancée. Si les deux éléments coïncideront le plus souvent, la date de saisine ne constituerait toutefois qu'un instrument permettant de jauger l'évolution respective des procédures.

La référence à l'état d'avancement des procédures n'a toutefois pas la simplicité et la clarté du critère de la date de saisine. Il ne sera pas toujours facile de déterminer à quel stade se situe exactement la procédure étrangère. On ne peut exclure les appréciations approximatives ; le juge devra consulter le dossier de procédure, examiner les conclusions déposées par les parties, déterminer à quoi correspondent exactement les différents stades de la procédure étrangère – on pense par exemple à la sacro-sainte distinction en droit anglais entre la phase préparatoire (*pre-trial*) et le procès proprement dit (*trial*), qu'il ne sera pas toujours facile de ramener à des concepts connus du for. Au bout du compte, il lui appartiendra de déterminer si la procédure étrangère est plus 'avancée', sans qu'il soit possible de fournir des critères précis lui permettant de trancher dans un sens ou l'autre.

<sup>2898</sup> *Advantage International Management, Inc. v Conchita Martinez*, 1994 U.S. Dist. LEXIS 12535, 1994 WL 482114 (S.D.N.Y. Sept. 7, 1994).

<sup>2899</sup> C'est ce qu'a observé un tribunal américain dans l'affaire *Ludgate*, en notant que "priority should not be measured exclusively by which complaint was filed first, but rather in terms of how much progress has been made in the two actions" : *Ludgate Insurance Co. Ltd. v B. Frederik et al.*, 906 F. Supp. 1233, 1242 (D.C. N. D. Ill. 1995).

Une telle règle pourrait en outre conduire à une appréciation teintée de subjectivité. Il n'est pas exclu qu'un juge prenne prétexte des maigres résultats engrangés dans la procédure étrangère pour refuser de faire droit à une exception de déférence. De plus, le danger d'une manipulation n'est pas à exclure. Les parties décident souverainement du moment qui leur paraît approprié pour engager une procédure. Elles conservent également une certaine emprise sur le déroulement de la procédure une fois celle-ci initiée. Permettre au juge de tenir compte de l'état d'avancement des deux procédures pourrait inciter les parties à essayer de retarder la progression de la procédure qu'elles veulent voir s'achever.<sup>2900</sup> Dans le même sens, l'état d'avancement des procédures n'est pas un critère *statique*, au contraire de celui de la date de saisine. Entre le moment où les parties plaident sur l'exception de déférence, et le moment où le juge rend sa décision, il se peut que la procédure étrangère ait évolué au point de justifier une toute autre décision. Au demeurant, le critère de l'état d'avancement des procédures souffre, tout comme celui du for approprié, d'un manque de pouvoir discriminant : il n'est pas susceptible de départager deux fors lorsque les procédures en sont à peu près au même stade, par exemple parce qu'aucune étape décisive n'a encore été franchie.

En définitive, la référence à l'état d'avancement des procédures peut s'avérer un élément d'appréciation judiciaire qui vient renforcer une règle de déférence qui accorde au juge un pouvoir d'appréciation ; on hésitera toutefois à l'élever au rang de critère décisif d'une exception de déférence.<sup>2901</sup>

**646. Priorité temporelle et fors également appropriés** – Pour apprécier la légitimité de la priorité temporelle, il est un autre élément dont il faut tenir compte, à savoir le *contexte* dans lequel la règle est invoquée. Une chose est en effet de se fier à la seule chronologie procédurale quel que soit le for concurrent et plus particulièrement la légitimité de la compétence qu'il revendique, autre chose est de faire de la priorité temporelle le critère de partage entre deux tribunaux présumés équivalents et qui partagent les mêmes règles de compétence. La nature proprement arbitraire de la règle prend en effet un autre relief selon qu'elle est invoquée au sein de l'espace judiciaire européen ou au contraire à l'appui d'une règle de droit commun opposable sans discrimination à toutes les juridictions étrangères.

Dans le premier cas, les Etats sont liés par un pacte spécial, tout entier fondé sur la confiance réciproque et l'équivalence mutuelle de leurs juridictions. Ce pacte prévoit des règles de compétence communes, dont les tribunaux nationaux ne peuvent dévier, pas plus

<sup>2900</sup> Cette accusation a été lancée dans l'affaire *Brinco Mining*, alors que la Cour s'apprêtait à examiner où en était exactement la procédure canadienne concurrente. La Cour a constaté que le dossier ne contenait pas d'indices de manipulation dans un sens ou dans l'autre. Au contraire, selon la Cour, « If there has been any delay in the Canadian proceedings, the Court is inclined to attribute it to normal maneuvering between adverse parties », 552 F. Supp. 1233, 1241. V. également *The Conal Isis* [1986] 1 Lloyd's Rep. 413 (les avocats du défendeur, qui demandaient le dessaisissement au profit du juge néerlandais, firent remarquer que si la procédure néerlandaise la première engagée, n'a pas progressé de façon significative, ceci est dû à l'attitude des adversaires qui font de l'obstruction).

<sup>2901</sup> On remarquera que ce critère s'en tient au passé procédural de chaque litige. Il paraît beaucoup plus difficile de se baser sur l'état d'avancement des procédures pour tenter de prédire laquelle aboutira la première, comme le font certaines juridictions américaines. Dans ce cas, l'économie de procédure est comprise non pas comme visant à prévenir le gaspillage de ressources, mais bien comme visant à assurer que le litige connaisse une issue rapide. Comme l'a souligné le juge Staughton dans l'affaire *Volux Hollandia*, il sera parfois difficile de prédire quand une procédure prendra fin. En l'espèce le défendeur alléguait que la procédure néerlandaise, première engagée, était déjà bien plus avancée et arriverait plus rapidement à conclusion que la procédure anglaise. Le juge refusa de tenir compte de cette alléguation en notant que « It is almost always difficult to make an accurate forecast of the time that proceedings will take, either here or abroad ; and I cannot do so in this case », [1987] 2 Lloyd's Rep 520 (1<sup>ère</sup> instance).

qu'ils ne peuvent échapper aux précisions fournies par la Cour de Justice. Les règles de compétence européennes sont certes loin d'être parfaites, on en conviendra (*supra*, n° 91). Elles font toutefois largement honneur à l'idée de bonne administration de la justice, dans toutes ses variantes. Si des dérapages ne sont pas à exclure, on peut présumer qu'un juge compétent selon les règles européennes, répondra à une exigence minimale de proximité avec le litige. Le caractère mécanique de la règle de priorité temporelle prend alors une autre dimension, la nature arbitraire de la règle perdant à notre sens de sa nocivité au regard de l'égalité des titres de compétence des fors concurrents. Le recours à la priorité temporelle dans le projet de Convention de La Haye s'explique de la même manière, du moins dans la mesure où la règle de litispendance est appelée à fonctionner entre deux fors 'blancs'.<sup>2902</sup>

Le règlement des conflits de procédures au sein de l'espace judiciaire américain confirme le lien entre qualité des règles de compétence et caractère abstrait, voire arbitraire de l'exception. La législation uniforme applicable aux enlèvements d'enfants constitue un exemple unique d'harmonisation des règles de compétence des Etats américains : les 50 Etats ont adopté les règles de compétence proposées en 1968 par l'Association nationale des commissaires aux lois uniformes. Le *Uniform Child Custody Jurisdiction Act* avait pour but premier d'éviter les nombreux conflits de compétence auxquels donnait lieu le contentieux particulier des rapt d'enfants.<sup>2903</sup> A cette fin, la loi modèle introduit des règles de compétence fondées principalement sur la résidence de l'enfant au moment de l'introduction de l'instance.

A ces règles de compétence uniformes, l'Act ajoute une règle de priorité fondée sur l'antériorité de saisine. Selon la section 6, « un tribunal refusera d'exercer la compétence dont l'Act l'investit, si au moment où la procédure est engagée, une instance concernant la garde de l'enfant est pendante devant le tribunal d'un autre Etat, dont la compétence est essentiellement conforme aux dispositions de l'Act [...] ».<sup>2904</sup> Cette disposition, dont on verra qu'elle se combine judicieusement à une exception de for inapproprié (*infra*, n° 657), est sans doute unique en droit américain.<sup>2905</sup> Elle se comprend à la lumière des règles de compétence introduites par la même législation : la concurrence de procédures opposera deux tribunaux unis par la *Full Faith and Credit Clause*, et qui fondent leur compétence sur des règles communes. Trancher la concurrence sur base de la priorité temporelle est alors plus facilement acceptable – même pour des juristes américains si réticents à l'automatisme de la priorité temporelle –, l'indifférence de la règle de la priorité pour les qualités

<sup>2902</sup> La portée exacte de la règle est toujours en discussion. Il semble que l'on s'achemine vers une obligation pour le juge second saisi d'en déférer à la procédure engagée antérieurement, même lorsqu'il fonde sa compétence sur une règle de droit national, *supra*, n° 104.

<sup>2903</sup> V. la section 1 intitulée 'Purpose of the Act', qui explique que "The general purposes of this Act are : (a) avoid jurisdictional competition and conflict with courts of other states in matters of child custody which have in the past resulted in the shifting of children from state to state with harmful effects on their well-being".

<sup>2904</sup> "(a) A Court of this State shall not exercise its jurisdiction under this Act if at the time of filing the petition a proceeding concerning the custody of the child was pending in a court of another State exercising jurisdiction substantially in conformity with this Act [...]". Le commentaire ne laisse planer aucun doute : "When the courts of more than one state have jurisdiction [...] priority in time determines which court will proceed with the action [...]", p. 13.

<sup>2905</sup> Le *Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act* de 1997 qui vise à remplacer cette législation contient une disposition similaire, la section 206 selon laquelle "[...] a court of this State may not exercise its jurisdiction under this Article if, at the time of the commencement of the proceeding, a proceeding concerning the custody of the child has been commenced in a court of another State having jurisdiction substantially in conformity with this Act [...]". Le commentaire précise que la disposition n'a plus l'importance qu'elle avait en 1968 en raison de la hiérarchisation des règles de compétence. Sur cette législation, v. R. G. SPECTOR, "The New Uniform Law with Regard to Jurisdiction Rules in Child Custody Cases in the United States", *Yearb. Private Int'l. L.*, 2000, 75 e.s.

respectives des fors concurrents prêtant moins à controverse au vu des garanties offertes par les règles de compétence.<sup>2906</sup>

Les conflits de procédures de divorce font l'objet d'un traitement similaire au Royaume-Uni – ainsi qu'au Canada.<sup>2907</sup> Le *Matrimonial Proceedings Act* de 1973 fait également confiance à la priorité temporelle pour trancher la concurrence, confiance que ne trahira aucun des deux fors puisqu'ils sont liés par les mêmes règles de compétence.<sup>2908</sup>

**647. Priorité temporelle et fors également appropriés (suite)** – Il nous semble possible de déduire de ces exemples que le caractère arbitraire de la priorité temporelle constitue un fondement acceptable pour la déférence internationale lorsque les fors concurrents peuvent chacun légitimement revendiquer compétence. On pourrait même dire qu'un critère mécanique s'impose alors pour les départager, faute de pouvoir en appeler à une comparaison, difficile, entre la qualité des titres des tribunaux.

Inversement, la froideur de la litispendance choquera d'autant plus en cas de faiblesse de la compétence de l'un des tribunaux. L'hypothèse du droit commun vient immédiatement à l'esprit, dans laquelle l'exception de déférence peut être appelée à jouer au profit de n'importe quel tribunal étranger. Rien ne garantit alors que ce tribunal dispose de règles de compétence raisonnables – ou d'une exception de for inapproprié qui lui permette de trier le bon grain de l'ivraie. La priorité de saisine apparaît en effet un bien maigre fondement à la déférence lorsque le juge étranger fonde sa saisine sur la nationalité du seul demandeur ou la présence furtive du défendeur.

A l'arbitraire de la chronologie procédurale s'ajoutera alors l'injustice d'une saisine abusive. Au sein même de l'espace judiciaire européen, le risque n'est pas exclu puisque la Cour de Justice a jugé bon d'étendre la litispendance européenne aux situations dans lesquelles le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat membre. Dès lors il n'est pas exclu que le juge premier saisi fonde sa compétence sur un des chefs exorbitants exclus par l'article 3. On

<sup>2906</sup> On notera que les dispositions de la loi modèle peuvent, selon la section 23, également trouver application dans les espèces internationales. Le commentaire explique ainsi que si "Not all the provisions of the Act lend themselves to direct application in international custody disputes [...] the basic policies of avoiding jurisdictional conflict and multiple litigation are as strong if not stronger when children are moved back and forth from one country to another by feuding relatives". Dans ce cas cependant, il n'est plus question de tribunaux exerçant des compétences équivalentes. On comprend dès lors que la section 23 limite l'application de la loi modèle aux "custody decrees and decrees involving legal institutions similar in nature to custody institutions rendered by appropriate authorities of other nations if reasonable notice and opportunity to be heard were given to all affected persons". Pour une application à des espèces internationales, v. *Dixon v Cantrell*, 564 So.2d 1138, (Fla.App. 1<sup>st</sup> Dist. 1990); *Commonwealth v Zaubi*, 492 Pa. 183, 423 A.2d 333 (1980 (procédure au Danemark)); *Miller v Superior Court*, 22 Cal. 2d 923, 151 Cal.Rptr. 6, 587 P.2d 23 (1978) (procédure en Australie); *Izmary v Izmary*, 559 So.2d 1211 (Fla.App. 3<sup>rd</sup> Dist., 1990) (procédure à Haïti).

<sup>2907</sup> V. le *Divorce Act* de 1986 déjà cité, dont la section 3(2) contient une 'first out of the starting gates rule'. Selon cette disposition, "Where divorce proceedings between the same spouses are pending in two courts that would otherwise have jurisdiction under subsection (1) and were commenced on different days and the proceeding that was commenced first is not discontinued within thirty days after it was commenced, the court in which a divorce proceeding was commenced first has exclusive jurisdiction to hear and determine any divorce proceeding then pending between the spouses and the second divorce proceeding shall be deemed to be discontinued".

<sup>2908</sup> V. les observations du Dr. Clive, lors de l'examen par la Chambre des Lords de la Convention de Bruxelles II. Il expliquait que « provided the grounds of jurisdiction were reasonable and all the countries involved conducted the proceedings in accordance with accepted principles of natural justice, a simple rule for the resolution of such conflicts was better than the less predictable exercise of discretion » : *Fifth Report of the House of Lords Select Committee on the European Communities* du 22 juillet 1997, intitulé « Brussels II: The Draft Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters », n° 25.

serait alors en droit de reprocher à la litispendance d'être aveuglée par la priorité temporelle au point de privilégier un for qui peut être injuste.<sup>2909</sup>

**648. Conclusion : une priorité temporelle nuancée** - Au terme de cet examen, il faut bien constater que la règle de la priorité temporelle n'est pas la panacée pour résoudre les conflits de procédures. Certes, des progrès ont été réalisés qui devraient faciliter l'application de cette règle, notamment en ce qui concerne la définition du juge premier saisi. Certes encore, il ne faut pas réduire la priorité temporelle à un choix arbitraire pour le juge premier saisi, sans aucune autre valeur que celle de trancher le conflit. Cette règle participe au contraire d'un effort de prévention des procédures concurrentes, ainsi que d'un souci d'économie de procédures.<sup>2910</sup> Il reste qu'au delà de l'autorité d'une formule latine - le fameux adage '*prior tempore, potior iure*' - la chronologie procédurale souffre d'inconvénients non négligeables, au premier rang desquels figure l'incitation à la course au for. Ces inconvénients sont d'autant plus visibles lorsque la règle de litispendance est 'nue', c'est-à-dire qu'elle ne fait confiance qu'à la seule chronologie procédurale comme c'est le cas au sein de l'espace judiciaire européen.

Il nous semble qu'en définitive, les avantages de la priorité temporelle l'emportent sur les inconvénients.<sup>2911</sup> La *simplicité* d'application et la *neutralité* de la règle de priorité temporelle

<sup>2909</sup> On peut donc émettre de sérieuses réserves à l'encontre de la jurisprudence *Overseas* de la Cour de Justice (*supra*, n° 183). Il ne nous paraît pas que l'objectif de libre circulation des décisions justifiait que l'on étende la litispendance aux fors exorbitants. La Cour aurait dû plutôt s'inspirer de l'objectif de protection des justiciables qui fonde l'exclusion des règles exorbitantes. V. aussi les critiques de CH. CHALAS, 497, n° 544.

<sup>2910</sup> On a pu appeler la théorie des *droits acquis* au secours de la priorité accordée au juge premier saisi. Cette justification nous paraît pour le moins artificielle. On connaît les difficultés qu'a entraîné la volonté de fonder la réglementation des situations internationales privées sur ce que M. Mayer qualifie de « principe général de droit international privé » (1998, 283, n° 483). Même sous une forme atténuée, qui entend protéger les « attentes légitimes des plaideurs », ce principe n'est pas d'une grande utilité pour l'hypothèse qui nous occupe, à défaut de droits acquis ! V. cependant M.-L. NIBOYET-HOEGY, *l.c.*, *Travaux corré français D.I.P.*, 1995-96, 79-80, qui en appelle au respect des attentes légitimes des plaideurs pour fonder le principe *prior tempore potior ius*. Il est en effet difficile de parler de droits acquis alors que les deux procédures sont encore en gestation, à moins de fonder ces droits sur le simple fait de la saisine du juge - v. en ce sens P. MAYER, 1998, 295, n° 443, qui note qu'il n'y a pas encore de droits acquis au stade des conflits de procédures. Mme. Niboyet-Hoegy note que « tant qu'un jugement n'a pas été prononcé [...] il n'y a pas de droit acquis » (*l.c.*, 78), mais élargit la justification en y incluant les « attentes légitimes des parties ». V. aussi les critiques de CH. CHALAS, 488-489, n° 546.

<sup>2911</sup> C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle aboutit un auteur comme M. S. BURBANK, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 229-230 : après avoir analysé les règles qui régissent les procédures concurrentes au sein de l'espace judiciaire européen, M. Burbank constate leurs nombreux défauts et se demande s'il ne faudrait pas s'inspirer des règles européennes, dont il observe qu'elles ont influencé la litispendance prévue dans le projet de La Haye : « I am inclined to believe, in other words, that, having inspired those who negotiated the Brussels Convention to emulate our full faith and credit approach to the recognition of judgments, we can benefit by seeking to emulate, if not precisely to replicate, that Convention's approach to the problem of equilibration when there is parallel litigation, as refined and improved in the proposed Hague Convention. It is time to implement the Full Faith and Credit Clause, the grants of judicial power in Article III, and federal statutes conferring subject matter jurisdiction, with legislation that provides federal lis pendens standards, binding in state and federal courts alike, whose decisions interpreting and applying those standards can be reviewed by the Supreme Court. The standards should not usually permit parallel litigation, and they should make it impossible ever again to suggest that normative thinking about American law supports such litigation generally. At the same time [...] the standards should not implement any general preference for federal or state courts, or usher in a multi-factored case-by-case form of systemic and/or litigant interest analysis as opposed to a *defensible preference for the court in which litigation seeking a coercive (that is, not declaratory) remedy was first filed* » (nous soulignons). En somme, M. Burbank propose une règle de litispendance pour les relations entre tribunaux américains, sur le modèle de la règle de La Haye. La priorité sera accordée au juge premier saisi, sauf lorsque la procédure engagée en premier vise à obtenir une simple déclaration. *Comp.* avec les suggestions de M. *Radish*, qui propose lui aussi d'en finir radicalement avec les procédures concurrentes au sein des Etats-Unis, la fameuse 'tolérance zéro', mais n'indique pas à qui irait la priorité, question qu'il laisse de côté pour de futures recherches ! (« Intersystemic Redundancy and Federal Court Power : Proposing a Zero Tolerance Solution to the Duplicative Litigation Problem », *Notre Dame L. Rev.*, 2000, 1347 e.s.) Et M. Burbank de justifier le besoin impératif d'une telle règle en rappelant d'une part l'absence de limites strictes à la revendication de compétence par les Etats (parce que limites constitutionnelles sont vagues) et d'autre part le devoir constitutionnel de reconnaissance des jugements ! Enfermé entre ces deux, il plaide pour

s'accordent bien avec l'objectif de prévention des conflits de procédures. Ces avantages compensent à notre sens le risque du *forum running*, dont on a vu qu'il pouvait être tempéré par la reconnaissance d'une marge d'appréciation au for de la litispendance. On peut ajouter que la priorité temporelle se prête bien à une bilatéralisation.<sup>2912</sup> La règle de déférence n'est jamais aussi forte que lorsqu'elle est partagée par plusieurs Etats. Or, le critère chronologique s'accorde parfaitement avec une règle conventionnelle, ou simplement commune à plusieurs Etats. Cette solution mécanique ne laisse en effet pas de place à l'ambiguïté, ni aux erreurs d'appréciation. Elle élimine les contestations possibles entre les tribunaux – ce qui n'est pas le cas du concept de for approprié, qui souffre d'un déficit important de pouvoir discriminant. On comprend dès lors pourquoi la priorité temporelle domine haut la main le droit conventionnel.

La valeur et la légitimité de cette règle dépendent toutefois du contexte et des conditions auxquelles elle est subordonnée. Un important travail de nuances reste dès lors à réaliser, qui s'attachera à modaliser la portée de la règle selon les circonstances. On pourra ainsi modifier la préférence pour la priorité chronologique selon le domaine assigné à la règle, dont on a vu qu'il pouvait être large ou étroit selon l'ambition (*supra*, n° 458). La préférence accordée en principe à la priorité temporelle n'empêchera pas non plus de s'interroger sur la possibilité d'apporter des aménagements à cette règle, afin d'en limiter les effets pervers. C'est ce que nous allons examiner dans la dernière partie de ce chapitre.

\* \* \*

---

une litispendance comme une "safety valve [...] that permits the equilibration of competing jurisdictional claims".

<sup>2912</sup> Comme le fait observer W. HAU, 228. Cet auteur évoque à propos de la règle son caractère « internationalisierungsfähig », p. 230.