

SECTION 3 : LA CHRONOLOGIE PROCEDURALE NUANCEE

649. **Introduction** - La préférence exprimée dans la section précédente pour la chronologie procédurale ne constitue pas un chèque en blanc pour cette méthode. L'examen a révélé les nombreux défauts qui affectent la priorité temporelle. Il importe dès lors d'examiner quels *aménagement*s peuvent être apportés à la règle pour en prévenir les conséquences les plus fâcheuses. La chronologie procédurale peut en effet être soumise à un ensemble de conditions et de limitations, qui en précisent la portée et permettent d'atténuer les effets les plus regrettables du mécanisme brut de la priorité temporelle. On peut distinguer deux types d'aménagements. Les premiers ont trait au *fondement* même de la règle et plus précisément au pouvoir de décider quelle procédure doit s'effacer devant l'autre (§ 1). Les seconds sont autant de *conditions périphériques* qui permettent de prolonger la réflexion et de tenir compte de situations particulières (§ 2). L'examen de ces limites et conditions révélera que le visage de la priorité temporelle est nécessairement pluriel.

§ 1. Les aménagements qui tiennent au fondement de la règle

650. **Généralités** - Il n'est plus besoin de rappeler les défauts de la priorité temporelle. La préférence exprimée pour une règle fondée sur la chronologie procédurale ne doit dès lors pas empêcher de s'interroger sur la possibilité de remédier à ses défauts les plus manifestes. Pour ce faire, nous distinguerons deux aménagements possibles de la règle, qui touchent à son fondement même. Le premier, qui a déjà trouvé une concrétisation dans certains textes, tente de procéder à une synthèse entre la règle de la priorité temporelle et le concept de for approprié (A). Le second, qui n'en est encore qu'au stade de projet, prolonge la réflexion sur le pouvoir de décision en proposant une évolution d'une décision unilatérale vers une décision concertée (B).

A. Le mariage de la priorité temporelle et du for approprié

651. **Introduction** - On a expliqué pourquoi le concept de for approprié ne pouvait prétendre constituer le fondement de la règle de déférence internationale. Ce rejet ne porte pas condamnation pleine et entière de l'exception de *forum non conveniens*, qui garde toutes ses promesses lorsqu'il s'agit de corriger les effets les plus néfastes de certaines règles de compétence. Loin d'être confinée aux juridictions anglaises et américaines, l'idée d'une certaine modestie face aux règles de compétence gagne également les systèmes de droit civil. C'est principalement par le biais des conventions de La Haye que ceux-ci se sont ouverts à cette possibilité. Il suffit de penser aux dispositions des conventions jumelles de 1996 et 1999 sur la protection des enfants et des adultes. Ces conventions prévoient une clause d'exception qui permet à un tribunal compétent selon les règles conventionnelles, de surseoir à statuer s'il considère que « l'autorité d'un autre Etat

contractant serait mieux à même d'apprécier dans un cas particulier l'intérêt supérieur de l'enfant ». ²⁹¹³

Le projet de Convention de La Haye continue sur cette lancée, en introduisant une clause d'exception inspirée de la doctrine du *forum non conveniens*.²⁹¹⁴ La réflexion sur l'assouplissement des règles de compétence a également de longue date inspiré les commentateurs qui se sont penché sur la litispendance internationale. Comme on l'a remarqué, la priorité temporelle joue toujours « à sens unique », au profit du juge premier saisi.²⁹¹⁵ On a vu qu'il y a de bonnes raisons à cela, et notamment l'affinité entre priorité temporelle et économie de procédures. Il n'en demeure pas moins que dans certaines situations, la priorité accordée au juge premier saisi peut se révéler inopportune, voire malheureuse. C'est ici que l'on a suggéré un rapprochement avec l'idée du for approprié, comme tempérament non plus à la revendication de compétence mais bien au caractère mécanique de la règle du juge premier saisi.

652. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance – les travaux de M. Lagarde – Dans son cours sur le principe de proximité, M. Lagarde a été un des premiers commentateurs à proposer une analyse critique de la rigidité des règles de compétence juridictionnelle en vigueur sur le vieux continent. S'inspirant de l'expérience anglaise de la doctrine du *forum non conveniens*, sur laquelle il pose d'ailleurs un regard critique, M. Lagarde proposait de réfléchir à la possibilité d'introduire une clause d'exception permettant au juge de décliner sa compétence s'il estime que l'espèce ne présente pas avec lui de liens suffisants.²⁹¹⁶ Tout en reconnaissant que la réflexion n'en était qu'à ses « premiers balbutiements » ²⁹¹⁷ il notait qu'une évolution ne pouvait être exclue. Parmi les domaines d'application potentiels de cette clause, l'auteur accordait une certaine importance à la litispendance internationale dont il expliquait qu'elle était trop souvent soumise à un « carcan rigide ». ²⁹¹⁸

Constatant que l'exception de litispendance, dans sa configuration ordinaire, ne peut jouer qu'au profit du tribunal premier saisi, M. Lagarde plaidait pour l'admission d'une clause d'exception inspirée du principe de proximité, qui permettrait d'apporter au problème de la litispendance des solutions plus souples et plus adaptées. Concrètement, il suggérerait de conférer au tribunal premier saisi la possibilité de surseoir à statuer au profit du tribunal second saisi « si ce dernier est manifestement plus proche du litige que le premier ». ²⁹¹⁹ Cette « souplesse de fonctionnement » permettrait des résultats concrets

²⁹¹³ Art. 8, al. 1 de la Convention de 1996. V. également l'article 8 de la Convention de 2000 sur la protection des adultes. Sur cette disposition, v. le rapport explicatif de P. LAGARDE, ainsi que A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *Recueil des cours*, 2000, (9), n° 101.

²⁹¹⁴ Art. 22. V. sur cette disposition, M. STUCKELBERG, « Lis Pendens and Forum Non Conveniens at the Hague Conference : the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters », *Brooklyn Journal of International Law*, 2001, 949-981; D. MCCLEAN, « De Conflictu Legum. Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century. General Course on Private International Law », *Recueil des cours*, 2000, (41), 191-193 et en général F. MARONGIU BUONAIUTI, « Forum non conveniens facing the prospective Hague Convention and EC Regulation on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters », *Rivista di Diritto Europeo*, 1999, 3-47 et l'analyse exhaustive de A. NUYTS, 427, n° 396 e.s. *Adde* R. A. Brand, « Comparative Forum Non Conveniens and the Hague Convention on Jurisdiction and Judgments », *Texas Int'l L.J.*, 2002, 467-495, spéc. 490-494.

²⁹¹⁵ CH. CHALAS, 498, n° 557.

²⁹¹⁶ P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, 1986-I, t. 196, (9), 142 e.s.

²⁹¹⁷ *Idem*, 150, n° 152.

²⁹¹⁸ *Idem*, 155, n° 157.

²⁹¹⁹ *Idem*, 155, n° 157.

« plus satisfaisants » et en particulier « le regroupement de litiges complexes autour du tribunal répondant le mieux au principe de proximité ».²⁹²⁰

Le moins que l'on puisse dire c'est que l'idée ne manque pas d'audace. Ecartant la traditionnelle frilosité des juridictions de droit civil pour les règles flexibles, M. Lagarde proposait tout simplement un mariage harmonieux de la litispendance et du *forum non conveniens*, le dernier servant de clause d'exception au premier.²⁹²¹ En pratique, la priorité du juge premier saisi conserverait son rôle de règle principale. Le juge premier saisi aurait toutefois la possibilité de s'écarter de cette règle lorsqu'il estime que la cause dépasse sa sphère naturelle de compétence. On aperçoit immédiatement les avantages de cette suggestion, en particulier en comparaison avec cet autre aménagement déjà évoqué de la règle de priorité de saisine, la reconnaissance au juge second saisi d'un pouvoir d'appréciation (*supra*, n° 636). Cette dernière suggestion permet certes au juge second saisi, lorsqu'il l'estime nécessaire, de faire barrage à un abus de la priorité temporelle. Il faut toutefois craindre que la possibilité pour le juge second saisi d'évaluer l'opportunité de s'en tenir à la priorité temporelle ne laisse subsister des procédures concurrentes.

Au contraire, lorsque le pouvoir d'appréciation appartient au juge premier saisi, l'appréciation pourra prévenir les abus auxquels pourrait conduire une règle rigide sans porter atteinte à l'objectif de coordination des procédures concurrentes : lorsque le juge premier saisi estime que la règle de priorité temporelle est défailante, il pourra ignorer l'impératif de la chronologie procédurale sans mettre à mal celui de coordination des procédures concurrentes puisqu'en se dessaisissant il ouvre la voie au juge second saisi qui ne sera plus embarrassé par la saisine antérieure d'un juge étranger.

653. Les vertus du *forum non conveniens* comme exception et non comme fondement de la règle de déférence - On peut se demander si l'introduction d'une dose de *forum non conveniens* dans une règle de déférence fondée sur la priorité chronologique ne se heurte pas au manque de pouvoir discriminant du for approprié, évoqué antérieurement. S'il n'en est rien, c'est que la configuration de la règle a changé : le for approprié n'est plus le moteur de la déférence, mais constitue une simple exception au mécanisme de la priorité temporelle, exception qui viendra corriger le caractère trop arbitraire de celle-ci. Dans cette hypothèse, il ne s'agit plus de départager deux fors sur la seule base de la qualité de leurs titres, mais bien de corriger une règle en cas de déséquilibre flagrant. C'est là que le *forum non conveniens* révèle toute sa force. On peut imaginer que le juge premier saisi se révèle ne posséder d'autre lien avec la cause que la nationalité du demandeur, alors que le juge second saisi est le véritable centre de gravité de l'affaire ; dans ce cas l'exception de for inapproprié s'imposera pour nuancer la priorité temporelle.

En d'autres termes, la vocation subsidiaire assignée au *forum non conveniens* comme tempérament à la priorité chronologique fait disparaître le défaut de pouvoir discriminant. Il ne sera pas demandé au *forum non conveniens* de départager systématiquement deux fors concurrents, ce qu'il ne saurait faire avec autant de précision et de neutralité que la priorité chronologique. Il lui est seulement demandé de corriger, dans des situations exceptionnelles, les résultats parfois déplorables et arbitraires de la priorité chronologique.

²⁹²⁰ Id.

²⁹²¹ V. à sa suite les réflexions de CH. CHALAS, 498-505, qui propose également de reconnaître au juge premier saisi « la possibilité de renoncer à l'exercice de sa compétence lorsque le tribunal saisi en second lieu est manifestement plus approprié pour trancher le litige », 501, n° 560.

654. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance – les modalités concrètes de l’exception à la priorité chronologique – La suggestion de M. Lagarde, qui consiste à permettre le renversement de la priorité chronologique lorsque celle-ci énerve trop l’objectif de proximité, est judicieuse. Encore faut-il s’interroger sur les modalités concrètes selon lesquelles le juge premier saisi exercera son appréciation. M. Lagarde n’avait pas fourni de nombreux détails sur ce point, se contentant de préciser que la clause d’exception serait avant tout appelée à jouer lorsque « le laps de temps séparant l’introduction des deux demandes est bref ». ²⁹²² On pouvait y voir un appel à relativiser l’importance de la priorité chronologique lorsque les deux procédures sont quasi concomitantes. ²⁹²³ Pour le reste, M. Lagarde semblait faire confiance à l’exception de for inapproprié telle qu’il l’avait formulée. ²⁹²⁴

Mlle. Chalas a été sensiblement plus explicite, traçant les contours d’une exception à la priorité temporelle dans le cadre de son étude d’ensemble sur l’exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé. ²⁹²⁵ Elle explique qu’il est sans doute impossible de dresser une liste exhaustive des situations dans lesquelles le tribunal second saisi possèdera un titre supérieur à trancher le litige. Partant, le tempérament à la priorité de saisine doit s’envisager comme une clause générale largement inspirée de la pratique du *forum non conveniens*. L’appréciation sera donc nécessairement casuistique, ce qui ne choque pas étant donné qu’il s’agit d’une exception et non du fondement même de la règle. Mlle. Chalas évoque ainsi la situation dans laquelle la compétence du juge premier saisi sera elle-même « clairement inappropriée », par exemple parce qu’elle fait apparaître « une manœuvre de la part du demandeur cherchant à échapper à la compétence des tribunaux étrangers mieux placés pour assurer l’exécution de la décision qu’ils rendraient éventuellement à son encontre ». ²⁹²⁶ De façon classique, le juge premier saisi devra également avoir égard à la « légitimité du rattachement sur lequel [il] se fonde » et en particulier sur la « nature exorbitante de la compétence de la juridiction première saisie ». ²⁹²⁷ Tout comme le proposait M. Lagarde, l’exception qu’envisage Mlle. Chalas serait limitée dans le temps : la priorité temporelle n’est jamais plus fragile que lorsque les deux procédures se suivent de près. Lorsqu’au contraire la seconde procédure est beaucoup plus tardive, Mlle. Chalas n’envisage pas de permettre au juge premier saisi d’en déférer à son concurrent. Comme elle l’explique, « il ne convient pas [...] de récompenser le choix tardif d’un tribunal, même s’il est meilleur ». ²⁹²⁸ Enfin, elle propose – tout comme le faisait déjà M. Lagarde ²⁹²⁹ – de tenir compte de la position procédurale des

²⁹²² 155, n° 157.

²⁹²³ V. aussi sur cette question la proposition formulée par le Royaume-Uni lors des négociations de La Haye, qui visait à permettre au tribunal second saisi à écarter l’application de la règle de litispendance lorsqu’il était saisi moins de 60 jours après l’introduction de la première demande, à condition qu’il estime être également le tribunal le plus approprié pour connaître de la cause : Document de travail n° 329 du 29 octobre 1999. Cette proposition fut rejetée, la majorité des délégations préférant réserver au tribunal premier saisi la possibilité d’écarter le jeu de la priorité temporelle, v. le rapport de séance n° 86 du 30 octobre 1999, p. 2-3.

²⁹²⁴ Ses propositions sont synthétisées p. 150, n° 151, lorsqu’il écrit qu’un « tribunal compétent pourrait exceptionnellement se déclarer incompétent s’il était établi, d’une part, que ce tribunal était peu approprié pour connaître du litige en raison de l’éloignement du défendeur et de la difficulté pour ce tribunal d’accéder aux preuves et aux éléments du cas, d’autre part qu’un autre tribunal plus approprié et plus rapproché, offrant au demandeur des garanties équivalentes quant à son impartialité et à la justice procédurale, pouvait être saisi par le demandeur et se reconnaître compétent ».

²⁹²⁵ V. surtout 501-505.

²⁹²⁶ 501, n° 560.

²⁹²⁷ 502, n° 560.

²⁹²⁸ 502, n° 561.

²⁹²⁹ 155, n° 157.

parties, l'exception pouvant être plus facilement accueillie au détriment de la partie deux fois demanderesse.²⁹³⁰

655. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance – une union judiciaire en droit conventionnel ? – Le mariage de la litispendance et du *forum non conveniens* peut se révéler fructueux. Les suggestions de la doctrine ont d'ailleurs déjà trouvé une première concrétisation dans le projet de Convention de La Haye, qui fait le lien entre la litispendance et l'exception de for inapproprié. Selon le dernier alinéa de l'article 21, le juge premier saisi peut, à la demande d'une partie, estimer que le tribunal saisi en second lieu est clairement plus approprié pour statuer sur le litige, selon l'acception que revêt ce concept dans la Convention. Dans ce cas, la Convention indique que la règle de litispendance ne s'applique pas. Concrètement, cela signifie que le juge second saisi ne sera pas dans l'obligation de surseoir à statuer. Dans le même temps, le tribunal premier saisi donnera suite à l'exception de for inapproprié prévue à l'article 22. La concurrence de procédures sera alors résolue selon une toute autre modalité que la simple chronologie procédurale puisque c'est le for second saisi qui l'emportera au nom du principe de proximité.

Cette suggestion est le fruit de longues réflexions et ne s'est imposée qu'au terme d'une véritable bataille sur la solution des conflits de procédures. Au départ, les représentants des pays de droit civil n'imaginaient pas d'accepter une clause de *forum non conveniens* dans le projet ; au contraire, les représentants des pays de *common law*, échaudés sans doute par l'expérience européenne, ne pouvaient penser une convention sans prévoir une clause d'exception inspirée de la doctrine du for inapproprié.²⁹³¹ Les esprits se sont petit à petit rencontrés. Déjà lors de la Commission spéciale de mars 1998, le co-rapporteur proposait, après avoir constaté le contraste entre la règle de la stricte priorité temporelle et celle du *forum non conveniens*, comme solution de compromis une règle selon laquelle « la litispendance a un rôle important mais [comporte] une certaine souplesse dans la mesure où le tribunal premier saisi pourrait décliner sa compétence en faveur d'un tribunal plus approprié ».²⁹³²

656. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance – une union judiciaire en droit conventionnel ? (suite) – Cette suggestion a reçu une première concrétisation dans un document de travail soumis par la délégation suisse, qui permettait au tribunal saisi en premier lieu, de surseoir à statuer et « d'inviter la partie intéressée à demander au tribunal saisi en second lieu s'il accepte d'exercer sa compétence en lieu et

²⁹³⁰ 502, n° 561. CH. CHALAS s'empresse toutefois de nuancer l'importance de cet élément, en expliquant que la distinction entre procédures ne doit pas revêtir une valeur absolue, le renouvellement de la procédure par le même demandeur pouvant s'avérer légitime, cf. *supra*, n° 510.

²⁹³¹ Les conclusions du Groupe de travail sur l'exécution des jugements, Document préliminaire n° 19 de novembre 1992, établi par le Bureau Permanent à l'attention de la Dix-septième session, se contentaient de mentionner de façon très diplomatique que des études complémentaires étaient nécessaires sur les questions de litispendance et du *forum non conveniens* (p. 12). Les réticences des pays de droit civil à l'égard de la doctrine du *forum non conveniens* sont synthétisées dans les conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, parue in *Actes et documents de la 18^{ème} session, Matières diverses*, SDU, La Haye, (62), § 32. V. aussi sur cette question, 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, 39-43.

²⁹³² Rapport de séance n° 24 du 5 mars 1998, commission spéciale sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, p. 4. Cette proposition a ensuite été reprise dans le Document de synthèse n° 9 de juillet 1998, 41, n° 100, Mme. Kessedjian expliquait que l'on pourrait allier la règle prior tempore et une règle plus flexible en décidant que « si le tribunal saisi en premier considère que celui saisi en second est manifestement plus approprié pour résoudre le litige, il peut, après s'être assuré que le tribunal saisi en second accepte d'exercer sa compétence, surseoir à statuer et renvoyer les parties devant ce tribunal ».

place du tribunal premier saisi » lorsqu'il estime que « le tribunal saisi en second lieu [est] manifestement mieux à même de résoudre le litige ». ²⁹³³ Les auteurs du document expliquaient que cette possibilité ne constituait pas « une exception, mais une nuance à la règle de priorité » qui visait à « adoucir le syndrome du 'rush to the court' » et limiter le respect accordé au choix par le demandeur du forum initial. ²⁹³⁴ Les premières réactions à cette proposition avaient été plus que mitigées. ²⁹³⁵ Cette proposition a toutefois été reprise dans la première ébauche de texte soumise aux délégués. ²⁹³⁶

Un consensus semble s'être dessiné lors de la Commission spéciale de novembre 1998, les experts réunis exprimant le désir d'adopter une règle de litispendance flexible, qui diminuerait le besoin pour les parties de saisir le plus rapidement possible un tribunal. ²⁹³⁷ Certains estimaient certes qu'une trop grande flexibilité pourrait être source de litige et de coûts additionnels pour les parties. ²⁹³⁸ D'autres encore expliquaient qu'il serait difficile d'établir une hiérarchie entre deux tribunaux compétents selon les règles de la Convention sur base de l'idée d'un lien de proximité suffisant. La proposition fut toutefois incluse dans le projet de texte. ²⁹³⁹ Il fallut attendre la Commission spéciale de juin 1999 pour que l'idée s'impose définitivement. Au cours de cette Commission spéciale, un groupe de travail *ad hoc* fut constitué qui était chargé de dénouer le nœud de la litispendance et du *forum non conveniens*. ²⁹⁴⁰

657. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance – une union judiciaire en droit conventionnel? (suite) – les rapports entre la règle et l'exception – On a alors suggéré d'étendre le pouvoir d'appréciation au deux juges, et non plus seulement au juge premier saisi. ²⁹⁴¹ De nombreux experts se sont toutefois opposés à cette dilution de la règle, en expliquant qu'elle « conduirait à évincer la règle de litispendance tout en nuisant à l'objectif de sécurité juridique et faisant naître le risque de décisions contradictoires ». ²⁹⁴² A cette crainte, un observateur a répondu en soulignant la nature exceptionnelle du dessaisissement en vertu du *forum non conveniens* et en expliquant que « le risque de décisions contradictoires n'augmentera que de façon marginale [...] ». Il concluait que « cette augmentation est somme toute un prix raisonnable à payer pour

²⁹³³ Document de Travail n° 60 du 6 mars 1998, proposition de la délégation suisse.

²⁹³⁴ V. le rapport de séance n° 29 du 9 mars 1998, commission spéciale sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, p. 3.

²⁹³⁵ V. le rapport de séance n° 29 du 9 mars 1998, commission spéciale sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, p. 3. Certains experts expliquaient que l'appréciation fondée sur la caractère approprié des fors en présence pourrait conduire à une « insécurité juridique ».

²⁹³⁶ Esquisse de texte pour aider à la préparation d'une convention sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, Document d'information n° 2, septembre 1998, préparé par le Bureau Permanent, p. 25.

²⁹³⁷ V. le rapport de séance n° 52 du 19 novembre 1998, Commission spéciale sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, p. 1.

²⁹³⁸ Idem, p. 3.

²⁹³⁹ Art. 23, variante II, Document de Travail n° 144 de novembre 1998.

²⁹⁴⁰ V. la synthèse des questions posées à la Commission spéciale, Document de discussion des questions portées à l'ordre du jour de la Commission spéciale de juin 1999, mai 1999, pp. 22-23, qui expliquait que la Commission devrait choisir entre une règle fixe favorisant le tribunal premier saisi et une règle flexible, qui « entraînera inmanquablement l'évaluation du caractère plus ou moins approprié de la compétence de chacun des tribunaux saisis ».

²⁹⁴¹ V. le document de travail n° 21 du 15 juin 1999, émanant du groupe de travail sur le refus d'exercice de compétence, qui précisait que l'exception de litispendance ne s'appliquait pas lorsque « [le tribunal premier saisi] [l'un ou l'autre tribunal] [...] détermine que le tribunal second saisi est clairement plus approprié pour statuer sur le litige [...] ».

²⁹⁴² Rapport de séance n° 70, du 16 juin 1999, p. 4.

garantir qu'un litige ne sera pas soumis à un for manifestement inapproprié ». ²⁹⁴³ Cette question, cruciale pour le visage de la litispendance, n'a pu être résolue lors de cette Commission Spéciale. Le texte adopté à cette occasion refusait de trancher et proposait les deux options. ²⁹⁴⁴

La question des rapports entre la litispendance et le *forum non conveniens* a fait l'objet de nouvelles discussions lors de la Commission spéciale d'octobre 1999. D'emblée, les Etats-Unis avaient proposé une modification sensible du texte, qui visait à intégrer plus radicalement le *forum non conveniens* au sein de l'exception de litispendance. Selon le Document de Travail n° 273, le tribunal second saisi aurait eu seul la possibilité d'avoir recours à l'exception de for inapproprié pour écarter le cas échéant la règle de la priorité temporelle. ²⁹⁴⁵ Le texte prévoyait en outre une exception générale qui réservait le jeu du *forum non conveniens*. ²⁹⁴⁶

La portée de la litispendance s'en voyait sensiblement modifiée : de simple exception limitée à la seule appréciation du juge premier saisi, le *forum non conveniens* se voyait promu à un rang équivalent à celui de la priorité temporelle dans la résolution des conflits de procédures. Comme on l'a remarqué lors de la discussion de ce texte, accorder aux deux tribunaux la possibilité de mêler des considérations de for approprié à la litispendance pourrait conduire à une impasse : le for second saisi n'est plus alors lié par la règle de la priorité temporelle, qui se réduit à une simple indication de la façon dont la concurrence doit être tranchée. ²⁹⁴⁷ Que faire en effet en cas de désaccord entre les deux tribunaux sur leur caractère plus ou moins approprié, puisque le tribunal second saisi est libre de s'écarter de cette règle ? On pouvait craindre qu'une telle règle ne laisse subsister des procédures concurrentes. Il ne faut certes pas exagérer le péril, puisque dans tous les cas, les deux juges seront liés par la même clause de *forum non conveniens*, soumise à des conditions strictes. Il demeure qu'une trop grande flexibilité peut nuire à la sécurité juridique qui est le principal atout de la priorité de saisine. Le *forum non conveniens* ne serait plus au service de la litispendance, mais risquerait de l'éliminer. En définitive, la Commission spéciale exprima sa préférence pour la version restrictive de l'exception qui réservait au juge premier saisi le pouvoir de renoncer à sa priorité de saisine. ²⁹⁴⁸

658. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance – une union judiciaire en droit conventionnel ? (suite) – L'expérience de La Haye révèle les limites de la flexibilité : si exception il doit y avoir à la règle du juge premier saisi, il importe qu'elle soit soigneusement circonscrite. L'avantage que procure la priorité chronologique en termes de sécurité juridique et de prévisibilité ne doit pas succomber sur le souci de flexibilité. Il faudra encore éviter que le renversement de priorité ne conduise à un gaspillage de ressources. A ce titre, on peut espérer que le juge premier

²⁹⁴³ Rapport de séance n° 70, du 16 juin 1999, p. 4.

²⁹⁴⁴ Article 23(6)(b) de l'Avant-projet d'une Convention sur la compétence juridictionnelle et les effets des jugements en matière civile et commerciale, Document de travail n° 241. V. aussi le document de travail n° 233, émanant du groupe de travail sur le refus d'exercice de compétence (17 juin 1999), ainsi que le document de travail n° 238, du même groupe, qui précisait que restait encore à résoudre la question de l'application du pouvoir d'appréciation par le seul juge premier saisi ou par les deux juges concurrents (p. 2).

²⁹⁴⁵ Article 23, (3)(b) du texte proposé par le Document de travail n° 273 du 2 octobre 1999. Le texte émanait des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande.

²⁹⁴⁶ Selon l'article 23, (4), « A court seised of a matter, where this Article applies, may decline jurisdiction under Article 24 ».

²⁹⁴⁷ V. Rapport de séance n° 79, du 28 octobre 1999, p. 2.

²⁹⁴⁸ Selon le Rapport de séance n° 79, du 28 octobre 1999, p. 2, le vote fut toutefois loin d'être unanime.

saisi tienne compte de l'état d'avancement de sa procédure avant d'en référer au juge second sais. Celui-ci a beau être plus approprié, le dessaisissement du juge premier sais pourrait s'avérer peu judicieux s'il aboutissait à la perte de tous les efforts réalisés dans la première procédure.²⁹⁴⁹

La flexibilité apportée à l'exception de litispendance dans le projet de Convention permet également de préciser le standard auquel devra se référer le juge premier sais : s'il doit apprécier l'opportunité de conserver la maîtrise du litige, il pourra s'en référer à l'article 22 de cette Convention, qui représente une véritable codification du *forum non conveniens*, acceptable sans doute pour les pays de droit civil. On relèvera en particulier les nombreuses limites apportées à l'appréciation discrétionnaire du juge de l'exception dans cette disposition, limites qui la rapproche certainement plus de la version australienne de la doctrine que de la version anglaise (*supra*, n° 561). En définitive, cette clause paraît s'imposer pour délimiter le pouvoir d'appréciation reconnu au juge premier sais.

659. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance - une solution à généraliser ? - Le mariage de la litispendance et du *forum non conveniens* se révèle fructueux. Faut-il pour autant généraliser la solution proposée pour la Convention de La Haye ? On a proposé d'introduire un tempérament similaire à la règle de litispendance européenne dans le contentieux du divorce.²⁹⁵⁰ De même on notera que la règle de litispendance prévue par le droit des Etats américains pour le contentieux de la garde des enfants connaît un tempérament directement inspiré de l'exception de for inapproprié.²⁹⁵¹ L'idée a également été reprise par les Principes de Leuven Londres suggérés par l'*International Law Association*. Le principe 4.1. impose à la juridiction première saisie, à laquelle est conférée la priorité de principe, d'examiner si le juge second sais n'est pas mieux placé pour trancher le litige. S'il s'avère que la priorité temporelle ne correspond pas à une priorité qualitative, le juge premier sais peut renvoyer l'instance à la juridiction seconde saisie.²⁹⁵² La règle inspirée du *forum non conveniens* prévoit à son tour que le juge tiendra compte du « souhait d'éviter une multiplication des instances et des jugements inconciliables, en ayant égard à la manière dont les parties ont eu recours à la compétence

²⁹⁴⁹ On a sur cette question proposé de tenir compte de l'état d'avancement des procédures. Le texte proposé par le comité de rédaction (document de travail n° 320 du 29 octobre 1999) prévoyait que le tribunal premier sais « détermine que le tribunal sais en second lieu est clairement plus approprié [...] compte tenu du degré d'avancement de la procédure devant le tribunal premier sais ».

²⁹⁵⁰ Intervention de M. Hartley lors de l'examen par la Chambre des Lords de la Convention de Bruxelles II : *Fifth Report of the House of Lords Select Committee on the European Communities* du 22 juillet 1997, intitulé « Brussels II : The Draft Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters », n° 26. Le professeur Hartley suggérait que la Convention soit amendée « to provide that the court first seised, it is thinks another court is more appropriate, could stay proceedings in favour of that other court, provided the other court was prepared itself to accept the proceedings ».

²⁹⁵¹ Selon l'article 6 de la loi uniforme, le tribunal deuxièmement sais doit en déférer au tribunal premier sais, "unless the proceeding is stayed by the court of the other state because this State is a more appropriate forum or for other reasons". En d'autres termes, il revient au tribunal premier sais, tout comme dans le projet de Convention de La Haye, de se prononcer sur l'exception de for inapproprié. Selon la section 23 de la loi modèle, celle-ci peut également recevoir application dans les espèces internationales : « The general policies of this Act extend to the international area. The provisions of this Act relating to the recognition and enforcement of custody decrees of other states apply to custody decrees and decrees involving legal institutions similar in nature to custody institutions rendered by appropriate authorities of other nations if reasonable notice and opportunity to be heard were given to all affected persons ». La section 206 de la nouvelle version de cette loi-modèle, adoptée en 1997, prévoit la même exception à la règle de priorité temporelle. Dans les deux cas, la loi modèle prévoit également une exception générale de *forum non conveniens*. On peut se demander si les négociateurs du projet de Convention de La Haye avaient conscience de reprendre une solution déjà en vigueur au sein de l'espace judiciaire américain.

²⁹⁵² Principe 4.1.

de l'une ou de l'autre juridiction et au degré d'instruction quant au fond des instances pendantes devant l'une ou l'autre juridiction ».²⁹⁵³

La perspective est sensiblement différente – non seulement parce que les principes ne visent que la question du dessaisissement des tribunaux, sans prévoir des règles de compétence communes – mais également parce que la mise en œuvre de l'exception à la priorité du juge premier saisi est une obligation pour celui-ci, alors que dans le projet de Convention de La Haye, elle reste soumise à la demande d'une des parties. La différence est de taille, comme l'explique le rapporteur. La priorité accordée au tribunal premier saisi est en effet précaire ; elle ne vise qu'à lui assurer la primeur dans l'appréciation du caractère approprié des fors. Il ne pourra échapper à l'obligation « positive »²⁹⁵⁴ d'examiner les qualités respectives des fors concurrents. La priorité que lui assure sa saisine antérieure ne sera confirmée que si elle reçoit l'appui d'un examen du caractère approprié des fors.²⁹⁵⁵ En d'autres termes, le *forum non conveniens* n'est plus une simple exception qui vient corriger l'application stricte de la priorité temporelle. Il devient dans les Principes le *fondement* même du dessaisissement au même titre que la chronologie procédurale. Les deux fondements sont en d'autres termes mis sur le même pied : il n'y aura priorité du juge premier saisi que s'il peut revendiquer le titre de for naturel.

660. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance – une solution à généraliser? (suite) – Le mélange entre *forum non conveniens* et litispendance est certainement plus abouti dans les principes de l'ILA que dans le projet de Convention de La Haye. Dans ce dernier, le *forum non conveniens* n'est que la 'pointe d'épice' que l'on ajoute à un met dont l'ingrédient principal reste la mécanique priorité chronologique. Dans les premiers, il constitue au contraire la base même à partir de laquelle le plat est confectionné. Il demeure que le raisonnement est le même : il vise à jeter un pont entre la litispendance et le *forum non conveniens* pour atténuer les conséquences insatisfaisantes du caractère rigide de la première. On peut se demander s'il y a place pour une telle exception au sein de l'espace judiciaire européen.

Dans l'état actuel des textes européens, il est clair qu'il n'est pas plus de place pour une exception à la règle du juge premier saisi fondée sur l'idée du juge approprié que pour une exception générale aux règles de compétence qui s'inspirerait de la doctrine du *forum non conveniens*.²⁹⁵⁶ L'impérativité du dessaisissement imposé au juge second saisi ne s'accommoderait pas d'une quelconque exception, fut-elle encadrée dans des limites sévères.

N'est-ce pas, doit-on se demander, laisser intact tout le potentiel abusif de la priorité de saisine, qu'il conviendrait *de lege ferenda*, de nuancer en s'inspirant de l'exemple de La

²⁹⁵³ Principe 4.3 (d).

²⁹⁵⁴ Selon le rapport, p. 23.

²⁹⁵⁵ Examen dont le principe 4.3. détaille les modalités. Ici aussi les principes de l'ILA s'écartent du projet de Convention de La Haye. Le test retenu par l'ILA est beaucoup plus proche de la formulation classique du *forum non conveniens* que l'on trouve en droit anglais. Il suffit en effet que le tribunal étranger soit jugé « manifestement plus approprié eu égard aux intérêts de toutes les parties » pour justifier un dessaisissement, sans qu'il soit nécessaire que le tribunal qui se dessaisit soit lui « clairement inapproprié », comme l'exige l'article 22 du projet de Convention de La Haye.

²⁹⁵⁶ Sur cette dernière question, v. les références citées *supra* note 1818. *Adde* P. LAGARDE, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1986, t. 196, 151, n° 152, qui explique que la rigidité des règles européennes de compétence s'explique dans la perspective fédérative de la convention, qui fait que les tribunaux des Etats membres « appartiennent tous à un même ordre juridique et [que], dans cette mesure, les règles de la convention peuvent être assimilées à des règles de compétence interne ».

Haye ? Pour répondre à cette question, il faut apprécier la nature spécifique des accords liant les Etats européens. La règle de litispendance s'insère en effet dans un cadre particulier où des règles de compétence précises et communes coexistent avec - et justifient - une très grande liberté de circulation des décisions. Les Etats membres ont souscrit à une règle de litispendance d'une portée jusqu'alors inconnue. Cette règle est appelée à jouer entre juges déclarés compétents sur base de chefs de compétence précis, qui sans être parfaits, éliminent pour une grande partie le risque de voir une affaire soumise à un juge « clairement inapproprié » au sens de l'article 22 de la Convention de La Haye. Si exception il doit y avoir à la priorité du juge premier saisi, elle ne sera dès lors appelée à jouer que dans des cas extraordinaires. Il faudrait alors qu'un juge européen apprécie la valeur relative des règles de compétence en jeu, un exercice pour le moins difficile et pour lequel la plupart des tribunaux nationaux ne possèdent pas d'expérience. De plus, l'introduction d'une exception éventuelle obligerait les Etats à définir de façon précise la version européenne du *forum non conveniens*. La grande force de la Convention de La Haye est en effet de pouvoir en appeler à la clause du for inapproprié prévue par le même texte, dont l'équivalent européen reste à construire.

Toutes ces données font qu'il semble peu judicieux de suivre la voie adoptée par les négociateurs de La Haye et de permettre au juge européen premier saisi de revenir sur la priorité que lui accorde l'exception de litispendance. Cette conclusion provisoire ne doit pas empêcher d'explorer d'autres pistes pour rencontrer les objections que soulève au niveau européen la priorité du juge premier saisi.

B. Vers une déférence coordonnée ?

661. Introduction – L'adjonction d'une pointe de *forum non conveniens* à la litispendance internationale permet d'en atténuer quelque peu le caractère arbitraire et de mieux répondre au souci d'une justice de droit matériel. Elle se révèle ainsi un judicieux complément à la priorité temporelle.

Il est une autre critique de l'exception de déférence qui mérite notre attention. Comme l'expliquait *M. Lagarde* à propos de l'exception de litispendance internationale, « lorsque le tribunal second saisi refuse de se dessaisir, il statue sans tenir en principe aucun compte de ce que décidera le tribunal premier saisi (et réciproquement) ». Et l'auteur d'en conclure que « [c]ette dualité d'instances ne peut qu'être défavorable à une bonne administration de la justice ».²⁹⁵⁷ Il ne faut pas se méprendre sur la portée de la critique : il ne s'agit pas de dénier à la chronologie procédurale toute prétention à constituer un mode de partage des procédures concurrentes. *M. Lagarde* constate simplement que lorsqu'un Etat fait sienne la priorité accordée à la première procédure, sa volonté d'en déférer au juge premier saisi ne sera pas d'un grand secours dès lors que le tribunal concurrent ne voit pas dans cette priorité une raison justifiant impérieusement qu'il se dessaisisse. Cette limitation de la priorité de saisine pourrait tout aussi bien être celle d'une règle de priorité fondée sur le caractère approprié des fors : lorsque seul le for plus approprié adhère à une règle de ce type, il refusera de faire droit à l'exception de déférence et statuera sur le litige tout autant que le tribunal concurrent.

²⁹⁵⁷ 155, n° 157. V. également CH. CHALAS, 491, n° 548 et W. HAU, 226.

Ainsi comprise, la critique touche toutes les règles de déférence *unilatérales*. Elle met en lumière les avantages, déjà évoqués, d'une exception de déférence acceptée conventionnellement. On peut se prendre à rêver et imaginer que l'ensemble des États concluront un jour une convention prévoyant une solution définitive aux conflits de procédures. Dans l'immédiat, il faut bien prévoir une solution pour les espèces qui échappent encore aux solutions conventionnelles. Entre les deux modes – coordination unilatérale et coordination fondée sur un accord exprès entre les fors concurrents – il y a sans doute place pour des variations que nous allons maintenant examiner.

On peut distinguer plusieurs variations, selon le degré de coopération judiciaire : la première s'entend d'une coopération 'passive', en ce qu'elle ne met en jeu que la seule décision d'un des fors concurrents (2). A un degré supérieur, des voix s'élèvent pour plaider en faveur d'une plus grande concertation entre instances judiciaires saisies concurrentement du même litige (3). Enfin, une solution extrême verrait la mise en place d'un tribunal international chargé de statuer sur les litiges privés (1). Nous examinerons successivement ces trois hypothèses.

1. UNE JURIDICTION INTERNATIONALE DE DROIT PRIVE ?

662. **Introduction** – La constitution d'une ou de plusieurs juridictions internationales constitue sans doute un des monstres du Loch Ness du droit judiciaire international, souvent évoqué mais jamais aperçu. La création d'une telle juridiction permettrait en théorie de mettre fin aux conflits de procédures. Dès lors que les parties soumettent leur litige à un tribunal international, il n'y aurait en effet plus de place pour une quelconque concurrence et donc un conflit entre tribunaux nationaux. Il faut cependant avouer que cette idée n'a que peu de chance d'aboutir. Pour d'évidentes raisons de réalisme et de pragmatisme, cette solution doit être rangée au rang de douce utopie, du moins après en avoir décrit les tenants et les aboutissants.

663. **Une idée lancée par les 'sociétés savantes' après la première guerre mondiale** – La question ne semble avoir été sérieusement étudiée que pendant la période de l'entre deux guerres. S'appuyant sur l'exemple fortement romantisé des tribunaux marchands du moyen âge, tranchant lors de foires et marchés les litiges opposant les commerçants de villes différentes,²⁹⁵⁸ ainsi que sur l'expérience plus récente des tribunaux arbitraux mixtes institués après la première guerre mondiale par le Traité de Versailles pour trancher les conflits entre États et particuliers,²⁹⁵⁹ de nombreux auteurs et

²⁹⁵⁸ On sait que cet exemple a été utilisé par les tenants de la *lex mercatoria* pour conférer une certaine légitimité historique à celle-ci. V. p. ex. C. SCHMITTHOFF, "The Unification of the Law of International Trade", *Journal of Business Law*, 1968, (105-119), 106-107, qui fait allusion aux "courts of piepowders existing in the Middle Ages to deal with commercial disputes between foreign and domestic merchants". Sur les abus de références historiques dans le débat sur la *lex mercatoria* v. N. E. HATZIMIHAIL, "The Many Lives – and Faces – of *Lex Mercatoria*: A Study of the Genealogy of International Business Law", *inédit*. D'autres ont évoqué l'existence de ces tribunaux marchands pour illustrer l'importance du contentieux commercial international, p. ex. D. F. VAGTS, "Dispute Resolution Mechanisms in International Business", *Recueil des cours*, 1987-III, t. 203, (9), 17. Plus récemment, M. Juenger a une fois de plus rappelé l'existence du *praetor peregrinus* à Rome et des tribunaux marchands du moyen âge pour souligner l'existence d'antécédents historiques à la création de tribunaux internationaux : F. K. JUENGER, "Some Comments on European Procedural Harmonization", *Am J. Comp. L.*, 1997, (931), 934-935 et du même, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, 23-24.

²⁹⁵⁹ Sur ces tribunaux et leur jurisprudence, v. F. RIGAUD, "Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 121-122, n° 84 ; R. BLÜHDORN, "Le fonctionnement et la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes créés par les traités de Paris", *Recueil des cours*, 1932-III, t. 41, 141-244 ; F. PARAIN, *Essai sur la compétence des tribunaux arbitraux mixtes*, Paris, 1927 ; J. TEYSSAIRE et P. DE LOLÈRE, *Les tribunaux arbitraux mixtes*, Paris, Ed. internationales, 1931, 243 p. ; J.-C. WITTENBERG, "Les tribunaux arbitraux mixtes et le droit international privé",

organisations se sont intéressés à l'idée de la création d'une juridiction internationale de droit privé. L'*International Law Association* s'est ainsi penchée sur la question suite à la suggestion d'un membre Hongrois lors de sa réunion de Stockholm en 1925.²⁹⁶⁰ Au départ l'idée d'une juridiction internationale avait une double finalité. Il s'agissait à la fois de permettre aux particuliers de régler leurs différends avec un Etat étranger et d'ouvrir une juridiction internationale offrant une solution neutre pour les litiges nés entre les particuliers d'Etats différents. La suggestion se greffait sur le débat classique relatif à l'accès des particuliers aux juridictions internationales.²⁹⁶¹

Déjà lors des travaux de l'*International Law Association*, l'opposition de certaines délégations avait toutefois poussé les partisans du projet à modérer leur ambition. A l'institution d'un tribunal mondial unique fut alors substitué un appel aux Etats à conclure des conventions bilatérales créant un tribunal à vocation régionale. Une résolution en ce sens fut adoptée par l'Association, non sans une sérieuse opposition.²⁹⁶² D'autres associations se sont alors emparées de ce thème, produisant résolutions et appels solennels, sans toutefois aboutir à un quelconque résultat concret.²⁹⁶³ Si l'on fait exception d'un projet franco-belge de création d'un tribunal mixte à caractère permanent,²⁹⁶⁴ l'idée de la création d'une instance judiciaire supranationale semble surtout avoir été confinée aux écrits - parfois un peu idéalistes - de certains auteurs.²⁹⁶⁵

J.D.I., 1931, 991-1003 et l'étude d'ensemble de C. CARABIBER, *Les juridictions internationales de droit privé. De l'arbitrage international à l'expérience des Tribunaux arbitraux mixtes et à l'institution de juridictions internationales permanentes de droit privé*, Neuchâtel/Paris, Ed. de la Baconnière/Ed. de la Colonne Vendôme, 1947, (374 p.) 161-296.

- ²⁹⁶⁰ P. DE AUER, "A Permanent Court in Civil Matters", *Reports of the 33rd Conference of the I.L.A. in Stockholm*, Londres, Sweet & Maxwell, 1925, 366-381. L'auteur du projet justifiait celui-ci en des termes qui n'ont rien perdu de leur actualité : "There is no doubt that we at the present time are witnesses of a great development in international commerce. This development will constantly increase in proportion to the augmentation of production which is in close connection with the spread of civilization and technical progress. This development will be also furthered by the perfection of the means of communication. There is, however, one obstacle to international commerce, and that is uncertainty in international judicial matters. The merchants fear to enter into business relations with a subject of such a country whose laws, law courts and legal practice are unknown to him, and in many cases he even apprehends a want of impartiality from the courts as a result of national prejudice. This unfortunate situation is capped by the difficulties in the way of enforcement of foreign judgments. It is now high time that something should be done upon the juridical terrain in the interests of international commercial traffic" (p. 366).
- ²⁹⁶¹ Question qui a longtemps animé la doctrine, v. P. W. GORMLEY, *The Procedural Status of the Individual Before International and Supranational Tribunals*, La Haye, M. Nijhoff, 1966, 206 p.; M. PILOTTI, "Le recours des particuliers devant la justice internationale", *Grandprobleme des internationalen Rechts. Festschrift für J. Spiropoulos*, D. S. CONSTANTOPOULOS et al (éds.), Bonn, Schimmbusch, & Co., 1957, 351-362, ainsi que SEFERIADES, "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales", *Recueil des cours*, 1935-I, t. 51, 5-117.
- ²⁹⁶² Résolution pp. 110-112 et rapport de la Pradelle, avec les débats, *Report of the 38th Conference*, 1935, pp. 71-112.
- ²⁹⁶³ M. Carabiber évoquait à ce sujet une "floraison de projets et de résolutions élaborés au sein de sociétés savantes ou d'unions internationales" (C. CARABIBER, *op. cit.*, 302). Parmi ces projets on peut noter les travaux de l'Institut de Droit International (le sujet fut mis à l'étude lors de la session de Lausanne en 1927 et une résolution fut adoptée à la session de New York de 1929 : *Annuaire*, t. 35, 268, résolution appelant à l'ouverture d'une instance de justice internationale pour les différends entre particuliers et les Etats); de l'Union interparlementaire (session de 1913, Paris et résolution votée à la session de Budapest en 1936 pour la création d'un tribunal international mixte); et les travaux de l'Union internationale des avocats (résolution adoptée en 1932, citée par C. CARABIBER, *op. cit.*, 304-305 et S. VANDEN KERCKHOVE, "Une juridiction internationale de droit privé", *J.D.I.*, 1935, (775), 789).
- ²⁹⁶⁴ V. les références citées par CARABIBER, *op. cit.*, 304 et VANDEN KERCKHOVE, *loc. cit.*, *J.D.I.*, 1935, (775), 791-792.
- ²⁹⁶⁵ P. ex. ANDRE-PRUDHOMME, "De la nécessité d'une juridiction internationale compétente à l'égard des litiges d'ordre privé mettant en jeu l'application des futurs Traités de Paix", *J.D.I.*, 1945, 725-729; S. VAN DEN KERCKHOVE, *loc. cit.*, *J.D.I.*, 1935, 775-804 (l'auteur était à l'époque membre du parquet près la cour de cassation de Belgique; il appelait à "l'institution d'une juridiction internationale de droit privé en matière commerciale et industrielle") et CARLANDER, "Esquisse d'une juridiction internationale de droit privé", *Revue norvégienne pour le droit international*, 1931.

664. **Le projet de M. Carabiber** - Le plus ardent défenseur de cette idée était sans doute M. *Carabiber*, qui a synthétisé sa pensée dans une étude parue en 1947²⁹⁶⁶ : après avoir procédé à une analyse des déficiences et lacunes du système des tribunaux arbitraux mixtes ainsi que de l'accès restreint des particuliers aux juridictions internationales par le biais de la protection diplomatique, l'auteur a développé en une cinquantaine de pages un projet détaillé de création d'une juridiction de droit international privé.²⁹⁶⁷ Cette solution était selon lui la seule permettant de s'abstraire des "conceptions particularistes qui caractérisent la règle de droit façonnée par les intérêts et les partis pris de chaque collectivité nationale".²⁹⁶⁸ Il envisageait une cour internationale compétentes pour les litiges opposant des personnes de nationalités différentes ou domiciliés dans des pays différents, et portant sur des "matières civiles et commerciales".²⁹⁶⁹ La compétence de cette institution serait dans un premier temps simplement facultative.²⁹⁷⁰

M. *Carabiber* lui-même reconnaissait cependant ce que son projet avait d'ambitieux. Il suggérait dès lors de commencer de façon modeste par la constitution de tribunaux régionaux, quitte à en arriver à terme à la création d'une cour suprême internationale régulatrice de l'organisation judiciaire internationale.²⁹⁷¹ Le seul résultat concret de ce débat semble avoir été le protocole signé à La Haye le 27 mars 1931 reconnaissant la compétence de la Cour Permanente de Justice Internationale pour l'interprétation des conventions de La Haye sur le droit international privé.²⁹⁷²

665. **La disparition des illusions après la seconde guerre mondiale** - Après la seconde guerre mondiale l'idée d'une juridiction internationale de droit privé a ressurgi épisodiquement, par exemple sous la plume de *Ernst Rabel*.²⁹⁷³ Récemment l'idée a été évoquée dans le contexte européen dans le cadre d'un colloque organisé par l'institut Max

²⁹⁶⁶ C. CARABIBER, *op. cit.*, 374 p. V. du même, "L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers", *Recueil des cours*, 1950-I, t. 76, 217-318.

²⁹⁶⁷ *Idem*, pp. 297-343.

²⁹⁶⁸ *Idem*, 299.

²⁹⁶⁹ Il détaille la compétence de la Cour aux pp. 310-322. On peut noter qu'il excluait les litiges relatifs au statut personnel et les différends immobiliers. Ne restait en fait que le contentieux commercial international, pour lequel l'arbitrage s'est toutefois depuis lors imposé comme solution de principe ! V. également S. VAN DEN KERCKHOVE, *loc. cit.*, *J.D.I.*, 1935, (775), 792-93 (l'auteur envisageait une cour compétente pour les litiges entre résidents de pays différents, qui appliquerait les droits nationaux ainsi que les "principes" du droit international privé et dont les jugements seraient exécutoires dans tous les Etats). Le tribunal international envisagé par la résolution de l'*International Law Association (supra)* visait quant à lui les litiges en matière civile et commerciale, entre parties résidents ou domiciliés dans des Etats différents ainsi que les litiges portant sur l'application d'une convention internationale qui renvoie elle-même à la juridiction du tribunal.

²⁹⁷⁰ C. CARABIBER, *op. cit.*, 313-314.

²⁹⁷¹ *Idem*, 325-328. V. également R. BLÜHDORN, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1932-III, t. 41, 238-239 (l'auteur note qu'il serait regrettable de se laisser perdre l'expérience des tribunaux arbitraux mixtes et accueille donc "avec le plus vif intérêt" (238) un projet de continuation de leur existence pour les différends de droit privé, litiges entre ressortissants de deux pays. Son projet ne vise pas à la constitution d'un seul tribunal mondial, mais bien d'une pluralité de tribunaux).

²⁹⁷² Ce protocole - adopté suite à la suggestion de l'Institut de Droit International d'étendre la compétence de la Cour aux litiges relatifs à l'interprétation des conventions de droit international privé, *Annuaire*, 1929, III, 305 - a été ratifié par la Belgique, le Danemark, les Pays-Bas, la Norvège et la Suède.

²⁹⁷³ E. RABEL, *The Conflict of Laws*, 2^{ème} éd., Ann Arbor, Michigan University Press, 1958, I, 195, 105 (en conclusion d'un chapitre consacré à l'harmonie des solutions, M. Rabel notait que "fervent hopes may well attach to supranational courts adjudging private actions of international significance" et conclut que "In my opinion regional international courts and a second division of the world court should be created to deal with various kinds of private claims having international significance", tout en soulignant la difficulté de mettre en pratique une telle idée en l'absence de règles de conflits universelles). V. du même, « International Tribunal for Private Matters », *Arb. J.*, 1948, vol. 3, 209 e.s.

Planck.²⁹⁷⁴ Lors de ce colloque, plusieurs auteurs ont émis la suggestion de créer des 'Federal Courts' en Europe, à l'image des tribunaux fédéraux américains. Cette suggestion, d'ailleurs nuancée par un sens du réalisme et un appel au principe de subsidiarité, est restée sans suite,²⁹⁷⁵ si ce n'est dans le domaine bien spécifique des brevets.²⁹⁷⁶

666. Un tribunal international de droit privé, une mauvaise 'bonne idée' ? - Au total l'idée d'une juridiction internationale de droit privé, ou d'un réseau de juridictions, ne semble pas avoir reçu d'autre support que symbolique.²⁹⁷⁷ En théorie au moins, la création d'une telle juridiction semble pourtant constituer la solution logique aux problèmes récurrents qui affectent les conflits de juridiction : un tribunal international ne pourrait être accusé de partialité envers l'une des parties.²⁹⁷⁸ Ses décisions, rendues selon des règles de procédure qui ne favorise ni l'une ni l'autre partie, pourraient être mises à exécution dans tous les pays. Elle permettrait le développement d'un savoir faire et d'une expertise qui manque parfois aux tribunaux nationaux confrontés sporadiquement à des litiges à dimension internationale.²⁹⁷⁹

Il faut toutefois reconnaître que cette idée soulève bien des questions qui semblent difficiles, voire impossibles à résoudre : on pense notamment à la définition des espèces

²⁹⁷⁴ V. O. REMIEN, "Rechtseinheit oder Einheitsgesetze? Zum Symposium 'Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung'", *RebelsZ.*, 1992, (300), 314.

²⁹⁷⁵ V. également à ce sujet, F. K. JUENGER, "Some Comments on European Procedural Harmonization", *Am J. Comp. L.*, 1997, (931), 934-935 ainsi que W. KENNET, "The Production of Evidence within the European Community", *Mod. L. Rev.*, 1993, (342), 357-358 (Mme. Kennet suggère de créer des tribunaux communautaires qui statueraient sur les litiges opposant des citoyens d'états membres différents - 'diversity of citizenship' - mais reconnaît les nombreuses difficultés que sa proposition soulève, et notamment la nécessité d'adopter des règles de procédures acceptables pour tous les Etats Membres tout en conservant une certaine utilité pour les justiciables pour les inciter à choisir de saisir ces nouveaux tribunaux). M. David a proposé une voie moyenne entre la création d'une véritable cour de justice internationale et le recours à l'arbitrage comme dans le cadre de la BIRD. Reconnaissant que les esprits n'étaient pas prêts à admettre la création d'une structure permanente empreinte de supranationalité, il suggèrait en 1974 de renforcer les institutions arbitrales en conférant à leurs sentences la même autorité qu'aux jugements définitifs rendus par les juridictions nationales (R. DAVID, "Juridictions arbitrales ou juridictions interétatiques?", in *Arbitrage commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Turin, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1974, 109-120). V. aussi les réflexions de Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 6ème éd., Paris, Dalloz, 1999, 530, n° 441 (qui semblent regretter l'inexistence de juridictions internationales aptes à connaître des litiges privés renfermant un élément d'extranéité). Adde, K. ZWEIFERT, "Die Rechtsvergleichung im Dienste der europäischen Rechtsvereinheitlichung", *RebelsZ.*, 1951, (387), 395.

²⁹⁷⁶ V. J. WILLEMS, "The European Patent Court of First Instance; A Problem-Solution Approach", *Intell. Eigendomsrecht*, 2000, 179 e.s.; "The First Steps Towards an Optional Protocol under the European Patent Convention on the Settlement of Litigation Concerning European Patents", *Journal of World Intellectual Property*, 2000, 775-801 et sur ce projet F. ADDAR et S. LUGINBRAHL, "The Structure Paper of the Working Party on Litigation Mandated by the Inter Governmental Conference of the Member States of the European Patent Organisation on the Reforms of the Patent System in Europe", *Eur. I.P.R.*, 2000, Forum 2-12 (également disponible sur [www.ige.ch/D/jurinfo/j12.htm]).

²⁹⁷⁷ La Cour permanente d'arbitrage, qui ne semble pas remporter un succès important, ne peut être considérée comme une juridiction internationale à proprement parler. Elle se borne à mettre à la disposition des intéressés des facilités d'arbitrage aboutissant à une simple sentence arbitrale, qui doit encore recevoir l'assentiment des juridictions d'un pays pour pouvoir être exécutée, v. *Cour Permanente d'arbitrage : première conférence des membres de la Cour*, La Haye, International Bureau, Palais de la Paix, 1993, 139 p. La même observation peut être faite pour l'arbitrage CIRDI, qui d'ailleurs ne vise que les différends entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

²⁹⁷⁸ Cet argument fut notamment invoqué lors des débats précédant l'adoption de la résolution de l'International Law Association, v. *supra*, ce qui ne doit pas étonner puisque la discussion eu lieu peu de temps après la fin de la première guerre mondiale, les animosités étaient encore fort vives.

²⁹⁷⁹ V. les réflexions de M. Schlosser, qui note que "For individual judges and other in judicial authorities, it is almost impossible to acquire the experience necessary for an efficient and expeditious management of transborder co-operation" : P. SCHLOSSER, "Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation", *Revueil des cours*, 2000, t. 284, (9), 403.

soumises à la juridiction de la Cour, au caractère exclusif ou facultatif de sa compétence, à l'existence d'une possibilité d'appel ou encore à la détermination du droit et des règles de procédures que les juges appliqueront.²⁹⁸⁰ On peut encore évoquer la difficile coexistence d'un tel tribunal avec les pouvoirs judiciaires nationaux et l'obligation de prévoir des règles de conflit pour déterminer les relations avec les tribunaux d'Etats ne participant pas au système. A ces obstacles 'juridiques' s'ajoutent des craintes plus terre à terre, comme celle de voir l'issue des litiges sérieusement retardée par un détour vers un tribunal qui risque d'être assailli des demandes les plus diverses ou encore la peur de certaines professions juridiques de voir leur échapper une partie du contentieux qui assure leur subsistance. De plus, on peut se demander quelle serait la plus-value d'une juridiction proprement internationale, puisque, comme on l'a rappelé, « l'élément international ne change pas la nature du procès ».²⁹⁸¹

On pourrait certes pallier les difficultés et calmer les peurs que ne manqueront pas de soulever cette idée dès lors que l'on s'en tient à une version plus modeste du projet. Ce serait par exemple le cas s'il s'agissait de la mise en place d'une juridiction dont la compétence se limiterait à un espace régional bien défini, composé d'Etats aux cultures juridiques proches. Une autre alternative consisterait à limiter la compétence du tribunal international au règlement des conflits de procédures : les juges supranationaux n'interviendrait qu'en présence d'un conflit opposant des tribunaux nationaux concurremment saisis du même litige.²⁹⁸² Il reste que même sous cette forme plus réduite, un tribunal ne manquerait pas de soulever les problèmes déjà évoqués inhérents à tout transfert de souveraineté. En outre, on a constaté l'absence d'unanimité sur les règles devant présider à la résolution des conflits de procédures. A quoi servirait-il de mettre sur pied une structure du type d'une cour internationale si c'est pour lui laisser entière liberté pour résoudre des conflits sans lui en donner les instruments?

Comme on l'a rappelé,²⁹⁸³ la création d'une cour internationale ferait d'ailleurs double emploi, du moins pour une partie du contentieux international privé, avec les tribunaux arbitraux - dont on connaît le succès et la légitimité acquis ces dernières décennies.²⁹⁸⁴

²⁹⁸⁰ Une solution moins radicale, mais qui n'apporterait sans doute que peu de bénéfices en termes de coopération internationale, consisterait à créer dans chaque pays une ou plusieurs juridictions spécialisées qui prendraient connaissance des litiges à dimension internationale. L'avantage réside alors plus dans la spécialisation que dans une coordination accrue. Le *Deutsche Rat für Internationales Privatrecht* a émis une telle suggestion dans les années 1980 lors de la réforme du droit international privé allemand, V. *RabelsZ.*, 1982, 743-745. Cette suggestion a été reprise par l'Institut Max Planck dans ses commentaires portant sur la réforme du droit international privé ("Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts", *RabelsZ.*, 1983, (595), 690). Le droit allemand s'est laissé séduire par une tentative modeste de centralisation. Selon le *Rechtshilfesordnung in Zivilsachen*, toute demande de coopération judiciaire internationale doit d'abord être adressée aux présidents des tribunaux, qui ont reçu délégation des ministères de la justice des Länder pour apprécier les demandes, v. H. SCHACK, *IZVR*, 3^{ème} éd., 80-85 et R. GEIMER, *IZPR*, 4^{ème} éd., 1056-1060.

²⁹⁸¹ H. BATIOFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. 2, 1983, n° 669, qui expliquent que « La raison [de l'inexistence de juridictions internationales privées se trouve certainement dans l'observation que l'élément international ne changeant pas la nature du procès, il a jusqu'ici paru arbitraire et peu utile d'enlever un procès au juge le plus accessible et le plus qualifié pour apprécier la substance des affaires de ce genre ». Dans le même sens, H. GAUDEMET-TALLON, v° Compétence civile et commerciale, *Répertoire de droit international*, 2^{ème} éd., 1998, n° 5.

²⁹⁸² Idée évoquée par H. SMIT, in A. LOWENFELD et L. J. SILBERMAN, *The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments...*, Yonkers, Juris Publishing, 2001, 98 : M. Smit expliquait à l'occasion d'un colloque consacré au projet de convention de la Haye qu'il serait possible de confier à une autorité supra-nationale le soin de trancher le conflit opposant deux tribunaux qui tout deux se disent le plus approprié. Il pense à l'arbitrage pour remplir cette mission.

²⁹⁸³ F. K. JUENGER, "Some Comments on European Procedural Harmonization", *Am J. Comp. L.*, 1997, (931), 935 ("one may well question whether there is any real need for such special courts, given the fact that non-national tribunals for private transnational dispute resolutions already exist", et l'auteur d'en référer à l'arbitrage).

Comme toutes les idées nouvelles, la mise en place d'une telle cour pourrait n'être qu'une question de courage et d'audace.²⁹⁸⁵ Au moment où nous écrivons ces lignes, il ne semble pas que même les plus téméraires des juristes soient prêts à relever le défi ! On mesure la distance qui reste à parcourir lorsque l'on sait que les Etats se montrent extrêmement réticents à envisager une mesure plus modeste, qui consiste à conférer à une instance supranationale la charge d'interpréter les dispositions de la future Convention de La Haye.²⁹⁸⁶ Au total, on peut donc ranger cette idée au rayon des utopies sans suite.²⁹⁸⁷

2. UNE COOPERATION JUDICIAIRE RENFORCEE : LA METHODE REFLEXIVE

667. Introduction - La création d'une juridiction internationale de droit privé, même limitée à une mission de résolution des conflits de procédures, paraît peu réaliste. Il ne faut pas pour autant exclure toute amélioration de la coopération judiciaire qui pourrait aboutir à une meilleure coordination des procédures concurrentes.

On a vu qu'une des limites les plus flagrantes de la priorité temporelle est son application à sens unique : une fois établi qu'il est premier saisi, le juge ne se préoccupera plus de la concurrence de procédures, puisque la règle lui confère la priorité. Cette indifférence au traitement global du conflit de procédures n'est certes pas néfaste lorsque les deux juges partagent la même préférence pour la chronologie procédurale, soit parce qu'elle est

²⁹⁸⁴ Notons toutefois que depuis quelques années, de voix se font entendre pour réclamer la création d'un tribunal international qui serait chargé de superviser l'exécution des sentences arbitrales et de se prononcer sur leur annulation éventuelle. L'idée avait été lancée par M. RUBINO-SAMMARTINO, "An International Arbitral Court of Appeal as an Alternative to Long Attacks and Recognition Proceedings", *J. Int'l Arbitration*, 1989, 181 e.s. Elle a depuis été reprise notamment par H. HOLTZMANN, "A Task for the 21st Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Awards", in *The Internationalisation of International Arbitration. The LCLA Centenary Conference*, Londres, Graham & Trotman, 1995, 109 e.s. et dans le même ouvrage, S. M. SCHWEBEL, "The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards", 115 e.s. Depuis lors le débat a été alimenté par quelques affaires retentissantes dans lesquelles une sentence arbitrale a été exécutée dans un pays alors même qu'elle avait été annulée par les tribunaux du pays du siège de l'arbitrage, p. ex. l'affaire *Chromalloy: Chromalloy Aero-Services, Inc. v. Government of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996) ; *Y.C.A.*, 1997, 1001 et dans la même affaire, Paris, *Reu Arbitrage*, 1997, 395 ; *Y.C.A.*, 1997, 691. Cette affaire et d'autres comme l'affaire *Hilmarton* ou encore celle de la société *Sonatrach* ont incité certains à relancer le débat sur la création d'un tribunal arbitral international : v. p. ex. J. WERNER, "An Agenda for the Millenium", *J. Int'l Arbitration*, 1999, 1-4, spéc. 3-4 et du même, "Introduction - The 7th Geneva Global Arbitration Forum", *J. Int'l Arbitration*, 1999, (55), 57-61 et les réactions diverses exprimées dans le même numéro par J. S. SMIT, 71-72 (se montre très réservé) ; G. M. BERESFORD HARTWELL, 75-76 (rejete l'idée) ; A. DIMOLITSA, 77-79 (appuie la création d'une cour) et L. LEVY, 83-85 (n'est pas en faveur de la création d'une telle cour). Sur ce débat se greffe un autre relatif à la prolifération des institutions arbitrales et à la nécessité de coordonner leurs activités, v. H. SMIT, "The Future of International Commercial Arbitration: A Single Transnational Institution?", *Columbia J. Transnat'l. L.*, 1986, 9-34.

²⁹⁸⁵ Comme l'écrivait Oliver Wendell Holmes, "Once the mind of mankind has ben stretched by a new idea, it will never return to its former dimension".

²⁹⁸⁶ Aucune des Conventions de La Haye n'a jamais prévu la mise en place d'un organe interprétatif *ad hoc*, les Etats membres préfèrent confier cette tâche à leurs propres tribunaux. Il en ira sans doute de même pour la future Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements. L'article 40 du projet de Convention prévoit l'instauration d'un panel d'experts qui pourrait à la demande des parties ou des tribunaux d'un Etats contractant, donner des avis interprétatifs non contraignants. Cette disposition n'a toutefois pas encore été définitivement adoptée.

²⁹⁸⁷ V. aussi les réflexions de M. Vagts : après avoir passé en revue les avantages et inconvénients des systèmes de résolution de litige dans le droit du commerce international, l'auteur conclut en se demandant si "one wonders about the possibilities of an intermediate institution, State supported and regulated, but international in character, that would handle transnational commercial disputes in much the same way as the ICSID handles investment controversies", D. F. VAGTS, "Dispute-Resolution Mechanisms in International Business", *Recueil des cours*, 1987-III, t. 203, (9), 88.

prévue dans une règle conventionnelle, soit parce qu'elle est imposée par leur droit commun.

A défaut, le risque est grand que les fors concurrents prennent des décisions contradictoires. Le tribunal décidera alors non seulement du sort de la procédure dont il est saisi, mais également de la solution à donner au conflit de procédures dans son ensemble.²⁹⁸⁸ Or cette dimension sera absente de sa réflexion : le tribunal ne se préoccupera que de sa partie du conflit de procédures, sans prêter attention à ce qui se passe 'de l'autre côté du miroir'. Partant, si le conflit de procédures trouve une solution, ce sera le fait du hasard, de l'heureuse rencontre de deux solutions nationales qui s'accordent. Il n'est qu'avec l'injonction *anti-suit* que la résolution globale du conflit de procédures est véritablement prise en compte. Le for de l'interdiction prend en effet sur lui non seulement de se préoccuper de la procédure dont il est saisi, mais également d'influencer de façon décisive le sort de la procédure concurrente.

Le constat des limites des solutions nationales n'est pas propre aux conflits de procédures. L'absence de prise en compte du sort global des conflits de procédures est en réalité une conséquence inévitable des compétences limitées de chaque Etat : dans l'état actuel des relations internationales, il n'est pas question pour un tribunal de dicter à un autre quelle conduite il doit adopter. La limitation inhérente à toute solution nationale tranche cependant avec la nature essentiellement *internationale* des conflits de procédures : par essence deux (ou plusieurs) ordres juridiques seront concernés. Et leur implication n'est pas seulement virtuelle, mais bien réelle comme le témoigne la saisine effective de leurs tribunaux. On peut dès lors se demander s'il ne serait pas bénéfique d'intégrer cette dimension internationale au raisonnement des juges concernés - sans toutefois adopter la solution agressive de l'injonction *anti-suit* dont on a vu qu'elle ne pouvait être retenue.

668. Prise en compte de la solution globale du conflit de procédures – Pour dépasser la limitation inhérente aux solutions nationales, on peut envisager d'intégrer à la règle de priorité temporelle un pronostic relatif à l'issue du conflit de procédures, tout comme le juge second saisi est parfois invité à prendre en compte la possibilité de reconnaissance de la future décision étrangère (*infra*, n° 716). Concrètement il s'agirait pour le tribunal qui statue selon les critères que lui dicte sa *lex fori*, de *tenir compte* dans sa décision de la solution que le tribunal concurrentement saisi apportera probablement au conflit de procédures qui les oppose. En pratique on ajouterait ainsi au raisonnement du for de la coordination une dimension supplémentaire, en l'obligeant à aller voir "de l'autre côté du miroir". On pourrait évoquer à cet égard une *méthode réflexive*, qui constituerait une manière de compromis entre la solution nationale et celle dérivant d'une convention internationale.

La démarche a trouvé un début de concrétisation dans certaines décisions anglaises, qui se sont souciées, dans le cadre de l'appréciation d'une exception de for inapproprié, du sort que connaîtrait probablement la procédure concurrente. A titre d'exemple on peut citer une décision de la Cour d'Appel anglaise, dans un litige qui l'opposait à un tribunal suisse concurrentement saisi.²⁹⁸⁹ La Cour devait se prononcer sur une demande de sursis à

²⁹⁸⁸ Comme l'écrivent MM. North et Foxett à propos de l'exception de for inapproprié : "If litigation involving the same parties and the same issues is continuing simultaneously in two different countries [...] the issue facing the English court is not simply that of deciding to which of the alternative fora the plaintiff should have to go to bring his action. Instead, the choice is between, on the one hand, trial in England *plus* trial abroad (if a stay is refused) and, on the other hand, trial abroad (if a stay is granted)" (Cheshire et North, 1999, 347).

²⁹⁸⁹ *First National Bank of Boston v Union Bank of Switzerland*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (C.A.)

statuer formulée en raison du caractère soi-disant plus approprié du tribunal suisse. Au cours de son examen des facteurs informant le *forum non conveniens*, le juge Kerr nota que le droit suisse prévoyait une exception de litispendance internationale, qui ne manquerait pas d'être opposée à la saisine du juge suisse second saisi. Il expliqua toutefois qu'à son sens, le juge suisse ne ferait pas droit à une exception de ce type, parce qu'un éventuel jugement anglais ne serait pas reconnu en Suisse.²⁹⁹⁰ Et le juge d'en déduire que la procédure suisse poursuivrait son cours quelle que soit l'issue de l'instance engagée en Angleterre. On peut déduire des termes utilisés que la Cour vit dans cette circonstance un argument supplémentaire justifiant l'accueil de l'exception de for inapproprié au profit de la procédure suisse.²⁹⁹¹ Certes, cette circonstance ne justifiait pas à elle seule que le juge anglais s'efface au profit de son collègue suisse. Elle n'est venue que renforcer une décision qui s'appuyait sur une analyse des liens unissant le litige aux fors en présence.

La démarche est toutefois séduisante. Elle semble en effet se déduire naturellement de l'ordre des choses, tant elle reflète la dimension essentiellement internationale des conflits de procédures. Lorsqu'il prend en compte le sort de la procédure étrangère concurrente, le juge du for anticipe en quelque sorte sur la réaction du juge concurrentement saisi, pour en tirer des conclusions quant à une éventuelle résolution du conflit de procédures. Même si la dimension réflexive du règlement des conflits de procédures reste pour l'instant isolée,²⁹⁹² elle mérite que l'on s'y intéresse.²⁹⁹³ On se demandera ainsi quels bénéfices on pourrait tirer d'une telle méthode.

669. Rapprochements avec d'autres méthodes de coordination des systèmes -
Une comparaison avec d'autres doctrines visant à assurer la coordination des systèmes peut illustrer la portée exacte de la méthode réflexive.²⁹⁹⁴ Celle-ci se rapproche

²⁹⁹⁰ Sur la condition du pronostic de reconnaissance en droit suisse, *supra*, n° 717.

²⁹⁹¹ Le juge Michael Kerr expliqua notamment que "Finally, and of great importance, there is the fact that the Swiss action will go on whatever may happen in England" : [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (CA).

²⁹⁹² V. également *Cleveland Museum of Art v Capricorn*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 166, 174 (dans cette espèce, le juge anglais a tenu compte de la future décision du juge américain également saisi, en observant qu'il était possible mais assez incertain que ce dernier juge accorde l'abstention, ce qui justifiait d'autant plus que le for s'abstienne. Le juge anglais observa que le juge de l'Ohio allait sans doute refuser de surseoir à statuer et que "In that event, there would be two concurrent proceedings in two jurisdictions with all the further grave disadvantages described by Lord Diplock [in *Abidin Daver*]", ce qui justifiait d'autant plus qu'il s'abstienne) et *The Oincoussin Pride*, [1991] 1 Lloyd's Rep. 126 (Q.B.) (le juge constata que s'il ne surseoir pas à statuer, des procédures concurrentes subsisteront, avec le gaspillage attendant. Il attendit dès lors que le juge de l'Alabama statue sur la demande de sursis à statuer qui lui avait été soumise. Lorsqu'il apparut que le sursis avait été rejeté, le juge anglais accorda un sursis à statuer en déférence à la procédure américaine, le tribunal américain étant le plus approprié. La décision du juge américain a certainement influencé l'octroi du sursis). V. également *Butler v Butler*, [1997] 2 All ER 822; [1998] 1 W.L.R. 1208, [1997] 2 FLR 311, [1997] Fam. Law 603 (CA) (la décision de la Cour d'appel fait apparaître qu'en première instance, le juge avait évoqué la possibilité que le juge américain, concurrentement saisi d'une demande de divorce, puisse faire droit à la demande de sursis à statuer; sans y accorder un poids décisif, il avait néanmoins conclu, sur base d'une appréciation globale, que l'instance introduite en Angleterre devait se poursuivre. En appel, l'argument fut à nouveau évoqué mais cette fois-ci par le mari, qui avait engagé la procédure anglaise. Selon son conseil, le tribunal de Floride donnerait priorité au tribunal anglais premier saisi. La Cour ne prêta guère attention à cet argument, se contentant de noter que le tribunal de Floride était manifestement le plus approprié).

²⁹⁹³ V. également la règle de litispendance prévue pour le contentieux de la garde des enfants mineurs aux Etats-Unis. La section 206 de l'*Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, proposé en 1997 et en vigueur dans 17 Etats américains, précise que le tribunal qui découvre qu'une procédure concurrente est déjà pendante dans un autre Etat se doit d'entrer en communication avec le tribunal concurrent. Si celui-ci refuse de renoncer à statuer, alors le tribunal second saisi se dessaisira. Ce faisant, cette disposition impose au tribunal d'attendre de savoir quelle sera l'issue de la procédure concurrente avant de se prononcer. On peut y voir une manière de méthode réflexive. Sur cette disposition, R. G. SPECTOR, "The New Uniform Law with Regard to Jurisdiction Rules in Child Custody Cases in the United States", *Yearb. Private Int'l. L.*, 2000, (75), 91-92.

²⁹⁹⁴ V. sur ces méthodes p. ex. les explications de F. RIGALX et M. FALLON, DIP, t. I, éd. refondue, 248-264.

singulièrement de la théorie générale de référence à l'ordre juridique compétent développée par M. Picone.²⁹⁹⁵ Tout comme cette dernière, la méthode réflexive vise à garantir l'harmonie internationale des décisions. Pour ce faire, elle se base sur la donnée essentielle de l'appartenance d'une situation internationale à plusieurs ordres juridiques, et donc de la nécessité de prévoir que cette situation peut être jugée simultanément par plusieurs ordres juridiques. Enfin, dernier rapprochement possible, elle constitue un correctif aux solutions traditionnelles, sans viser à les remplacer entièrement.

Au contraire de la distinction proposée par M. Droz entre for de raisonnement et for de jugement,²⁹⁹⁶ ainsi que de la *Foreign Court Theory* dont il s'inspire,²⁹⁹⁷ il ne s'agit pas d'emprunter au for étranger la solution qu'il prévoit pour une situation donnée, mais de confronter cette solution à celle prévue par les règles du for. La méthode réflexive évite l'écueil du flou et de l'incertitude que charient le for de raisonnement et la référence à l'ordre juridique compétent : lorsqu'il se penche sur la solution qu'apporterait le for concurrent, le for de la coordination n'aura en effet aucune difficulté à identifier l'ordre juridique étranger de référence. Celui-ci est par hypothèse connu puisqu'il a été saisi.²⁹⁹⁸ Un problème de prévisibilité se pose cependant puisqu'il s'agit de prédire quelle sera la réaction du for étranger et donc d'appliquer ses règles de conflit de procédures. Ceci ne posera pas de difficulté particulière lorsque la règle est fondée sur un automatisme qui ne laisse que peu de place à l'appréciation par la juge, comme c'est par exemple le cas avec la litispendance européenne. Lorsque par contre la règle d'abstention du for étranger lui impose d'évaluer la force respective des fors en présence, comme c'est le cas du *forum non conveniens*, ou tout simplement concède une marge d'appréciation globale au juge, à l'instar de la règle de litispendance du droit commun français, il peut être plus difficile pour le juge étranger de prévoir quelle solution le for va adopter.

670. Champ d'application limité de la méthode réflexive - On aperçoit déjà les avantages et les limites de la méthode réflexive. A l'actif de la méthode, il faut tout d'abord reconnaître qu'elle traduit bien la dimension intrinsèquement internationale des conflits de procédures. La méthode réflexive permet d'intégrer une appréciation *globale* du conflit de procédures dans un mécanisme qui reste unilatéral. En coordonnant sa réponse sur celle du for étranger, le juge pourra d'autant mieux contribuer à résoudre le conflit.

Son champ d'application potentiel est cependant *limité*. Cette méthode n'a en effet pas sa place lorsque le conflit de procédures fait l'objet d'une solution négociée. L'existence d'un standard commun obvie en effet à la nécessité d'un examen de la solution apportée par l'autre for, puisque par hypothèse celle-ci sera identique à celle du for. Reste donc uniquement l'hypothèse d'un aménagement à une règle *unilatérale*.

²⁹⁹⁵ V. P. PICONE, "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 1999, t. 276, (9), 119-142 et du même "La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé", *Recueil des cours*, 1986, t. 197, 229-419 ; *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padoue, Cedam, 1986, 269 p. - et le compte-rendu de cet ouvrage par B. ANCEL, *R.C.D.I.P.*, 1988, 187-197.

²⁹⁹⁶ G. A. L. DROZ, "Regards sur le droit international privé comparé", *Recueil des cours*, 1991-IV, t. 229, 351-367 ; G. A. L. DROZ, "Les droits de la demande", *Travaux comité français D.I.P.*, 1993-1995, 108 e.s. Sur cette distinction V. aussi, E. PATAUT, *op. cit.*, Paris, L.G.D.J., 1999, 275-281 ainsi que A. BUCHER, "Le for de raisonnement", in *Pluribus Unum Liber Amicorum Droz*, A. BORRAS et al. (eds.), Kluwer, 1996, 41-50.

²⁹⁹⁷ Sur la *foreign court theory* en général, v. CHESHIRE et NORTH, 1999, 55-64 ; E. PATAUT, *op. cit.*, Paris, L.G.D.H., 1999, 274-275 ; P. LAGARDE, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1986, t. 196, 159 e.s.

²⁹⁹⁸ Sur les difficultés, dans le cadre de la distinction entre for de jugement et for de raisonnement, de déterminer avec certitude quel est le for du raisonnement, V. A. BUCHER, *loc. cit.*, in *Mélanges Droz*, (41), 49-50 (qui relève le "caractère approximatif" de la suggestion faite par M. Droz de s'en remettre au for du défendeur). Dans le même sens, E. PATAUT, *op. cit.*, Paris, L.G.D.J., 1999, 176, n° 408.

671. **La méthode réflexive comme correctif à la priorité temporelle** - Il faut à cet égard se demander quels bénéfices on pourrait retirer d'une telle initiative. Si utile il y a, c'est sans doute comme *correctif* à la priorité temporelle et non comme fondement propre à la coordination. La méthode réflexive permet avant tout au juge d'arriver à une *évaluation* du sort réservé au conflit de procédures. L'obligation qui lui est faite de s'arrêter sur la solution que suivra le juge étranger, sans se confiner à la seule réponse que lui dicte son propre droit, permet une prise de conscience du résultat global de la concurrence de procédures. Lorsque la solution étrangère correspond à celle du for sans entrer en conflit avec elle, le point de vue réflexif permette de *valider* le raisonnement du for.

Supposons qu'un tribunal français et un tribunal allemand aient été saisis du même litige, la procédure allemande ayant été engagée après la procédure française. La méthode réflexive permettra aux juges de confirmer la solution à laquelle conduit leur règle de litispendance respective (*supra*). Le tribunal allemand constatera en effet que son homologe français doit rejeter l'exception de litispendance et conserver la maîtrise de l'espèce. C'est précisément la solution que lui dicte son propre droit, qui l'enjoint de se dessaisir en faveur du juge français premier saisi. Le point de vue réflexif permet ainsi aux tribunaux de se convaincre de la validité des résultats auxquels ils aboutissent non seulement au regard des critères de leur ordre juridique respectifs, mais également pour la totalité du litige.

672. **La méthode réflexive comme correctif à la priorité temporelle (suite)** - La contribution de la méthode réflexive est plus difficile à déterminer lorsque les règles des pays concernés ne permettent pas de résoudre le conflit. Qu'apporte en effet la dimension réflexive lorsqu'il apparaît que l'addition des deux solutions nationales ne permet pas de résoudre le conflit? Prenons l'exemple d'un conflit soumis d'abord aux tribunaux allemands et ensuite aux tribunaux belges, et ce en dehors de toute obligation conventionnelle. On a vu que les tribunaux belges se montrent dans cette hypothèse indifférents à toute mesure de coordination internationale. Le tribunal allemand quant à lui doit également conserver la maîtrise du litige puisqu'il a été premier saisi.

Quelle peut être alors la fonction de la dimension réflexive? S'il ne s'agit que de faire apercevoir aux tribunaux belges le résultat de leur refus obstiné de toute coordination, on objectera à juste titre que le résultat est bien maigre. Cette prise de conscience n'enlève rien à l'existence du conflit. Si par contre l'introduction d'un test de réflexivité doit conduire à une correction de la solution que dicte le droit national, encore faut-il vérifier qu'un tel changement est possible et quelle forme il doit prendre. Dans l'exemple précité, on peut douter que le tribunal belge change radicalement son fusil d'épaule et accepte, parce qu'il prend conscience du risque de voir le conflit persister, de renoncer à exercer une compétence, prenant le contre-pied d'une jurisprudence plus que constante.

Dans la majorité des cas, l'effet utile de la dimension réflexive se limitera sans doute à une certaine prise de conscience des effets néfastes du refus de coordination. A moins d'espérer un miracle, on ne peut attendre d'un tribunal qu'il remette en question la règle de conflit de procédure que lui dicte son droit, pour la seule raison qu'il apparaît que cette règle ne permet pas, dans un cas donné, de mettre fin au conflit. Une telle remise en question dépasserait d'ailleurs souvent les limites de la liberté prétorienne.

673. **La méthode réflexive comme ingrédient d'une règle discrétionnaire** - Comme instrument de réforme, la perspective réflexive n'a pas un potentiel de

persuasion plus important que d'autres doctrines. S'il est un rôle pour la perspective réflexive, c'est uniquement lorsque le tribunal qui l'intègre, dispose déjà d'une règle de coordination qui lui laisse une certaine marge d'appréciation. On pense au déclinatoire de connexité européen ou encore à l'exception de for inapproprié.

Dans cette hypothèse, la méthode réflexive pourrait conduire le for de la coordination à revenir sur sa décision lorsqu'il constate que celle-ci laisse entier le conflit : s'il apparaît par exemple que les deux fors possèdent un titre de valeur égale pour trancher le litige, la perspective de voir se poursuivre le conflit pourrait inciter le juge à accueillir l'exception de for inapproprié. Il n'y aura pas à notre sens de grande difficulté à intégrer une telle dimension réflexive dans le syllogisme ouvert que constitue le *forum non conveniens*. Une telle perspective apporterait une dimension qui lui fait parfois cruellement défaut, puisqu'on a vu que bien souvent les tribunaux anglais et américains se montrent indifférents à l'existence d'une concurrence de procédures. Y ajouter une dimension réflexive augmenterait l'attention consacrée aux conflits de procédures. Un *forum non conveniens* mâtiné d'une perspective réflexive ressemblerait de fort près à la règle de l'abstention internationale (cfr. *supra*, n° 576).

674. Problèmes pratiques d'application – Les difficultés de principe évoquées à l'encontre de la méthode réflexive se conjuguent avec d'importants problèmes d'application. Comme les autres méthodes de coordination, la dimension réflexive se heurte tout d'abord à un problème de *prévisibilité* : aller voir de l'autre côté du miroir signifie qu'il faut prévoir ce que le for étranger décidera à propos de la procédure dont il est saisi. L'effort demandé au for peut être considérable puisqu'il devra se mettre à la place du juge étranger et adopter son mode de raisonnement. La difficulté ne sera pas insurmontable lorsque le droit étranger possède une règle précise et qui laisse peu de place à l'interprétation pour résoudre les conflits de procédures, par exemple une exception de litispendance internationale.

Il en ira tout autrement lorsque résolution de la concurrence de procédures fait l'objet, dans le droit étranger, d'une pluralité de règles aux contours plus ou moins bien définis. On pense par exemple au droit américain qui conjugue une règle offensive, l'interdiction de procéder, avec plusieurs déclinaisons différentes de la règle de coordination, qui laissent toute une certaine marge d'appréciation au juge. Dans ce cas on peut craindre qu'il soit difficile au juge du for de prétendre pouvoir prédire quelle issue le conflit de procédures connaîtra selon le droit étranger. La méthode réflexive ne fonctionne en réalité que dès lors que les juridictions concernées connaissent des règles de conflit facilement maniables.

La méthode réflexive ne souffre pas seulement d'un problème de prévisibilité. A l'instar des autres méthodes de coordination, elle se heurte également à l'objection du 'cercle vicieux'.²⁹⁹⁹ On peut craindre en effet que la dimension réflexive ne constitue plus un problème qu'une solution lorsque les deux Etats concernés l'ont fait leur. Que décider en effet si l'Etat du for concurrent impose également à ses tribunaux de tenir compte de la solution que le tribunal étranger apportera au conflit de procédures? Il deviendra difficile dans une telle hypothèse d'encore apprécier le sort que réservera le for étranger à une procédure concurrente, puisque cette solution dépendra elle-même de celle retenue par le for. La dimension réflexive peut être en quelque sorte la victime de son propre succès et

²⁹⁹⁹ Pour la 'Foreign Court Theory' le for du raisonnement, v. A. BUCHER, *l.c.*, *E Pluribus Unum, Liber Amicorum Droz*, A. BORRAS et al. (éds.), Kluwer, 1996, (41), 43.

son application devenir plus difficile à mesure qu'elle se répand. Cet écueil bien connu de la réciprocité met un bémol à l'utilité de la méthode.

675. Conclusion : une utilité limitée - Au total, les perspectives d'utilisation de la dimension réflexive sont singulièrement limitées. Comme les autres méthodes de coordination de systèmes, notamment celle de référence à l'ordre juridique compétent, la méthode réflexive semble devoir se limiter à une application ponctuelle dans des cas exceptionnels.

Une chose est en effet pour un tribunal de s'enquérir de la réaction probable d'un for concurrent, autre chose serait de l'obliger à tenir compte de cette réaction et de modifier au besoin la solution que lui impose son propre droit. Ce serait hypothéquer radicalement la règle de conflit de procédure du for, qui devrait s'effacer devant celle du for étranger. Une telle mesure remettrait en question la pertinence même de la réglementation du for. Sans aller jusqu'à une telle extrémité, on peut imaginer que la méthode réflexive débouche sur une possibilité pour le juge d'entrer en communication avec son collègue étranger pour examiner s'il est possible de résoudre le conflit. C'est l'hypothèse que nous allons examiner maintenant.³⁰⁰⁰

3. UN DIALOGUE ENTRE JUGES : LA DEFERENCE CONCERTEE

676. Introduction - La perspective réflexive a l'avantage de pouvoir être adoptée unilatéralement par tout ordre juridique, même si on ne doit pas en attendre des miracles. Sur le chemin qui mène de l'unilatéralisme pur à une approche multilatérale il existe une autre solution qui permet de dépasser les limites d'une approche nationale sans toutefois devoir attendre la conclusion d'une convention mondiale générale. Il s'agit de permettre aux tribunaux concernés de dialoguer, d'entrer en communication.

La suggestion n'est pas neuve. Elle a été évoquée par plusieurs commentateurs, et non des moindres, à la fois dans le contexte général de la coopération judiciaire internationale et dans le cadre particulier des procédures concurrentes. Mme. *Kessedjian* a la première vanté les mérites d'une approche concertée : évoquant la question des conflits de procédures dans le cadre des négociations de La Haye, elle avait laissé entendre qu'une approche concertée des fors concurrents permettrait de résoudre l'opposition stérile entre litispendance internationale et *forum non conveniens*.³⁰⁰¹ Mme. *Kessedjian* invitait les délégations à réfléchir à une méthode qui « privilégie le dialogue entre les deux ou multiples juridictions saisies », qui « devrait permettre aux chefs de ces juridictions ou à leurs délégués de voir ensemble quelle juridiction est la mieux placée pour statuer ». Les tribunaux prendraient ainsi leur décision ensemble, au besoin en ayant recours aux techniques modernes de communication.³⁰⁰² Partant, la contradiction de procédures ferait

³⁰⁰⁰ On ne peut non plus exclure qu'un juge, lorsque la dimension réflexive fait apparaître que le conflit persistera, reprenne l'examen de sa compétence et constate que celle-ci ne se justifie pas, par exemple lorsque la règle de compétence lui laisse une certaine marge d'appréciation et qu'il constate qu'en réalité le litige ne possède qu'un lien ténu avec son for. Encore une fois, il semble cependant difficile d'inscrire un tel ré-examen en obligation sanctionnée par la loi.

³⁰⁰¹ C. KESSEDIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Document Préliminaire N° 7 d'avril 1997 à l'intention de la Commission Spéciale de juin 1997, 85, n° 150.

³⁰⁰² V. aussi le Document Préliminaire No. 9 de juillet 1998, *Rapport de synthèse des travaux de la Commission Spéciale de mars 1998 sur la compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, 41, n° 99-100 (qui évoque une "solution flexible qui permettrait aux juges saisis en même temps de dialoguer pour savoir quel est le mieux placé pour statuer sur le litige").

l'objet d'une solution « flexible », qui éviterait les difficultés liées à la priorité temporelle et notamment celles touchant à la définition de la notion de saisine du tribunal.³⁰⁰³

A sa suite, d'autres commentateurs se sont interrogés sur la possibilité de faire évoluer la règle unilatérale. On peut ainsi citer les réflexions de M. Bucher, qui, examinant les problèmes posés par la règle de litispendance traditionnelle, se demandait si une solution "davantage axée sur la recherche du for le plus proche des parties et des faits litigieux" ne serait pas préférable.³⁰⁰⁴ A cet effet il envisage d'"encourager une certaine coopération entre les juridictions concernées, les juges étant les mieux placés pour faire le choix du for le plus approprié".³⁰⁰⁵

Plus récemment, l'idée a été reprise par M. Schlosser dans sa magistrale synthèse sur la coopération judiciaire internationale.³⁰⁰⁶ L'auteur expliquait à cette occasion qu'il s'agissait d'une idée « révolutionnaire » pour appréhender les procédures concurrentes et ne cachait pas son enthousiasme à son égard.³⁰⁰⁷

³⁰⁰³ V. également du même auteur, "Judicial Regulation of Improper Forum Selection", in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Soled Colloquium*, J. GOLDSMITH (ed.), Irvington, Transnational Publishers Inc., 1997, (273-294), spéc. 276; "Global Communication, Universal Jurisdiction?", *Contemporary International Law Issues: New Forms, New Applications. Proceedings of the Fourth Hague Joint Conference A.S.I.L./N.V.I.R., T.M.C. Asser Instituut, Den Haag, 1998*, 349-352; C. KESSEDIAN et S. CAHN, "Dispute Resolution On-Line", *International Lawyer*, 1998, (977-990), spéc. 989 ainsi que ses observations lors de la discussion du rapport de Mme Niboyet-Hoegy au comité français de droit international privé, *Travaux comité français DIP*, 1995-96, pp. 91-92.

³⁰⁰⁴ *Droit international privé suisse*, I/1, Partie Générale - Conflits de juridictions, 109, n° 310. V. du même, « La famille en droit international privé, *Recueil des cours*, 2000, t. 283, (9-186), spéc. pp. 144-159.

³⁰⁰⁵ Idem et à propos du *forum non conveniens*, p. 117, n° 334. M. Bucher renvoie également à l'étude de I. SCHWANDER, "Ausländische Rechtshängigkeit nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen", *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht. Festschrift für O. Vogel*, I. SCHWANDER et al (éds.), Fribourg, Universitätsverlag, 1991, (395), 416-418. V. aussi, I. SCHWANDER, "Wie kann nationales IPR zu vermehrt internationaler Optik gelangen?", in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum K. Sieber*, La Haye, Asser Press, 2000, (673), 680 (l'auteur évoque au titre d'une "intensiveren internationalen Zusammenarbeit der Zivilgerichte", la possibilité d'une "grenzüberschreitenden Koordination von Gerichtsverfahren (gemeinsames 'management' von Parallelprozessen in verschiedenen Staaten") et du même, *Einführung in das internationale Privatrecht, I, Allgemeiner Teil*, 2^{ème} éd., 1990, n° 682.

V. également E. JAYME selon qui "le droit international privé postmoderne est caractérisé pas le recours à une collaboration des juges des différents pays. Une telle collaboration n'est pas seulement suggérée mais institutionnalisée", (« Le dip postmoderne », *Recueil des cours*, 1995, t. 251, pp. 257-258). Il cite en exemple l'article 16 § 1 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 selon lequel "les autorités centrales communiquent directement entre elles et saisissent, le cas échéant, leurs autorités compétentes [...]". (Convention publiée à la *R.C.D.I.P.*, 1983, 551, avec les commentaires de F. MONEGER, *R.C.D.I.P.*, 1984, 29).

³⁰⁰⁶ P. SCHLOSSER, "Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-Operation", in *Recueil des cours*, 2000, t. 284, (9), 84-87 et 396-403. V. aussi CH. CHALAS, 681, n° 31.

³⁰⁰⁷ La suggestion n'a pas laissé les auteurs américains indifférents. M. VOLLMER par exemple écrit que "The affected courts should have no qualms about opening communication with each other and beginning a dialogue on the most sensible and appropriate way of dealing with the inability of parties to settle on one forum": A. N. VOLLMER, "U.S. Federal Court Use of the Antisuit Injunction to Control International Forum Selection", *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Soled Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Transnational Publishers, Inc., Irvington, 1997, (237), 253. M. WEINTRAUB suggère dans la même ligne "a flexible approach for his pendens under which ordinary parallel litigation proceeds, but the courts are encouraged to communicate with each other to determine whether one of them is clearly the more appropriate site for adjudication, and if so, that is where the suit will continue". Il renvoie pour cette idée au Rapport-Kessedjian (No. 7, p. 85) ainsi qu'à l'affaire *Maxwell*, dans laquelle les tribunaux anglais et américains avaient coopéré (*In re Maxwell Communications Corp.*, 93 F. 3d 1036, 1054-1055 (2d Cir. 1996) : R. J. WEINTRAUB, "How Substantial is our need for a Judgments-Recognition Convention and What Should we Bargain Away to Get It", *Brooklyn J. Int'l L.*, 1998, (167), 206-207. M. Redish propose aussi un peu plus de dialogue comme ingrédient de son "zero tolerance model" pour les procédures concurrentes (*l.c.*, *Notre Dame Law Rev.*, 2000, (1347), 1374 : "[...] before making a decision as to the forum, it would be both appropriate and advisable for federal judges to contact their state court counterparts and, in consultation with the parties, seek an informal resolution of the jurisdictional conflict" et l'auteur de citer l'opinion du juge W. W. SCHWARZER, "Judicial Federalism in Action: Coordination of Litigation in State and Federal Courts", *Va. L. Rev.*, 1992, (1689), 1734-1735).

V. également Y. FURUTA, *l.c.*, *Pacific Rim L. & Policy J.*, 1995, (1), 57-58 (l'auteur conclut que si les critères et mécanismes de solution convergent, les tribunaux pourront procéder à un échange de vues : "Once the

L'idée d'un dialogue entre tribunaux nationaux semblera irréaliste, voire utopique à certains. Avant d'en préciser les contours et d'en cerner les difficultés (b), on expliquera qu'elle constitue l'aboutissement logique d'une longue évolution de la coopération judiciaire internationale, culmination qui a d'ailleurs déjà trouvé une concrétisation dans certains textes et pratiques nationales (a).

- (a) Le dialogue inter-judiciaire : le dernier avatar de la coopération judiciaire internationale

677. Une longue évolution de la coopération judiciaire internationale – Le dialogue inter-judiciaire constitue à notre sens une étape supplémentaire dans la longue évolution qui a vu la coopération judiciaire internationale se transformer radicalement pour le plus grand bénéfice des justiciables.³⁰⁰⁸

Pour illustrer l'évolution des idées sur la question, il suffit de se rappeler quelles ont été les principales étapes des travaux de la Conférence de La Haye, grande spécialiste de la coopération internationale en matière de droit privé.³⁰⁰⁹ On peut distinguer plusieurs périodes dans l'évolution de la coopération interétatique en matière judiciaire. La première était caractérisée par la primauté des voies *consulaires* et *diplomatiques*. Il n'était pas alors question de communication directe entre justices nationales ; toute demande d'entraide, que ce soit pour l'acheminement d'un acte judiciaire ou l'exécution d'une commission rogatoire, devait être adressée aux autorités du pays étranger par le biais de la voie diplomatique. En pratique, les demandes étaient préparées par les ministères de la justice et des affaires étrangères du pays demandeur pour être transmises par les soins de son ambassade, aux autorités correspondantes du pays étranger.³⁰¹⁰ On aperçoit aisément la lenteur du processus. L'importance des sentiments nationaux ainsi que la soumission de la justice à la seule souveraineté nationale explique que la coopération empruntait des voies bien indirectes.

A partir des années 1960 sont apparues les conventions de la deuxième génération. La Conférence de La Haye a pris les devants en introduisant le système des *autorités centrales*, organes administratifs au fonctionnement plus souple que les ambassades et consulats. Tout en restant soumises aux administrations nationales, les autorités centrales, entités spécialisées, pouvaient communiquer directement et se transmettre plus rapidement les

harmonization is achieved to the extent that courts in different countries apply the same standards and devices, the courts would be able to cooperate internationally in identifying the most proper forum for a dispute resolution") ainsi que A. BOGGIANO, *Relaciones judiciales internacionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, 59-60.

³⁰⁰⁸ Sur l'importance de la coopération entre tribunaux dans les relations internationales, v. déjà A. T. VON MEHREN et D. T. TRAUTMAN, « Jurisdiction to Adjudicate : A Suggested Analysis », *Harvard L. Rev.*, 1966, (1121), 1127.

³⁰⁰⁹ En général, G. A. L. DROZ, « La Conférence de La Haye et l'entraide judiciaire internationale », *Recueil des cours*, 1980, II, 159 e.s. ; G. A. L. DROZ, *oc. Recueil des Cours*, 1991-IV, t. 229, (9), 408 e.s. V. aussi P. VOLKEN, « Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen heute und morgen », *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 1982, 441-464 ; H. SCHACK, *IZVR*, 3^{ème} éd., 83-84 et surtout J. H. A. VAN LOON, « The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law », in *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht Universiteit Amsterdam, Kluwer, Deventer, 1990, (101), 113-122 (l'auteur distingue la coopération qui relève de la première étape, avec utilisation des voies diplomatiques et consulaires, de celle de la seconde étape avec l'établissement des autorités centrales, en notant qu'il existe des formes intermédiaires et qu'on trouvait déjà des exemples de communication directe dans d'anciennes conventions de La Haye - p. ex. article 4 de la Convention de 1961 sur la protection des mineurs).

³⁰¹⁰ V. par exemple la Convention de La Haye du 17 juillet 1905, et notamment son article premier.

demandes d'entraide judiciaire. L'idée d'une coopération administrative directe a d'abord été consacrée dans la Convention de La Haye de 1965 sur la signification des actes. Là où l'article premier de la Convention de 1954 disposait encore que "[...] les significations d'actes à destination de personnes, se trouvant à l'étranger, se feront dans les Etats contractants, sur une demande du consul de l'Etat requérant, adressée à l'autorité qui sera désignée par l'Etat requis", l'article 2 de la Convention de 1965 obligeait d'emblée les Etats membres à désigner une autorité centrale chargée de la transmission et de la réception des demandes d'entraide.³⁰¹¹ Partant, on évitait le détour par les nombreuses étapes intermédiaires qui ralentissaient autrefois le processus.

Cette innovation a été reprise dans de nombreuses autres conventions depuis lors, notamment la Convention sur l'enlèvement d'enfant de 1980 (article 6) ainsi que la Convention de 1993 sur l'adoption internationale (article 6). Les conventions plus récentes ont prolongé la réflexion en introduisant des formes plus directes de coopération judiciaire.

678. Les premières concrétisations de la communication directe entre juges – À la coopération diplomatique a succédé la coopération *administrative*. Cette dernière n'était toutefois pas nécessairement synonyme d'efficacité et de rapidité, la transmission entre autorités centrales ajoutant une étape supplémentaire qui pouvait s'avérer longue et coûteuse. Les esprits semblent s'être ouverts ces dernières années à l'idée d'une coopération judiciaire *directe*. Les règlements européens sur la signification internationale et l'obtention des preuves à l'étranger constituent les exemples les plus aboutis de cette évolution³⁰¹² : sous l'empire de ces deux règlements, les requêtes sont transmises directement entre autorités judiciaires décentralisées, qui procèdent elles mêmes à la signification ou à l'administration des preuves. Le rôle des autorités centrales est dès lors réduit à celui de facilitateur, dont l'intervention ne sera nécessaire qu'en cas de difficulté dans la coopération directe.

Cette heureuse évolution n'est pas restée sans effet sur le règlement des procédures concurrentes. Les conventions récemment adoptées par la Conférence de La Haye traduisent concrètement le passage d'une coopération médiata à une collaboration directe entre autorités judiciaires. Ainsi, la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants introduit un mécanisme sophistiqué visant les conflits positifs de compétence, qui permet aux autorités judiciaires de différents pays d'entrer en communication.³⁰¹³ Cette coopération directe s'inscrit dans une règle fortement inspirée de la doctrine du *forum non conveniens* : lorsqu'un juge estime qu'un tribunal d'un autre Etat concurrent est mieux placé pour trancher le litige, il ne peut se contenter de se dessaisir ou de surseoir à statuer. L'article 8 l'invite à entrer en communication, directement ou par le biais des parties, avec l'autre tribunal pour s'assurer que ce dernier partage son appréciation de

³⁰¹¹ On remarquera que la Convention de 1954 contenait déjà les germes de l'évolution future puisqu'elle prévoyait que "les dispositions qui précèdent ne s'opposent pas à ce que deux Etats contractants s'entendent pour admettre la communication directe entre leurs autorités respectives". (article 1 *in fine*).

³⁰¹² Règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000 sur la signification (*J.O.C.E.*, 30 juin 2000, L-160/37) et Règlement n° 1206/2001 du 28 mai 2001 sur l'obtention des preuves à l'étranger (*J.O.C.E.*, 27 juin 2001, L-174/1).

³⁰¹³ cfr. le Rapport Explicatif de M. Lagarde, n° 53 e.s. et les commentaires de A. BUCHER, « La Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé », *R.S.D.I.E.*, 1997, (67), p. 82-84. Pour une analyse détaillée des articles 8 et 9 et leur rapprochement avec la doctrine du forum non conveniens, v. CH. CHALAS, 519-521, qui renvoie à E. GALLANT, *Autorité parentale et protection des mineurs en droit international privé*, Thèse dactyl., Paris I, 2000, n° 174-191. V. également l'article 8 de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection des adultes et les commentaires de P. LAGARDE, « La Convention de La Haye du 13 juin 2000 sur la protection internationale des adultes », *R.C.D.I.P.*, 2000, 165 e.s.

l'affaire. Cette disposition précise même que “[...] les autorités concernées peuvent procéder à un échange de vues. [...]”. L'article 9 al. 2 contient une disposition similaire pour le cas où l'initiative du dialogue vient du tribunal qui s'estime le plus adéquat.

Ce subtil échafaudage, qui procède sans doute du souci de certains Etats de rendre plus prévisible l'appréciation du for approprié, n'a pas encore été soumis aux rigueurs de la pratique. Il n'en constitue pas moins une première concrétisation d'une coopération renforcée entre justices nationales.³⁰¹⁴

679. Les premières concrétisations de la communication directe entre juges (suite) – l'exemple du projet de Convention de La Haye – Cette première tentative a connu un prolongement important dans les travaux de la même Conférence portant sur la reconnaissance et l'exécution des jugements. Faisant suite aux réflexions déjà évoquées de Mme. *Kessedjian* (*supra*, n° 674), plusieurs propositions ont été soumises qui visaient à permettre le dialogue entre tribunaux concurrents.

Déjà un document de travail soumis par la délégation suisse en 1998 évoquait l'idée d'une concertation entre tribunaux – selon des termes identiques à ceux de la Convention de 1996.³⁰¹⁵ Cette proposition s'inscrivait dans une disposition qui tentait d'opérer la synthèse entre litispendance et *forum non conveniens* (*supra*, n° 653). Elle prévoyait que le tribunal premier saisi, auquel la Convention accordait en principe la priorité, pouvait néanmoins surseoir à statuer et inviter la partie intéressée à demander au tribunal concurrent s'il acceptait « d'exercer sa compétence en lieu et place du tribunal premier saisi » parce que celui-ci estimait qu'il était « mieux à même de résoudre le litige ». La proposition suisse invitait alors les tribunaux concernés à « procéder à un échange de vues » pour déterminer le caractère approprié des fors respectifs.³⁰¹⁶ Cette première proposition a reçu un accueil plus que mitigé, certains observant qu'un tel mécanisme de coopération entre tribunaux « ne fonctionne bien qu'en théorie et non dans la pratique ». D'autres se demandaient comment concilier un tel échange de vues avec le souci de respecter les droits des parties.³⁰¹⁷

Une autre proposition conférait à la coopération directe entre tribunaux une portée plus générale. Dans un document de synthèse rédigé en 1998 par le Bureau Permanent, figurait ainsi un article 35 intitulé “dialogues transfrontaliers entre juges”, qui prévoyait

³⁰¹⁴ On remarquera que le dialogue prévu par la Convention ne concerne que l'hypothèse où le tribunal saisi estime qu'existe un for plus approprié. Il ne porte pas en tant que tel sur l'hypothèse des procédures concurrentes, pour laquelle la Convention prévoit une règle de litispendance classique (art. 13 et les commentaires de L. SILBERMAN, « The 1996 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children : a Perspective from the United States », in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum K. Siehr*, La Haye, Asser Press, 2000, (703), 719-720).

³⁰¹⁵ Document de travail n° 60 du 6 mars 1998, présenté par la délégation suisse.

³⁰¹⁶ V. aussi les explications de la délégation suisse in Rapport de séance n° 29 du 10 mars 1998, Commission spéciale sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, p. 3.

³⁰¹⁷ Observations rapportées in Rapport de séance n° 29 du 10 mars 1998, Commission spéciale sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, p. 3. Cette proposition avait été reprise à la même époque dans un document de travail n° 82 du 10 mars 1998, soumis par les délégations de l'Australie, le Canada et la Suède, v. le Rapport de séance n° 31 du 11 mars 1998, Commission spéciale sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, p. 3. On avait alors expliqué que « des règles détaillées doivent être incluses en ce qui concerne la coopération entre les deux tribunaux ». La perspective était toutefois quelque peu différente puisque la proposition ne visait que le *forum non conveniens*, il s'agissait en fait d'une transposition de l'article 8 de la Convention de 1996 alors que la proposition suisse visait plus particulièrement les conflits de procédures.

une disposition générale établissant un cadre pour la communication entre juges.³⁰¹⁸ Selon cette proposition,

“Dans les cas prévus aux articles 14, 23 et 24 ci-dessus [à savoir, les mesures provisoires, la litispendance et le *forum non conveniens*], les juges des Etats contractants pourront s’entretenir par tous moyens à leur convenance afin de décider ensemble quel tribunal devra statuer sur le litige en cause. Ce faisant, les juges concernés devront respecter strictement le principe de la contradiction et appeler les parties à faire valoir leurs arguments ou, le cas échéant, participer à la discussion”³⁰¹⁹.

Dans un document ultérieur, le Bureau Permanent expliquait que ce texte permettrait « d’avancer dans une voie qui, pour n’être pas la règle aujourd’hui, devrait trouver de plus en plus à s’appliquer à l’avenir ».³⁰²⁰ Il était encore précisé qu’il n’était pas fait obligation au juge d’entamer une coopération transfrontalière, mais qu’il s’agissait simplement d’une possibilité.

680. Les premières concrétisations de la communication directe entre juges – l’exemple du projet de Convention de La Haye (suite) – Cette approche novatrice semble cependant avoir été abandonnée dans les versions ultérieures du projet, sans d’ailleurs que la question ait fait l’objet de longs débats.³⁰²¹ La possibilité pour les tribunaux de procéder à un échange de vues figure certes dans le premier avant-projet de convention qui date de novembre 1998³⁰²² Elle a toutefois déjà disparu du projet modifié tel qu’arrêté en juin 1999. La concertation entre tribunaux n’a en définitive fait qu’une éphémère apparition dans les travaux. Elle était d’ailleurs limitée, ne visant que l’hypothèse particulière de l’exception à la priorité du juge premier saisi pour cause de tribunal plus approprié.³⁰²³ Sans doute était-il déjà très difficile de trouver un compromis

³⁰¹⁸ Esquisse de texte pour aider à la préparation d’une convention sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, Document d’information n° 2, septembre 1998, préparé par le Bureau Permanent, p. 40.

³⁰¹⁹ Il semble que cette suggestion émanait du Bureau Permanent et non d’une des délégations. On ne retrouve pas en effet trace d’une proposition en ce sens émanant d’une délégation. V. cependant ultérieurement la proposition de la délégation coréenne, Document de Travail n° 230 du 16 juin 1999, qui reprenait l’essentiel de l’article 35 tel que proposé par le Bureau Permanent, tout en limitant la possibilité du dialogue inter-judiciaire aux hypothèses de la litispendance et du *forum non conveniens*. Dans la rédaction proposée par la Corée, l’article 35 se lisait : « 1. Under the situations provided for in Articles 23 and 24 , a judge of a Contracting State (the requesting court) may communicate or consult with a judge of other Contracting States (the receiving court) for the purpose of determining which court is manifestly in a better position to try the case at issue ». Le second paragraphe de la disposition invitait les Etats membres à désigner une autorité centrale qui centraliserait les demandes de communication et faciliterait la prise de contact. Selon le dernier alinéa, les demandes de communication devaient être adressées aux autorités centrales lorsque celles-ci existaient.

³⁰²⁰ Document de discussion des questions portées à l’ordre du jour de la Commission spéciale de juin 1999, document de discussion de mai 1999 préparé par le Bureau permanent, p. 35.

³⁰²¹ V. toutefois l’intervention d’un expert lors de la discussion en novembre 1998, qui expliquait que « laisser les deux tribunaux se concerter [...] est une solution impraticable au vu des différences culturelles et linguistiques », rapport de séance n° 52 du 19 novembre 1998, p. 2. Au cours de la même session, v. p. 4, les observations de certains quant à la nécessité de respecter les droits des parties lors d’un tel dialogue.

³⁰²² Document de travail n° 144, v. l’article 23, II, 3 pour la litispendance et l’article 24 III pour le *forum non conveniens*. V. aussi le document de travail n° 140 concernant le refus par le juge d’exercer sa compétence, qui dispose que « le tribunal saisi peut procéder à un échange de vues avec les autorités judiciaires de l’autre tribunal, dans le respect plein et entier du droit des parties, avant de décider de suspendre ou de refuser d’exercer sa compétence au bénéfice de l’autre tribunal ».

³⁰²³ C’est ainsi que cette possibilité est mentionnée dans le Document de discussion des questions portées à l’ordre du jour de la Commission spéciale de juin 1999, document de discussion de mai 1999 préparé par le Bureau permanent, p. 22 : le rôle de la concertation entre juges est confiné à l’hypothèse dans laquelle le juge premier saisi estime que la priorité que lui confère la litispendance n’est pas opportune parce que le juge second saisi est

entre les différentes conceptions de la règle de déférence (*supra*, n° 654) et les délégations n'ont-elles dès lors pu aller plus loin et envisager une solution plus audacieuse.³⁰²⁴

Les réflexions relatives au projet de Convention n'ont pas trouvé concrétisation dans le texte de Convention. Elles ont néanmoins inspiré les travaux de l'*International Law Association* sur le sujet.³⁰²⁵ Les recommandations de l'ILA sur les conflits de procédures autorisent en effet les tribunaux concernés à se concerter. Organisant une procédure de transfert entre les tribunaux (*infra*, n° 696), les principes prévoient que le tribunal saisi d'une demande de renvoi « pourra se mettre directement en rapport avec la juridiction bénéficiaire du renvoi, afin d'obtenir les informations pertinentes à son appréciation [...] ».³⁰²⁶ Tout en réservant cette possibilité aux situations dans lesquelles « une telle communication directe est autorisée par les Etats respectifs », les principes encouragent toutefois les Etats « à permettre à leurs juridictions d'effectuer pareilles communications et d'y répondre ».³⁰²⁷

681. Le dialogue entre tribunaux en Amérique du Nord – Les suggestions évoquées jusqu'ici sont pour l'instant restées à l'état de projets ou de déclarations d'intention. Le dialogue direct entre tribunaux a toutefois déjà connu certaines concrétisations, principalement aux Etats-Unis. Il n'est pas sans intérêt d'expliquer dans quels contextes et sous quelle forme ces expériences ont eu lieu.

Les premiers exemples se sont manifestés à l'occasion du délicat contentieux de la garde des enfants. On a déjà évoqué la loi modèle qui régit cette question au sein de l'espace judiciaire américain depuis 1968 (*supra*, n° 644). Cette loi prévoit une double règle de litispendance : la première vise l'hypothèse où le tribunal second saisi est dès l'entame de la procédure informé qu'un tribunal concurrent a été antérieurement saisi. Dans ce cas, la priorité temporelle joue pleinement.³⁰²⁸ Lorsque l'existence d'une procédure concurrente

mieux placé. Le Document expliquait que l'évaluation du caractère plus ou moins approprié de la compétence de chacun des tribunaux saisis pouvait se faire unilatéralement par chacun des tribunaux ou « conjointement ». Et la question était posée de savoir si cet échange de vues ne constituait pas un charge « trop lourde ».

³⁰²⁴ La possibilité d'une décision conjointe n'est ainsi pas évoquée dans les nombreux documents du groupe ad hoc de travail sur le refus d'exercer la compétence, v. par exemple les documents de travail n° 233 et n° 238 du 17 juin 1999 ainsi que le document de travail n° 217 du 15 juin 1999. V. toutefois encore le document de travail n° 194 du 11 juin 1994 relatif au *forum non conveniens*, qui prévoyait que les « tribunaux concernés déterminent le caractère approprié du for [...] », n'excluant dès lors pas une décision conjointe.

³⁰²⁵ Ce n'est pas la première fois que l'ILA tente de favoriser la coopération entre instances judiciaires pour favoriser le bon déroulement de procès internationaux. Cette approche a également été suivie par cette même organisation en matière de mesures provisoires (cfr. Résolution de l'International Law Association, *Report of the 66th Conference*, Buenos Aires 1994, p. 31, 600-630). La résolution note que “states should do more by way of practical cooperation in facilitating international civil and commercial litigation, for example by assisting in the service of process and the grant of provisional measures and by *studying the feasibility of cross-border transfer of cases*” (je souligne). Le ‘First Report : Jurisdiction in Transnational Torts’, adopté lors de la Conférence de Buenos Aires en 1994, contient également un encouragement à la co-opération entre juges. Le rapport suggère “a move from a model of jurisdiction based on determining when a particular court may act to a model based on international judicial co-operation. [...] there may be a premium to be put on the consolidation of litigation which spans borders, and of active judicial management of any ancillary proceedings in other jurisdictions”. (Rapport par C. McLachlan, p. 615). L'importance de la coopération a également été soulignée dans les travaux de l'ILA en matière de mesures provisoires et conservatoires, cf. la résolution adoptée lors de la Conférence d'Helsinki en 1996, dont le 19^{ème} considérant dispose que “[...] a court should co-operate where necessary in order to achieve the efficacy of orders issued by other courts, and consider the appropriate local remedy”. Selon le rapport établi par C. McLachlan, il s'agit d'une “relatively general obligation to co-operate” (n° 35 du Rapport). Cependant, il ne s'agissait pas encore de communication directe entre juges.

³⁰²⁶ Principe 5.2.

³⁰²⁷ *Idem*.

³⁰²⁸ A cette fin, la loi modèle prévoyait la création d'un registre national des causes portant sur la garde des enfants (section 16) ainsi que l'obligation pour les tribunaux de consulter le registre (section 6 (b)).

engagée antérieurement n'apparaît au contraire qu'en cours de route, le tribunal doit selon la section 6(c) surseoir à statuer et entrer en communication avec l'autre for.³⁰²⁹ L'exception de for inapproprié prévue par la loi modèle invite également les tribunaux à entrer en dialogue.³⁰³⁰

La nouvelle version de la loi modèle adoptée en 1997 a repris et amplifié cette possibilité. La règle de litispendance confirme l'obligation pour le juge second saisi d'entrer en communication avec le juge premier saisi.³⁰³¹ L'exception de for inapproprié prévue par la même loi, ne comporte plus de référence explicite à la possibilité de communication entre juges.³⁰³² Le commentaire précise toutefois que le juge saisi d'une exception de for inapproprié a la faculté d'entrer en dialogue avec son homologue d'un autre Etat. La loi modèle prévoit en effet une disposition générale organisant le dialogue inter-tribunaux au delà des frontières nationales.³⁰³³ Le commentaire précise qu'un tel dialogue constitue une obligation selon certaines dispositions de la loi, par exemple celle relative à la litispendance, mais que même lorsqu'il n'en est pas fait mention, les tribunaux peuvent y avoir recours. La disposition organise les modalités de la communication, notamment quant à la participation des parties ainsi qu'à la rédaction d'un compte-rendu, constituant ainsi le premier véritable mode d'emploi d'une communication directe entre juges.

Le dialogue inter-judiciaire a également fait son apparition, en dehors de toute obligation légale, dans le contentieux international de l'enlèvement d'enfants.³⁰³⁴ Alors que les instruments internationaux applicables ne prévoient pas expressément cette possibilité,

³⁰²⁹ "Section 6 (c) If the court is informed during the course of the proceeding that a proceeding concerning the custody of the child was pending in another state before the court assumed jurisdiction it shall stay the proceeding and communicate with the court in which the other proceeding is pending to the end that the issue may be litigated in the more appropriate forum and that information be exchanged in accordance with sections 19 through 22". V. *In re Marriage of Michelle Ellkasky*, 241 Ill. App. 3d 662; 10 E. 2d 139 (App. Court Ill., 1993); *Burkhalter v Burkhalter*, 34 So. 2d 761 (CA Flo. 1994); *In re Marriage of Torres*, 62 Cal. App. 4th 13 (CA Cal. 1998); *In re marriage of Pedowitz*, 225 Cal. Rptr. 18; 179 Cal. App. 3d 992; *In re T.R.W.*, 536 N.E. 2d 74; 179 Ill. App. 3d 1036.

³⁰³⁰ Selon la Section 7 (d) "Before determining whether to decline or retain jurisdiction the court may communicate with a court of another state and exchange information pertinent to the assumption of jurisdiction by either court with a view to assuring that jurisdiction will be exercised by the more appropriate court and that a forum will be available to the parties". Il s'agit alors d'une invitation et non d'une obligation.

³⁰³¹ Selon la section 206 (b), "If the court determines that a child-custody proceeding has been commenced in a court in another State having jurisdiction substantially in accordance with this [Act], the court of this State shall stay its proceeding and communicate with the court of the other State. If the court of the State having jurisdiction substantially in accordance with this [Act] does not determine that the court of this State is a more appropriate forum, the court of this State shall dismiss the proceeding". On n'aperçoit pas bien sur quoi doit porter le dialogue entre juges, puisque la dernière phrase de cette disposition semble accorder au juge premier saisi le monopole de la décision sur le caractère approprié des fors respectifs.

³⁰³² On notera cependant que selon la section 207 (a), la question du caractère inapproprié du for peut être soulevée non seulement d'office par le juge ou par les parties, mais encore par un autre tribunal. Il s'agit là d'une nouvelle illustration de la possibilité pour les tribunaux de coopérer, fut-ce indirectement.

³⁰³³ La Section 110 dispose que "(a) A court of this State may communicate with a court in another State concerning a proceeding arising under this [Act]. (b) The court may allow the parties to participate in the communication. If the parties are not able to participate in the communication, they must be given the opportunity to present facts and legal arguments before a decision on jurisdiction is made. (c) Communication between courts on schedules, calendars, court records, and similar matters may occur without informing the parties. A record need not be made of the communication. (d) Except as otherwise provided in subsection (c), a record must be made of a communication under this section. The parties must be informed promptly of the communication and granted access to the record. (e) For the purposes of this section, "record" means information that is inscribed on a tangible medium or that is stored in an electronic or other medium and is retrievable in perceivable form".

³⁰³⁴ V. surtout M. H. BENNETT, « Cooperation in Child Abduction and Similar Cases », *Int'l Legal Practitioner*, 1998, (135), 136, qui regrette que la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants n'ait pas prévu l'obligation pour les juges nationaux de communiquer directement. Elle explique les avantages d'une telle communication et indique qu'un tel dialogue a déjà eu lieu dans certaines espèces (p. 138).

des tribunaux ont éprouvé le besoin d'entrer en contact direct. Ainsi, dans une affaire relative à l'enlèvement de deux enfants, un juge canadien a-t-il de sa propre initiative, téléphoné à son homologue américain pour tenter d'obtenir des éclaircissements sur la position de ce dernier et les règles dont il ferait application pour statuer sur une demande de rapatriement.³⁰³⁵ Le dialogue ne visait pas à proprement parler une prise de décision commune, le juge californien n'ayant pas encore été formellement saisi. Le tribunal canadien, qui avait pris l'initiative du dialogue, voulait obtenir tous les renseignements nécessaires afin que sa décision puisse obtenir l'assentiment des autorités étrangères.³⁰³⁶

682. Le dialogue entre tribunaux en Amérique du Nord (suite) – l'exemple de la faillite internationale – Il est un autre domaine dans lequel le dialogue entre juges est né des besoins de la pratique, c'est celui de l'insolvabilité transfrontière. Ce dialogue constitue l'ultime étape du développement d'une pratique *ad hoc* qui vise, en l'absence de cadre conventionnel, à organiser la coordination des procédures concurrentes.³⁰³⁷ En dehors du marché commun européen, il n'existe pas en effet d'accord international créant un cadre pour la coexistence de procédures de faillites concurrentes.³⁰³⁸ Or les activités des entreprises défaillantes sont loin de s'arrêter aux frontières nationales. En l'absence de règles conventionnelles, les curateurs nommés dans certaines faillites retentissantes ont entrepris de collaborer pour mener à bien leur mission de liquidation et d'assainissement. Les accords qu'ils ont conclus pour ce faire ont pris la forme de protocoles négociés avec les créanciers ou leurs représentants, protocoles qui stipulent dans quelle mesure chacun sera désintéressé. La pratique semble remonter à l'affaire de la BCCI ;³⁰³⁹ elle a ensuite été appliquée lors de la faillite de l'empire *Maxwell*,³⁰⁴⁰ pour être

³⁰³⁵ *Bagnell v Bagnell*, (1991) 108 N.S.R. (2d) 428.

³⁰³⁶ V. aussi *In re M. and J.*, rendue en 1999 par un tribunal anglais, disponible sur [www.miltonhouse.com/cases] et *Blondin v Dubois*, 19 F. Supp. 2d 123 (S.D.N.Y. 1998) ; 189 F.3d 240 (2d Cir. 1999) et 78 F. Supp. 2d 283 (S.D.N.Y. 2000) (un tribunal américain engage un dialogue avec l'autorité centrale française pour connaître son point de vue).

³⁰³⁷ Pour plus de détails, v. "De Europese insolventieverordening", in *Het nieuwe Europees ipr : een verdrag naar vordering*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éds.), Anvers, Intersentia, 2001, (103), 103-110.

³⁰³⁸ La convention d'Istanbul négociée au sein du Conseil de l'Europe, n'est jamais entrée en vigueur. Même s'il est déjà bien avancé, le projet de l'*American Law Institute* de donner à l'Organisation Nord-Américaine de Libre Echange un cadre juridique commun pour les faillites internationales, n'a pas encore connu de suite concrète (sur ce projet, J. L. WESTBROOK et J. S. ZIEGEL, "The American Law Institute NAFTA Insolvency Project", *Brooklyn J. Int'l Law*, 1997, 7-24; J. L. WESTBROOK, "Creating International Insolvency Law", *Am Banker. L. J.*, 1996, 563-574). Enfin, la loi modèle de la Cnucdi, si elle a inspiré certaines législations internationales, ne constitue pas à proprement parler une initiative multilatérale puisque les Etats doivent y donner suite chacun séparément. V. également le *Model International Insolvency Cooperation Act*, préparé par un comité de l'IBA, et les explications de T. E. POWERS, "The Model International Insolvency Cooperation Act : A Twenty-First Century Proposal for International Insolvency Cooperation", in *Current Developments in International and Comparative Insolvency Law*, J.S. ZIEGEL (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1994, 687-700; T. E. POWERS, R. R. MEARS et J. A. BARRETT, "The Model International Insolvency Cooperation Act", in *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganization*, E. B. LEONARD et C.W. BESANT (éd.), Londres, IBA/Graham & Trotman, 1994, 233-243.

³⁰³⁹ Dans cette affaire, des procédures de faillite avaient été ouvertes entre autre au Luxembourg, en Angleterre, aux Etats-Unis et aux Iles Caïman. Les différents acteurs, curateurs, organismes de contrôle des banques et des assurances ont été forcé de coopérer dans l'espoir d'obtenir l'intervention la plus grande de l'actionnaire principal, le cheick d'Abu Dahbi. Les curateurs ont ainsi conclu un accord avec l'actionnaire (le 'contribution agreement') et un autre entre eux qui portait sur la répartition des avoirs (le 'costs and recoveries agreement'). Il a fallu ensuite obtenir l'accord des tribunaux sur ces accords, ce qui n'a pas été sans peine. L'histoire de cette faillite est racontée par la Cour d'Appel anglaise in *In Re Bank of Credit and Commerce International St (No. 10)*, [1997] W.L.R. 172, 176-181. V. sur cette affaire, H.S. SCOTT, "Multinational Bank Insolvencies : The United States and BCCI", in *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency*, J. S. ZIEGEL (éd.), Oxford, Clarendon Press, 1994, 733-745. V. déjà la faillite de l'*International Overseas Service Ltd.*, une société canadienne de courtage et de gestion et vente de 'mutual funds' qui a fait faillite en 1973. Cette faillite intéressait énormément de monde parce que les clients de la faillie étaient établis dans de nombreux pays ; en outre la société était soumise à la supervision de différentes autorités nationales, parmi lesquelles la SEC. Ces autorités et les différents gouvernements se sont mis d'accord pour gérer ensemble la faillite de IOS. V. *Bernard Cornfeld v Investors Overseas Service, Ltd.*, 471 F. Supp. 1255, 1257 (SDNY 1979), dans laquelle le tribunal de New York évoque un

généralisée, à tel point qu'on a vu apparaître des modèles de protocoles.³⁰⁴¹ Pour assurer l'efficacité des accords ainsi conclus, les curateurs ont également pris l'habitude de soumettre le protocole aux tribunaux compétents pour homologation.³⁰⁴² Ainsi la liquidation et la répartition des actifs trouvent-ils un cadre dans l'accord homologué conjointement par les tribunaux ayant prononcé la faillite, une forme originale de coopération née des besoins de la pratique.³⁰⁴³

683. Le dialogue entre tribunaux en Amérique du Nord – l'exemple de la faillite internationale (suite) – Les choses n'en sont pas restées là puisque dans un deuxième temps, des tribunaux ont jugé utile de se concerter avant de procéder à l'homologation de l'accord. On a ainsi vu, comme dans l'affaire *Nakash*,³⁰⁴⁴ des protocoles prévoir que les

« cooperative international effort to wind-up the IOS-related companies in an equitable and practical manner ». Le tribunal explique que « Representatives from the SEC, the governments of Canada, Luxembourg and the Netherlands Antilles, and the provinces of Ontario and Quebec have formed the Intergovernmental Committee of Regulatory Authorities and Liquidators for the purpose of assisting in the winding-up of IOS-related companies throughout the world. Representatives of the French, Swiss and Bahamian governments have also been invited to join the committee, since IOS-entities exist in those countries ».

³⁰⁴⁰ V. les explications de B. GÖPFERT, "In re Maxwell Communications – ein Beispiel einer 'koordinierten' Insolvenzverwaltung in parallelen Verfahren", *ZZP Int.*, 1996, 269-286; R. A. GILTIIN et R. J. SILVERMAN, "International Insolvency and the Maxwell Communications Corporation Case : One Example of Progress in the 1990's", in *International Bankruptcies. Developing Practical Strategies*, Practising Law Institute Course Handbook Series N° 628, New York, Practising Law Institute, 1992, 7-19 (avec en annexe le texte des protocoles); E. D. FLASCHEN et R. J. SILVERMAN, "Maxwell Communications Corporation plc : the Importance of Comity and Cooperation in Resolving International Insolvencies", in *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations*, E. B. LEONARD et C. W. BESANT (éds.), Londres, IBA/Graham & Trotman, 1994, 41-47; E. D. FLASCHEN et R. J. SILVERMAN, "The Role of the Examiner as Facilitator and Harmonizer in the Maxwell Communication Corp. International Insolvency", in *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, J. S. ZIEGEL (éd.), Oxford, Clarendon Press, 1994, 621-645; P. CARRINGTON, "Cross-Border Insolvency under the Common Law : the Maxwell case", *Forum Internationale*, n° 19, La Haye, Kluwer, 1993, 33-44. On trouvera sur le site de l'*International Insolvency Institute* le texte intégral de nombreux protocoles utilisés dans des affaires concrètes (www.iiloglobal.org/international/protocols.html)).

³⁰⁴¹ Il s'agit du Concordat établi par le comité J de l'IIBA, qui contient un modèle de protocole prêt à l'emploi. Le Concordat a été publié in E. B. LEONARD et M. C. ZAIG, "Developments and Trends in United States /Canada Cross-Border Reorganisations", *Jour. Bank. Law & Practice*, 2000, (343), 362-375. V. les explications de A. NIELSEN, M. SIGAL et K. WAGNER, "The Cross-Border Insolvency Concordat : Principles to Facilitate the Resolution of International Insolvencies", *Am Banker L.J.*, 1996, 533-562. Le Concordat a déjà été utilisé dans l'affaire *Ewefresh* comme base de négociations, v. B. LEONARD, "Managing Default by a Multinational Venture : Cooperation in Cross-Border Insolvencies", *Texas Int'l L.J.*, 1998, (543), 548-553.

³⁰⁴² Dans l'affaire *Maxwell*, le juge Brozman a résumé les impératifs pratiques qui expliquent la nécessité d'une coopération entre curateurs et entre tribunaux : "Lurking in all transnational bankruptcies is the potential for chaos if the courts involved ignore the importance of comity. As anyone who has made even a brief excursion into this area of insolvency practice will report, there is little to guide practitioners or the judiciary in dealing with the unique problems posed by such bankruptcies. Yet it is critical to harmonize the proceedings in the different courts lest decrees at war with one another proceed. In the spirit of comity and to the essential end of coordinating the American and British cases, Judge Hoffmann and I have approved in the MCC cases a protocol pursuant to which [...] I have recognized as corporate governance of MCC the joint administrators whom he appointed and he has granted standing to the examiner with expanded powers whom I appointed" : *In re Brierley* 45 B.R. 151 (Bankr. SDNY 1992).

³⁰⁴³ La pratique des curateurs et tribunaux de *common law* a éveillé l'intérêt des juristes de droit civil, notamment dans le cadre de l'application du Règlement européen sur l'insolvabilité. Ce Règlement laisse ouverte la possibilité d'une pluralité de procédures portant sur la même faillite. Les règles de coordination qu'il prévoit sont loin d'être complètes. Dès lors, il semble utile de s'inspirer de l'expérience des protocoles pour organiser la coopération des curateurs européens, v. les réflexions en ce sens de H. EINDENMÜLLER, « Der nationale und der internationale Insolvenzverwaltungsvertrag », *Z.Z.P.*, 2001, 3-36 ainsi que B. WESSELS, "Internationaal insolventierecht als motor van grensoverschrijdende coördinatie en samenwerking tussen rechters en curatoren", *Tijdschrift voor insolventierecht*, 2002, 21-24. V. aussi l'affaire *Nakash*, dans laquelle le concept de protocole a été utilisé pour coordonner la faillite d'un groupe américano-israélien et les explications de E. D. FLASCHEN et R. J. SILVERMAN, « Cross-Border Insolvency Cooperation Protocols », *Texas Int'l L. J.*, 1998, (587), 593-599 et *Nakash v Zur* (*In re Nakash*), 190 B.R. 763 (Bankr. S.D.N.Y. 1996).

³⁰⁴⁴ V. les explications de E. D. FLASCHEN et R. J. SILVERMAN, *l.c.*, *Texas Int'l L. J.*, 1998, (587), 593-599 et le texte du protocole annexé, p. 601 e.s. Selon la section 4 du Protocole, « [...] the US Bankruptcy Court and the Courts of

tribunaux pourront entrer directement en communication et même organiser des audiences communes.³⁰⁴⁵ Les premières expériences de communication directe ont déjà porté leurs fruits.³⁰⁴⁶ Ici aussi la théorie a rattrapé la pratique, puisque des institutions ont développé des règles précises encadrant le dialogue inter-judiciaire. La loi modèle de la Cnudci prévoyait déjà une possibilité de coopération directe entre tribunaux, en ce compris un dialogue.³⁰⁴⁷ La proposition la plus aboutie émane sans doute de l'*American Law Institute*, qui a publié des 'Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases'.³⁰⁴⁸ Les Principes de coopération rédigés par les experts de l'institut prévoient une obligation générale pour les tribunaux concernés par une faillite transfrontière de coopérer au maximum possible, et les invitent pour ce faire à entrer en communication les uns avec les autres, que ce soit par l'intermédiaire des syndicats de faillite ou directement.³⁰⁴⁹ Cette obligation générale fait l'objet d'explications détaillées dans les principes directeurs déjà cités.

Ces principes directeurs sont encore à l'état de projet. Ils n'en sont pas moins intéressants parce qu'ils constituent un mode d'emploi détaillé, étape par étape, de la communication entre tribunaux. Sont ainsi prévu des règles quant aux circonstances dans lesquelles une telle communication peut s'établir, aux modalités de communication, aux informations qui peuvent être communiquées, à la participation éventuelle des parties et des curateurs et aux documents à établir pour conserver une trace de ce qui s'est dit. Les principes envisagent non seulement la possibilité d'un dialogue, mais aussi celle d'une audience commune ('joint hearing').

(b) Difficultés de la communication directe entre juges

684. Introduction - Le dialogue entre juges est une solution séduisante. Il s'accorde bien avec l'évolution, déjà évoquée, de la coopération judiciaire internationale et laisse entrevoir une approche plus flexible des procédures concurrentes, qui permettra d'apporter une solution adaptée aux circonstances particulières de chaque cause. Sur un

Israel shall, to the maximum extent they are lawfully able to do so, seek to coordinate their efforts in order to avoid conflicting rulings whenever possible. In furtherance of the foregoing, the US Bankruptcy Court and the Israeli NAB Liquidation Court hereby express their desire (to the extent they are lawfully able to do so) that to the extent practical and feasible under the circumstances, they should endeavor to consult with each other through the Official Receiver and the Examiner and/or via telephonic conference in order to attempt to coordinate their efforts and avoid (if possible) potentially conflicting rulings".

³⁰⁴⁵ Ou plus modestement coordonner leurs activités, par exemple en approuvant le même jour le protocole négocié entre les curateurs et les créanciers, comme dans l'affaire *Everfresh*, v. les explications de B. LEONARD, *l.c.*, *Texas Int'l. L.J.*, 1998, (443), 549-550.

³⁰⁴⁶ Le juge Farley explique ainsi comment les tribunaux canadiens et américains ont, dans l'affaire *Everfresh*, directement échangé leurs points de vue avant d'approuver le protocole, J.M. FARLEY, « A Judicial Perspective on Cross-Border Insolvencies and Restructuring », *Int'l. Business Lawyer*, 1996, (220), 221.

³⁰⁴⁷ Artt. 25 à 27.

³⁰⁴⁸ Publiées in E. B. LEONARD et M. C. ZAIG, *l.c.*, *Jour. Bank. Law & Practice*, 2000, (343), 375-381. Une traduction française est disponible sur le site de l'*International Insolvency Institute*.

³⁰⁴⁹ Le principe 10 des *Principles of Cooperation in Transnational Insolvency Cases Among the Members of the North American Free Trade Agreement*, projet préliminaire du 14 avril 2000, American Law Institute, prévoit que "To the maximum extent permitted by domestic law, courts considering bankruptcy proceedings or requests for assistance from foreign bankruptcy courts should communicate with each other directly or through administrators. To the maximum extent, such communications should take advantage of modern methods of communication including telephone, telefacsimile, teleconferencing and electronic mail, as well as written documents delivered in traditional ways. Any such communications should at all time follow procedures consistent with domestic law as to such matters". Le commentaire explique toutefois qu'un tel dialogue n'est généralement pas accepté au Mexique.

plan plus théorique, on pourrait même, comme le fait Mme M. *Slaughter*, y voir une manifestation de l'évolution des relations internationales d'une approche exclusivement centrée sur les acteurs étatiques vers l'écllosion d'une conception plus ouverte de ces relations où les tribunaux et d'autres intervenants comme les organisations non gouvernementales participent aussi à la construction de l'ordre juridique international.³⁰⁵⁰

685. Difficultés pratiques du dialogue inter-judiciaire - La solution n'est pas pour autant évidente. La concertation directe entre juges se heurte à de nombreux obstacles. L'indépendance qui caractérise ces institutions n'est tout d'abord pas de nature à faciliter cette concertation. Il ne faudrait pas pour autant y voir un obstacle rédhibitoire à une simple prise de contact entre juridictions concurrentes. Même si le dialogue visait à aboutir à une solution commune, encore chaque juridiction devrait-elle se prononcer séparément et selon les formes locales, ce qui garantirait le respect d'une certaine indépendance.

La concertation soulève des problèmes plus pratiques. On a vu que les rares exemples de dialogue inter-judiciaire avaient rassemblé des juges anglophones. Qu'en sera-t-il de tribunaux que l'obstacle de la langue sépare ? La traduction simultanée peut apporter une solution. Elle suppose toutefois qu'une trace soit conservée du dialogue, de sorte que les parties puissent exercer ultérieurement toutes les possibilités de recours dont elles disposent.³⁰⁵¹ Il faudra encore veiller à ce que le dialogue respecte le principe cardinal des

³⁰⁵⁰ On connaît la théorie dite 'libérale' proposée par Mme. SLAUGHTER pour expliquer les développements des relations internationales, en général sur cette conception des relations internationales, v. « International Law in a World of Liberal States », *Eur. J. Int'l L.*, 1995, 503 e.s. Poursuivant la réflexion sur ce modèle conceptuel, Mme *Slaughter* a proposé de voir dans la communication inter-tribunaux une manifestation du développement d'un nouveau paradigme qui ne fait plus des Etats les acteurs exclusifs du développement des relations juridiques internationales. Elle distingue 4 formes distinctes de communication entre tribunaux, dont l'une est le dialogue direct à l'occasion notamment de conflits de procédures. Mme *Slaughter* se réfère ainsi à ce qu'elle appelle la 'positive comity' pour envisager "a global community of law, established not by the World Court in The Hague, but by national courts working together around the world. It is also a vision of a shift from deference to dialogue, from passive acceptance to active interaction, from negative comity to positive comity" (A.-M. SLAUGHTER, "40th Anniversary Perspective : Judicial Globalization", *Virginia J. Int'l L.*, 2000, (1103), 1114). V. aussi "Court to Court", *Am J. Int'l Law*, 1998, 708 e.s. et déjà "A Typology of Transjudicial Communication", *U. Richmond L. Rev.*, 1994, (99-137), 119-122 ainsi que "Toward a theory of Effective Supranational Adjudication", *Yale L.J.*, 1997, 273 e.s.

Cette vision a été reprise par d'autres auteurs, notamment à l'occasion du développement de jurisprudences nationales convergentes dans le domaine des droits de l'homme (où l'on n'a pas hésité à parler de « réseaux de tribunaux nationaux agissant ensemble pour rendre justice aux victimes de violations des droits de l'homme », v. W. J. ACEVES, "Liberalism and International Legal Scholarship. The Pinochet Case and the Move Towards a Universal System of Transnational Law Litigation", *Harvard Int'l L. J.*, 2000, 129 e.s. et sur ce thème également : CH. MCCRUDDEN, "A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights", *Oxford J. Legal Studies*, 2000, 499-532. En général sur la théorie des réseaux d'acteurs des relations internationales, v. A. M. SLAUGHTER, "Government Networks : The Heart of the Liberal Democratic Order", in *Democratic Governance and International Law*, G. H. FOX et B. R. ROTH (éds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 199-235. V. les critiques de J. E. ALVAREZ, "Do Liberal States Behave Better? A Critique of Slaughter's Liberal Theory", *Eur. J. Int'l L.*, 2001, 183 e.s.

Les idées de Mme. *Slaughter* ont également été reprises pour expliquer l'apparition du dialogue inter-judiciaire dans le contentieux de la faillite, v. L. M. LOPUCKI, "Cooperation in International Bankruptcy : A Post-Universalist Approach", *Cornell Law Review*, 1999, 696-761 (où l'auteur examine différents modèles pour les faillites internationales, de l'universalisme pur au territorialisme qu'on accuse de nationalisme, et propose ce qu'elle appelle la 'cooperative territoriality'). Cf. également L. UNT, "International Relations and International Insolvency Co-Operation : Liberalism, Institutionalism and Transnational Legal Dialogue", *Law and Policy in International Business*, 1997, 1037-1106, spéc. 1069-1106.

³⁰⁵¹ Dans l'affaire *Bunkelhalter v Bunkelhalter*, 34 So. 2d 761 (CA Flo. 1994), le tribunal de première instance de Floride avait accepté de renoncer à l'exercice de sa compétence après s'être entretenu au téléphone avec son collègue de Caroline du Nord précédemment saisi. La décision fit l'objet d'un appel, la demanderesse contestant la décision. La Cour d'Appel constata que « The communication which took place between the North Carolina and Florida judges was clearly authorized by law [...] » et que « it is most apparent that Judge Davis had a telephone conversation with the trial judge in North Carolina and that this conversation influenced his decision ». La Cour

droits de la défense, par exemple en autorisant les parties sinon à participer à la conversation, du moins à y assister et à soumettre des observations.³⁰⁵² Ces préoccupations pratiques ont déjà trouvé une réponse dans les principes directeurs rédigés par l'*American Law Institute* (*supra*, n° 681). Les solutions proposées sont susceptibles d'être améliorées, elles constituent toutefois une base de départ pour la réflexion.³⁰⁵³

686. Les difficultés du dialogue inter-judiciaire – une question de mentalité - Au delà des questions ponctuelles liées au déroulement concret du dialogue,³⁰⁵⁴ il faut encore admettre que le dialogue inter-judiciaire devra sans doute surmonter les réticences des juridictions dont on a vu qu'elles n'étaient pas toujours favorables à la coordination même passive des procédures concurrentes. Imposer une coordination active sera dès lors une œuvre de longue haleine.³⁰⁵⁵

Les tribunaux nord américains se sont lancés dans l'aventure du dialogue inter-judiciaire 'sans filet', de leur propre initiative. Il faut voir dans cette initiative l'expression de la plus

expliqua que le juge n'avait pas gardé trace écrite de cette conversation. Elle demanda dès lors au juge de première instance de « creating a supplement to the record which sets forth, in as reliable a manner as is possible, the content of the judge's conversation with the North Carolina judge » de manière à lui permettre d'exercer sa mission de contrôle. V. par contre *Smith v Smith*, 534 N.W. 2d 6 (S.C. North Dakota 1995) (dans laquelle la communication téléphonique entre un juge californien et son homologue du Dakota Nord avait fait l'objet d'une retranscription, ce qui avait permis aux parties d'en contrôler le contenu et à la Cour Suprême du Dakota de rejeter le grief de détournement de pouvoir avancé par l'une des parties) ;

³⁰⁵² Ce qui n'avait pas été le cas dans l'affaire *Burkhalter v Burkhalter*, déjà évoquée. Les tribunaux ne semblent pas considérer l'absence de participation des parties ou encore de traces écrites de la communication comme viciant de manière absolue celle-ci, v. par exemple *Lawrence v Lawrence*, 2002 WL 445055 (Ohio App. 12 Dist., 2002). On notera que la loi modèle de 1968 ne prévoit pas de modalités concrètes pour le dialogue qu'elle encourage. Elle se contente de régler les demandes de collaboration émanant d'un Etat, par exemple celle visant à obtenir le témoignage d'une personne résidant dans un autre Etat. La nouvelle version de la loi modèle va plus loin puisqu'elle contient une disposition spécifique organisant de façon concrète la communication entre tribunaux. Selon la section 110, "(b) The court may allow the parties to participate in the communication. If the parties are not able to participate in the communication, they must be given the opportunity to present facts and legal arguments before a decision on jurisdiction is made. (c) Communication between courts on schedules, calendars, court records, and similar matters may occur without informing the parties. A record need not be made of the communication. (d) Except as otherwise provided in subsection (c), a record must be made of a communication under this section. The parties must be informed promptly of the communication and granted access to the record. (e) For the purposes of this section, "record" means information that is inscribed on a tangible medium or that is stored in an electronic or other medium and is retrievable in perceivable form". Il n'est pas d'appel à une coopération directe entre tribunaux qui ne souligne la nécessité de préserver les droits des parties, p. ex. J. M. FARLEY, « A Judicial Perspective on Cross-Border Insolvencies and Restructuring », *Int'l. Business Lawyer*, 1996, (220), 221, ("it would be desirable that the interested parties in each jurisdiction nominate one counsel who would then be able to distribute a summary to all parties once the summary has been cleared with or approved by the judges involved").

³⁰⁵³ Tout comme les modalités prévues par les *Principes de Leuven-Londres* de l'ILA, et notamment le principe 5.2, qui prévoit que les parties seront averties en temps utile de l'intention du tribunal d'entrer en communication avec son confrère étranger, afin qu'elles puissent faire connaître leurs vues sur les informations à solliciter. Le même principe exige que les communication entre juridictions soient écrite ou au moins qu'il en sera dressé un procès-verbal. Enfin, il est prévu que la communication se fasse dans une langue acceptable pour la juridiction bénéficiaire du renvoi.

³⁰⁵⁴ Déroulement concret qui pourrait profiter des avancées de ce qu'il est dorénavant convenu d'appeler l'*Online Dispute Resolution* ou ODR, v. à ce sujet M. PHILIPPE, « Where is Everyone Going With Online Dispute Resolution (ODR) », *R.D.A.I.*, 2002, 167-210 ainsi que C. KESSEJIAN and S. CAHN, "Dispute Resolution On-Line", *International Lawyer*, 1998, 977-990 ; T. HEREMANS, "Dossier online geschillenbeslechting : Een blik op online geschillenbeslechting in België", *Computerrecht*, 2001, 247-253 ; M. BONTJUIS-KRIJGER, "Dossier online geschillenbeslechting : ODR.NL : Grensoverschrijdende online alternatieve geschillenbeslechting", *Computerrecht*, 2001, 245-247 et A. R. LODDER, "Dossier online geschillenbeslechting : eADR of ODR : wereldwijde geschillenoplossing, wereldwijd recht?", *Computerrecht*, 2001, 232-240.

³⁰⁵⁵ D'autant plus que certains y voient d'emblée une suggestion "utopique", p. ex. l'observation en ce sens de M.-L. NIBOYET-HOEGY lors de la discussion de sa communication au Comité français de dip, *Travaux comité français DIP*, 1995-96, p. 92.

grande liberté dont ils jouissent pour s'écarter des règles écrites et conduire leur procédure comme ils l'entendent.³⁰⁵⁶ A l'inverse, on peut craindre que les juridictions de droit civil éprouvent plus de difficultés à prendre des libertés avec le cours normal de la procédure.³⁰⁵⁷ Chaque juge est bien sur maître de son audience ; le principe dispositif et surtout les traditions limitent toutefois la liberté d'action des tribunaux. Il faudra sans doute attendre la création d'un cadre légal spécifique, détaillant les circonstances et modalités du dialogue pour que la communication directe entre juges prenne son envol.

Au sein même de l'espace judiciaire américain, le dialogue inter-judiciaire mis en place pour le contentieux de l'enlèvement des enfants ne constitue pas un succès sans partage. On constate en effet que certains tribunaux ne donnent pas suite à l'invitation qui leur est faite d'entrer en communication avec le tribunal saisi concurrentement. Il en est par exemple allé ainsi dans l'affaire des époux *Nazar*, dans laquelle s'opposaient les tribunaux de Louisiane et du Minnesota.³⁰⁵⁸ En l'espèce, l'épouse avait quitté le domicile conjugal établi au Minnesota pour retourner en Louisiane d'où elle était originaire. Elle demanda le divorce devant les tribunaux de sa nouvelle résidence et sollicita également la garde des deux enfants. Dans le même temps, l'époux saisit les tribunaux du Minnesota de demandes similaires. En première instance, le tribunal du Minnesota se déclara compétent tout en expliquant que les tribunaux de Louisiane avaient abusivement pris connaissance de la cause. Il n'envisagea pas la possibilité d'entrer en contact avec ces tribunaux. La Cour d'Appel reforma cette décision : tout en soulignant que les difficultés de l'espèce étaient liées à l'attitude de deux « non cooperative state courts »,³⁰⁵⁹ elle invita le tribunal de première instance à s'interroger, à la lumière de l'intérêt des enfants, sur l'opportunité d'exercer sa compétence. Constatant qu'en l'espèce la seule communication entre les tribunaux avait consisté dans un échange de lettres et de décisions, la Cour d'Appel insista également sur le devoir imposé aux tribunaux d'entrer en communication, un devoir qu'ils avaient négligé.³⁰⁶⁰

Il semble que d'autres tribunaux prennent quelque liberté avec l'obligation qui leur est faite d'entrer en communication avec le for concurrent, certains voyant d'ailleurs dans le dialogue une simple *faculté* et non une véritable obligation.³⁰⁶¹ Il en a également été ainsi dans une affaire qui a opposé les tribunaux de Floride et les tribunaux suisses.³⁰⁶² En l'espèce, un citoyen américain avait dénoncé le fait que son épouse suisse avait emmené leurs enfants en Suisse où elle résidait. Les parties avaient institué des procédures de divorce concurrentes dans leur pays de résidence. La Cour d'Appel du 4^{ème} district de

³⁰⁵⁶ Comme le fait remarquer le juge J. M. FARLEY, *l.c.*, *Iran's Business Lawyer*, 1996, (220), 221, qui explique que les tribunaux du commerce jouissent au Canada d'une grande liberté et sont encouragés à se montrer flexibles et à modifier leurs procédures si nécessaire.

³⁰⁵⁷ V. les réflexions en ce sens de P. SCHLOSSER, *ac.*, *Recueil des cours*, 2000, t. 284, (9), 417-418.

³⁰⁵⁸ *In Re the Marriage of Houshang S. Nazar u Carol K. Nazar*, 505 N.W. 2d 628 (Minn. App.).

³⁰⁵⁹ La Cour expliqua que "Each state is obstinately protecting its own jurisdiction without communicating or cooperating to determine the best forum for the case" : 505 N.W. 2d 628, 635.

³⁰⁶⁰ "we encourage both Minnesota and Louisiana trial courts to adhere to the UCCJA's requirements of interstate communication and cooperation. The UCCJA requires two such courts that simultaneously exercise jurisdiction to communicate with each other to determine the best forum" : 505 N.W. 2d 628, 637. Et la Cour d'ajouter que "Instead, we have the exact situation the UCCJA was enacted to prevent : two states and two parties at a jurisdictional impasse with two innocents children caught in the middle" : 505 N.W. 2d 628, 638. V. également *Coleman u Coleman*, 493 N.W. 2d 133, 137 (Minn. App. 1992) (« Which state exercises jurisdiction is less important than that the courts of the involved states act together in the children's best interests »).

³⁰⁶¹ *State ex rel. Grape u Zach*, 524 N.W. 2d 788 (Neb. 1994) ("Provisions of the Child Custody Jurisdiction Act do not impose upon judges, aware that proceedings are pending in an out-of-state court, but are directory only"); *In re Petition of E. Dilson*, 637 P. 2d 32 (S.C. Col. 1981); *In re K.R.*, 897 P. 2d 896 (App. Col. 1995).

³⁰⁶² *Maja Stock u Gary Stock*, 677 So. 2d 1341 (CA Fla. 1996).

Floride fit observer que l'*Uniform Child Custody Jurisdiction Act* trouvait également à s'appliquer dans les espèces internationales. Elle ajouta que cette législation faisait de la communication entre juges concurrents une obligation centrale que n'avait pas respectée le juge de première instance.³⁰⁶³ En réformant la décision du juge, elle indiqua qu'il s'imposait qu'il prenne contact avec les autorités suisses pour assurer une résolution amicale du conflit.³⁰⁶⁴

Si dans la majorité des cas les tribunaux réservent bon accueil à l'obligation de se concerter,³⁰⁶⁵ il est toutefois frappant que d'autres traînent les pieds, au point que de nombreuses décisions des cours d'appel insistent sur le caractère obligatoire de la communication entre tribunaux, pour mieux sanctionner les tribunaux de première instance qui ont négligé de se conformer à cette obligation.³⁰⁶⁶

687. Les difficultés du dialogue inter-judiciaire – une question de mentalité (suite) – L'hésitation de certains tribunaux à s'engager pleinement dans l'exercice de coopération directe au sein de l'espace judiciaire américain peut faire craindre que le dialogue sera d'autant plus difficile entre tribunaux qui ne partagent ni la même langue, ni la même culture juridique.

Il est d'ailleurs symptomatique que les principes directeurs de communication établis par l'ALI pour les insolvabilités transfrontières (*supra*, n° 681) ne concernent pour l'instant que les tribunaux canadiens et américains. Le commentaire précise que les différences existant avec les règles en vigueur au Mexique ne permettent pas d'étendre les principes à cette juridiction – même si les tribunaux mexicains sont invités à utiliser les principes s'ils le désirent.

Au vrai, il semble pour l'instant utopique d'imaginer un dialogue s'instaurer entre juges de différents continents, en dehors d'hypothèses exceptionnelles. Les barrières culturelles

³⁰⁶³ Selon la Cour, "The duty of the trial court to communicate with courts of other jurisdictions where custody proceedings are pending is a key ingredient to effectuating the intent of the UCCJA because effective communication between the jurisdictions should lead to the dispute being resolved in the most appropriate forum" : 677 So. 2d 1341, 1346 (CA Fla. 1996). Et la Cour d'ajouter que "The inescapable conclusion is that the failure of the trial court to communicate contributed significantly to the ensuing controversy".

³⁰⁶⁴ Selon la Cour, "Communication with the Swiss court is a key ingredient to a successful resolution of this dispute and we direct all parties to cooperate in this goal so that the best interests of the children are truly served", 677 So. 2d 1341, 1349 (CA Fla. 1996).

³⁰⁶⁵ V. par exemple *In re Marriage of Torres*, 62 Cal. App. 4th 1367 (communication téléphonique entre les tribunaux californiens et de la Pennsylvanie, à la suite de quoi ces derniers tribunaux renoncent à l'exercice de leur compétence); *In re Marriage of Michelle Elbkasy and Eslayed Elbkasy*, 241 Ill. App. 3d 662, 610 N.E. 2d 139 (A.C. Ill. 3d Dist.) (communication entre un juge New Yorkais et un juge de l'Illinois afin de déterminer quel juge est le mieux placé pour connaître de la demande de garde de l'enfant ; la Cour d'Appel refuse de revenir sur la décision du juge de première instance qui avait décliné sa compétence en faveur des tribunaux new yorkais suite à la conversation téléphonique ; elle note que « the two judges discussed the case before a decision on the most convenient forum was issued by either court. This clearly promoted cooperation between courts of the two States. In addition, that communication helped avoid relitigation of similar issues », 241 Ill. App. 3d 662, 666); *Smith v Smith*, 534 N.W. 2d 6 (S.C. North Dakota 1995) (conversation téléphonique entre un juge californien et un tribunal du Dakota du Nord, au terme de laquelle les tribunaux se partagent le travail : le tribunal californien se prononcera sur la demande de divorce des époux et son collègue du Dakota sur la garde des enfants, la Cour note que « Discussions between judges [...] promote cooperation between the states and can help to avoid relitigation of similar issues »).

³⁰⁶⁶ P. ex. *In re Marriage of Pedowitz*, 179 Cal. App. 3d 992, 1003, 225 Cal. Rptr. 186 (Cal. Ct. App. 1986); *Hickey v Baxter*, 461 So. 2d 1364, 1367 (Fla. Dist. Ct. App. 1984); *Varnede v Varnede*, 68 A.D. 2d 591, 417 N.Y.S. 2d 258, 262 (N.Y. App. Div. 1979); *aff'd*, 49 N.Y.2d 602, 404 N.E.2d 1278 (N.Y. 1980); *Karabalis v Karabalis*, 848 S.W.2d 457 (Ky. CA. 1993) (tribunal de première instance a négligé d'entrer en communication avec son homologue du Tennessee); *In re Christopher C.*, 2002 WL 80290 (Cal. App. 2nd Dist., 2002).

sont sans doute trop grandes, les mentalités trop différentes pour que puisse naître la confiance nécessaire pour un tel dialogue.³⁰⁶⁷

688. Les difficultés du dialogue inter-judiciaire – nécessité d'un cadre légal –
L'espace judiciaire européen semble constituer un terrain d'expérimentation idéal pour le dialogue entre tribunaux. Après tout, les juges des Etats membres ne sont plus tout à fait des 'étrangers' les uns pour les autres : voilà plus de trente ans qu'ils collaborent, au moins passivement, dans la mise en oeuvre de la Convention de Bruxelles. Comme on l'a remarqué, le déclinatoire de connexité internationale prévu par cette Convention constitue l'occasion idéale pour engager un tel dialogue.³⁰⁶⁸ La connexité européenne n'a en effet rien de l'automatisme de la litispendance et la marge d'appréciation qu'elle confère au juge second saisi pourrait constituer le lieu d'un échange entre tribunaux.

Il est à craindre cependant qu'un tel échange ne s'impose pas naturellement. Pour les juges européens, la communication directe s'apparenterait en effet à un saut dans l'inconnu, une nouveauté qui n'est guère balisée par des repères législatifs. Or, sans mettre en doute la créativité des juridictions européennes, la distance à franchir apparaît bien grande. Pour en arriver à un véritable dialogue judiciaire inter-frontières, il faudra sans doute attendre que se mette en place une infrastructure *ad hoc*.

L'expérience des autorités centrales mises en place sous l'empire de plusieurs conventions de La Haye a en effet montré que le dialogue entre tribunaux et autres instances nationales n'est pas possible sans un minimum de structure. Comme le souligne M. van Loon, si la coopération instaurée par un traité reste bien souvent lettre morte, c'est parce que « *international collaboration between courts and authorities which only rarely have occasion to deal with each other, can hardly be expected to work* ». ³⁰⁶⁹ Et l'auteur d'ajouter que « *[of] only a coordinated system of co-operation [...] can provide the infrastructure, and the incentive, which permits a lasting form of co-operation* ». ³⁰⁷⁰

Ce constat a incité la Conférence de La Haye à réunir régulièrement les autorités nationales concernées pour faire le point sur les problèmes qui apparaissent lors de l'application de telle ou telle convention.³⁰⁷¹ Ces Commissions spéciales sont

³⁰⁶⁷ Tout en soulignant l'importance et l'efficacité de la coopération directe entre tribunaux, le juge Farley se montre réaliste et explique que « These possibilities may be too direct. It may well be that the more effective and positive way of dealing with this subject is to have counsel communicate between the two (or more) jurisdictions [...] » : J. M. FARLEY, *l.c.*, *Int'l. Business Lawyer*, 1996, (220), 221.

³⁰⁶⁸ P. SCHLOSSER, *oc.*, *Recueil de cours*, 417-418.

³⁰⁶⁹ V. J. H. A. VAN LOON, *l.c.*, in *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht Universiteit Amsterdam, Kluwer, Deventer, 1990, (101), 117.

³⁰⁷⁰ Idem. Et l'auteur d'analyser l'échec de la Convention de 1961 comme résultant de l'absence de ce type d'infrastructure. V. également en matière pénale les observations de A. THILY à propos du réseau judiciaire européen in « Le ministère public et l'avenir de l'espace judiciaire européen », *Act. Dr.*, 2001, (738), 745-746, qui explique que la « connaissance personnelle réciproque des magistrats de parquet européens, avec un échange d'expériences, de problèmes, d'instruments de lutte contre la délinquance [...] facilite par la suite de façon extraordinaire l'entraide judiciaire ».

³⁰⁷¹ J. H. A. VAN LOON, *l.c.*, in *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht Universiteit Amsterdam, Kluwer, Deventer, 1990, (101), 115-116 et 119-120. V. par exemple les conclusions de la 4^{ème} Commission Spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les enlèvements d'enfants tenue en mars 2001, qui estime que « Les Etats contractant sont encouragés à envisager la désignation d'une ou plusieurs autorités judiciaires [...] qui seraient susceptibles de faciliter au niveau international la communication entre autorités judiciaires [...] » (recommandation n° 5.5, p. 12). La Commission invite également le Bureau Permanent de la Conférence à « rechercher des mécanismes pratiques destinés à faciliter la communication internationale directe entre autorités judiciaires » (recommandation 5.7). Sur la faisabilité et les limites de la communication directe entre autorités

indispensables pour créer un climat de confiance entre les instances concernées. Elles ont pour but l'échange d'information, par exemple sur les spécificités du droit national des Etats contractants, l'encouragement à la coopération par le biais de l'analyse de la jurisprudence et éventuellement l'adoption de recommandations générales. Le dialogue se veut alors de portée générale, puisqu'il ne concernera pas une espèce particulière. La leçon est toutefois générale : à défaut d'occasions structurées, l'échange entre instances nationales se révélera difficile.³⁰⁷²

689. Les difficultés du dialogue inter-judiciaire - nécessité d'un cadre légal (suite) – À cet égard, la création du réseau judiciaire européen apparaît comme une première étape dans la voie d'une collaboration active.³⁰⁷³ Ce réseau, constitué de points de contact nationaux nommés par les Etats membres, constitue une « structure de coopération ».³⁰⁷⁴ Outre une mission d'information à destination tant du grand public que des spécialistes, les points de contact sont chargés d'aider au « bon déroulement des procédures ayant une incidence transfrontière » et de « faciliter les demandes de coopération entre Etats membres ».³⁰⁷⁵

On notera que les points de contact ont notamment comme mission de faciliter les contacts appropriés entre les autorités des Etats membres (art. 4(1)). Cette description générale pourrait ainsi englober la mise en rapport direct de deux tribunaux européens qui engagerait un dialogue sur les procédures dont ils sont saisis. A notre sens, le réseau judiciaire européen constitue un outil qui facilitera la communication entre juges. Il ne s'agit certes que d'une première étape, qui ne sera sans doute pas suffisante pour inciter les tribunaux nationaux à oser franchir le pas. Cette étape nous paraît toutefois nécessaire pour mettre en place l'infrastructure sans laquelle le dialogue n'est pas pensable.

690. Les difficultés du dialogue inter-judiciaire : l'objet du dialogue - Une fois les obstacles pratiques écartés et les esprits ouverts à l'idée du dialogue, encore faut-il préciser sur quelles questions l'échange de vues portera et surtout quelle sera son influence sur la résolution des conflits de procédures.

On peut tout d'abord constater que le dialogue entre tribunaux n'est pas une fin en soi, mais seulement un outil supplémentaire pour aider à une meilleure coordination des procédures concurrentes. L'utilité d'une telle démarche dépendra en premier lieu du modèle de priorité retenu. Ainsi, le dialogue entre tribunaux n'a pas de sens si les règles

judiciaires, v. aussi la *Liste récapitulative des points soulevés et des recommandations faites en réponse au questionnaire sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980...*, document préliminaire n° 5 de mars 2001, pp. 28-29.

³⁰⁷² V. aussi les observations de B. S. MARKESINIS, « Bridging Legal Cultures », in *Foreign Law and Comparative Methodology: A Subject and a Thesis*, Oxford, Hart Publishing, 1997, (194-210), 196 qui explique que le droit comparé moderne ne peut se concevoir sans les rencontres entre juristes et juges de différents pays, rencontres qui feront prendre conscience aux participants que « despite a different legal history and different methodology, the problems they face are similar, calling for analogous if not identical solutions ».

³⁰⁷³ Le réseau a été créé par une Décision du Conseil du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, L-174/25 du 27 juin 2001. Un réseau similaire existe déjà, et fonctionne, en matière pénale, v. l'action commune du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur base de l'article K.3 du Traité, instituant un réseau judiciaire européen, *J.O.C.E.*, 7 juillet 1998, L-191/4 ainsi que les documents disponibles sur le site [<http://ue.eu.int/ejn/index.htm>]. On comprend dès lors la remarque de M. Lemontey qui expliquait au comité français que la coopération directe entre juges est plus avancée en matière pénale qu'en matière civile (communication de M.-L. NIBOYET-HOEGY, *Travaux comité français D.I.P.*, 92) Sur l'expérience du réseau judiciaire européen en matière pénale, v. A. THILY, *l.c.*, *Act. Dr.*, 2001, (738), 744-746.

³⁰⁷⁴ Attendu n° 6 du Préambule.

³⁰⁷⁵ Art. 3 (2).

de coordination en présence s'en tiennent à la stricte chronologie procédurale. Quelle serait en effet la plus-value d'un échange de vues entre tribunaux s'il appert que le juge second saisi devra irrémédiablement s'effacer devant son collègue ? Les tribunaux devront se contenter de faire le constat la priorité du juge premier saisi. On n'aperçoit pas bien ce que le dialogue pourrait apporter dans cette situation.

On le constate d'ailleurs à l'examen de la loi modèle américaine déjà évoquée relative à la garde des enfants. La règle de litispendance mise en place par l'*Uniform Act* de 1968 ne fait appel au dialogue que dans une hypothèse bien précise, à savoir lorsque le juge second saisi apprend l'existence d'une procédure concurrente alors que la procédure dont il est saisi est déjà entamée. Si au contraire l'existence d'une procédure concurrente est soulevée dès le début, la priorité temporelle joue pleinement, sans que les tribunaux ne soient invités à entrer en communication. Le dialogue prévu en cas de litispendance 'tardive' n'a au demeurant pas pour but de désigner le juge premier saisi. Dans ce cas, la priorité temporelle fait en effet place à une appréciation fondée sur le critère du for plus approprié. C'est précisément pour s'accorder sur le tribunal le plus adéquat que les juges sont invités à entrer en dialogue.³⁰⁷⁶ Ce dialogue prend alors tout son sens puisqu'il porte sur une question dont on a vu qu'elle pouvait donner lieu à des appréciations divergentes (*supra*, n° 551).³⁰⁷⁷

Par son côté mécanique et abstrait, la priorité temporelle ne laisse pas de place pour la concertation – celle-ci mettrait d'ailleurs à mal les qualités de sécurité juridique et de certitude que nous lui avons prêtées.

691. Les difficultés du dialogue inter-judiciaire : l'objet du dialogue (suite) - Le dialogue entre tribunaux ne portera en réalité ses fruits que lorsque la règle de coordination laisse aux juges une certaine marge de liberté.

C'est en effet lorsque les fors concurrents disposent tout deux d'une règle leur concédant un pouvoir d'appréciation que le dialogue révèle toute sa richesse : l'exercice de ce pouvoir n'est pas sans faire naître un risque de voir les tribunaux aboutir à des conclusions différentes, ce qui pourrait nuire à la résolution des conflits de procédures. Dès lors que les tribunaux se concertent et arrivent à une décision commune, le spectre des décisions contradictoires est au contraire écarté. La possibilité pour les tribunaux concernés de se concerter pourrait ainsi utilement compléter une éventuelle exception à la priorité temporelle dont on a vu qu'elle pouvait s'inspirer du *forum non conveniens* (*supra*, n° 649). La règle voudrait alors que le tribunal second saisi s'efface devant son homologue étranger premier saisi, sauf lorsque celui-ci décide que la priorité de saisine ne s'accorde pas avec l'ordre naturel des règles de compétence. Dans ce cas, il pourrait céder la priorité au tribunal concurrent. Le dialogue interviendrait pour s'assurer que les deux tribunaux partagent la même appréciation de l'injustice de la priorité de saisine.

Ce faisant on dépasserait les risques inhérents à une appréciation unilatérale de l'exception de for inapproprié. Il appartiendrait aux deux juges de se concerter, selon des

³⁰⁷⁶ Selon la section 6 (c), « (c) If the court is informed during the course of the proceeding that a proceeding concerning the custody of the child was pending in another state before the court assumed jurisdiction, it shall stay the proceeding and communicate with the court in which the other proceeding is pending to the end that the issue may be litigated *in the more appropriate forum* and that information be exchanged in accordance with sections 19 through 22" (nous soulignons).

³⁰⁷⁷ L'exception de for inapproprié prévue par la même loi modèle invite également les tribunaux à se concerter (art. 7 (d)).

modalités qui restent à préciser, mais pourraient utilement s'inspirer de l'expérience américaine, pour confronter leur opinion quant à la nécessité de renverser la priorité dictée par la chronologie de procédure.

Un tel dialogue ne conduira pas nécessairement à la concorde internationale. Les deux juges confronteront leurs appréciations de la situation, sans pouvoir pour autant nécessairement s'accorder. Dans ce cas, il s'impose d'en revenir à la priorité temporelle. Il faut en effet éviter que l'affaire, faute d'accord entre les deux juges, passe de l'un à l'autre sans jamais trouver une solution définitive. Les tribunaux américains ont d'ailleurs retenu cette solution dans le cadre de la loi modèle déjà évoquée, la priorité temporelle regagnant ses droits en cas de désaccord sur l'exception de for approprié.³⁰⁷⁸

692. Le dialogue entre tribunaux, une idée futuriste – Par bien des aspects, le dialogue entre tribunaux évoqué dans les pages précédentes est une idée qui doit encore mûrir. Un tel dialogue ferait naturellement droit au caractère proprement international des conflits de procédures, permettant au deux tribunaux concurrents de sortir de la logique de l'affrontement pour entrer dans une logique de coopération *active*.³⁰⁷⁹

Cette approche permettrait de dépasser, à peu de frais, l'unilatéralisme traditionnel du conflit de juridiction et de concilier la sécurité juridique d'une solution fondée sur la priorité temporelle et la sophistication d'une règle qui fait droit aux circonstances particulières de chaque espèce. L'approche concertée inaugure en réalité un conflit de juridiction d'un nouveau type. Sans vouloir en minimiser les difficultés, il est permis de penser que cette solution a son avenir devant elle.

4. LE TRANSFERT D'INSTANCE, UNE SOLUTION INTERMEDIAIRE

693. Introduction - Le dialogue direct entre tribunaux concurrentement saisis ne portera sans doute ses fruits que dans un avenir plus ou moins lointain. L'idée de jeter des ponts entre tribunaux concurrents ne doit pas pour autant être abandonnée. Que ce soit dans le cadre d'une solution purement temporelle ou d'une règle de priorité temporelle 'améliorée', il n'est en effet pas inutile de s'interroger sur la possibilité de surmonter les difficultés liées au manque de passerelles entre tribunaux nationaux. On évoquera ainsi l'hypothèse du *transfert*, étape intermédiaire entre l'unilatéralisme et la coopération directe.

694. Sursis et dessaisissement, les deux solutions traditionnelles – Il est inutile de s'étendre longuement sur l'impossibilité pour un tribunal, en dehors de tout cadre conventionnel, de 'renvoyer' une cause devant un tribunal étranger. L'unilatéralité des règles de compétence nationales s'oppose radicalement à l'idée d'un renvoi d'une juridiction à une autre.³⁰⁸⁰ La déférence dont il a été question jusqu'ici se traduit dès lors

³⁰⁷⁸ P. ex. *Maja Stock v Gary Stock*, 677 So. 2d 1341, 1346 (CA Fla. 1996).

³⁰⁷⁹ C'est à ce titre qu'elle a été évoquée par la *Law Reform Commission* australienne, dans un rapport intitulé 'Legal Risks in International Transactions', Report ALRC 80, 1996, dans lequel la Commission mentionne parmi ses recommandations pour 'le long terme' "the potential for direct judicial cooperation between Australian and non-Australian courts where a dispute gives rise to overlapping jurisdiction [...]" (recommandation n° 11).

³⁰⁸⁰ Pour un aperçu des limites que le droit international impose aux Etats, cfr. F. RIGAUX, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *Recueil de cours*, 1989-I, t. 213, pp. 103-108. V. par exemple l'article 96 du NCPC français, qui dispose que « Lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir » (nous soulignons). Le même article prévoit que "Dans tous les autres cas, le juge qui se déclare

nécessairement par une mesure unilatérale. Celle-ci se décline en deux versions. La première est celle du *dessaisissement*, qui voit un tribunal mettre fin à la procédure dont il est saisi. La seconde est celle du *sursis à statuer*, auquel cas le tribunal reste saisi de l'action mais son traitement est suspendu pour une durée, déterminée ou non.

Le droit comparé montre une nette préférence pour la seconde option. Il n'est que dans de rares hypothèses où la déférence conduira à un dessaisissement. Lorsqu'il en est ainsi, c'est souvent sous l'influence des traditions internes. Ainsi au Japon où les tribunaux s'estiment liés par les termes du Code de procédure civile qui ne connaît apparemment pas le sursis à statuer.³⁰⁸¹ De même en Allemagne l'exception de litispendance donnait-elle dans un premier temps lieu à un dessaisissement parce qu'en voulait ainsi le Code de procédure civile.³⁰⁸² Ce n'est que progressivement que les tribunaux se sont émancipés de la solution interne pour accepter le sursis à statuer.

Les codifications modernes ont également embrassé le sursis à statuer³⁰⁸³ La litispendance européenne a encore amplifié cette solution. Comme on le sait, cette règle imposait à l'origine au juge second de se dessaisir. Le sursis à statuer n'était envisagé que lorsque la compétence du juge premier saisi faisait encore doute. Dans ce cas, le juge second saisi avait la faculté de surseoir à statuer. Les inconvénients de ce système sont connus, et notamment le risque de déni de justice lorsque le premier juge se déclarait incompétent après que le juge second saisi se soit dessaisi. La rédaction de l'article 21 fut dès lors judicieusement modifiée avec la Convention d'adhésion de l'Espagne et du Portugal,³⁰⁸⁴ pour imposer au juge second saisi de surseoir à statuer tant que la compétence du for premier saisi n'était pas établie.³⁰⁸⁵ La seule question qui subsiste est dès lors de savoir à quel stade le sursis peut faire place au dessaisissement : suffit-il d'attendre que le juge premier saisi se soit prononcé sur sa compétence, ou doit-on éventuellement prolonger le sursis à statuer tant que les voies de recours peuvent encore être utilisées, et le cas échéant pendant la procédure d'appel ?³⁰⁸⁶

incompétent désigne la juridiction qu'il estime compétente. Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi".

³⁰⁸¹ J. J. FAWCETT, "General Report", in *Declining Jurisdiction*, 39.

³⁰⁸² La disposition pertinente du Code de procédure civile prévoyait en effet que le juge second saisi se dessaisisse. Il en va toujours ainsi aujourd'hui, selon le § 261 (3), "Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen : (1) während der Dauer der Rechtshängigkeit kann die Streitsache von keiner Partei anderweitig anhängig gemacht werden". L'obstacle que représente l'existence d'une procédure déjà pendante s'explique selon la théorie procédurale allemande parce que cette procédure fait perdre au demandeur l'intérêt requis pour agir.

³⁰⁸³ Art. 7 loi italienne de 1995, article 9 LFDIP, art. 12 du Code de procédure civile néerlandais amendé récemment ainsi que l'article 14 du projet de Code de dip belge. V. également le principe 5.4. des Principes de Leuven-Londres de l'ILA, qui exprime une préférence pour le sursis à statuer tout en autorisant le dessaisissement si tel est prévu par le droit national.

³⁰⁸⁴ La Convention de Lugano prévoyait déjà une telle litispendance 'par étapes', v. le rapport Jenard / Möller, *J.O.C.E.*, 1990, C-189/70, n° 64.

³⁰⁸⁵ Sur cette évolution, v. le rapport Almeida Cruz, Desantes Real et Jenard, *J.O.C.E.*, 1990, C-189/40, n° 28, ainsi que les explications de H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 208-209. P. ex. Trib. Amsterdam, 28 octobre 1992, *N.I.P.R.P.*, 1993, 244, n° 169 (sursis à statuer en attendant que le tribunal de Barcelone se prononce) ; Trib. Arrond. Middelburg, 17 mai 1995, *J.P.A.*, 1995, 367 ; S. & S., 1996, 18 (sursis à statuer parce que la compétence du tribunal de Gand, premier saisi, est contestée).

³⁰⁸⁶ Sur cette question, v. W. KENNET, « Lis Alibi Pendens - A View from the U.K. », *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al. (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1999, (103), 117-118 ainsi que H. LINKE, « Ausgewählte Probleme der Rechtshängigkeit und der Urteilsanerkennung » in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Cour de Justice des Communautés européennes (éd.), Londres, Butterworths, 1993, 182-183. *Comp. Trib. Arnhem*, 23 mai 1996, *N.I.P.R.*, 1996, 972. Le projet de Convention de La Haye apporte une réponse indirecte à cette question. Selon l'article 21 du projet, le juge second saisi devra en effet surseoir à statuer aussi longtemps que la procédure concurrente est pendante. Le dessaisissement n'interviendra que dès lors qu'un « jugement rendu par le tribunal premier saisi lui est présenté qui remplit les conditions de reconnaissance ou

Si les droits des pays de *common law* semblent également pencher pour le simple sursis ('stay'), ce terme peut aussi bien recouvrir une paralysie temporaire de la procédure qu'une suspension définitive. Ainsi, l'exception de for inapproprié conduira en droit américain à un véritable dessaisissement, l'affaire ne pouvant plus être reprise.

695. Sursis et dessaisissement, les deux solutions traditionnelles (suite) – La préférence constatée pour le sursis à statuer, qui peut prendre différentes formes selon les modalités prévues par le droit national,³⁰⁸⁷ s'explique facilement. Il y va notamment du souci d'éviter que les deux tribunaux se refusent à statuer. Le sursis permet de 'ressusciter' la procédure suspendue, et d'éviter ainsi les pertes de temps et d'argent ou l'expiration d'un délai de prescription. Il permet en outre au juge de conserver une certaine mainmise sur l'affaire et d'accorder le cas échéant des mesures conservatoires ou provisoires.³⁰⁸⁸

L'expérience de la litispendance internationale a montré que le sursis pouvait être utilement combiné au dessaisissement pour tenir compte de l'évolution de la procédure étrangère. Ainsi le droit commun français offre-t-il au juge second saisi le choix entre la suspension et le dessaisissement selon le résultat du pronostic de reconnaissance (*infra*, n° 716). Si le juge français hésite encore à se prononcer sur la reconnaissance de la future décision étrangère, il préférera le sursis. Celui-ci pourra se transformer en dessaisissement lorsqu'il apparaît qu'il n'y a pas d'obstacle à cette reconnaissance. La litispendance européenne échelonne également ses effets, le sursis à statuer s'imposant dans un premier temps pour céder la place au dessaisissement lorsque la compétence du juge étranger ne fait plus de doute.

Au vrai, la modulation des effets de la litispendance ne prête plus à discussion, elle s'est imposée dans toutes les codifications récentes. La flexibilité qu'elle offre se marie d'ailleurs bien avec le caractère évolutif de la procédure étrangère.

696. De la déférence modalisée au transfert – Qu'il s'agisse d'un dessaisissement ou d'un sursis, dans les deux cas la solution est purement *unilatérale* et ne saurait lier le juge étranger. Même au sein de l'espace judiciaire européen, il n'y a pas de véritable transfert entre les deux fors concurrents. La litispendance et la connexité européenne se bornent à organiser une *coordination* entre les deux instances, sans pour autant établir un lien direct entre celles-ci.

La déférence modalisée constitue certes une manière de transfert, puisque le dessaisissement n'aura lieu que lorsqu'il apparaît que le juge concurrent se saisira bel et bien de l'affaire, ou même a déjà rendu une décision. Si le danger de conflit négatif est écarté, il reste qu'aucune communication directe n'est établie entre les deux procédures. Partant, l'acquis de la procédure qui s'efface, pourrait disparaître. De même, il appartiendra aux parties de veiller à ce que toutes les pièces utiles, par exemple un rapport d'expert, soient transmises au juge concurrent, sans pouvoir compter sur les bons offices du greffe.³⁰⁸⁹

d'exécution » de la Convention. Le sursis devra dès lors être maintenu si la compétence du juge étranger est contestée en appel. Que le dessaisissement soit réservé à l'hypothèse dans laquelle le tribunal étranger a déjà statué s'explique sans doute par la moindre impérativité de la reconnaissance des jugements étrangers.

³⁰⁸⁷ On pense à un renvoi au rôle, à une suspension temporaire des débats, etc.

³⁰⁸⁸ Sur ce dernier point, v. J. J. FAWCETT, "General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 40.

³⁰⁸⁹ Ce qui ne sera pas le cas en cas de dessaisissement d'une juridiction française par exemple au profit d'une autre juridiction française. L'article 97 du NCPC dispose en effet qu'en cas de renvoi devant une juridiction désignée [c'est-à-dire française], "le dossier de l'affaire lui est aussitôt transmis par le secrétariat, avec une copie de la décision de renvoi [...]. Dès réception du dossier, les parties sont invitées par lettre recommandée avec demande

Un transfert direct entre les deux tribunaux permettrait d'éviter les aléas liés au manque de coordination entre instances. On pourrait y voir une étape intermédiaire entre l'unilatéralisme pur et simple et le dialogue direct entre les deux tribunaux déjà évoqué. Comme ce dialogue, le transfert ne constitue pas une solution en tant que telle aux procédures concurrentes, mais tout au plus une *modalité* qui peut venir se greffer sur une solution existante, qu'elle soit inspirée de la chronologie procédurale ou d'un autre fondement. Le transfert suppose en effet que les tribunaux se soient mis d'accord, ensemble ou séparément, sur celui d'entre eux qui cédera la priorité à l'autre. Il ne pourrait se substituer à la priorité temporelle, mais seulement la compléter. Ainsi la procédure de renvoi mise en place par la Convention de La Haye de 1996 relative à la protection des enfants se comprend comme une modalité d'application de l'exception de *for inapproprié* qu'elle met en place et non comme une solution spécifique à la question des conflits de procédures.³⁰⁹⁰ Une fois ceci précisé, encore faut-il s'interroger sur la question de savoir si et à quelles conditions on peut envisager un transfert international d'instance.

697. Difficultés du transfert direct d'instances dans le contentieux international

- Dans le contentieux international, le transfert d'instances ne peut se concevoir comme à l'intérieur d'un même ordre juridique.³⁰⁹¹ L'indépendance des juridictions et les jalousies souveraines obligent nécessairement à des détours. On conçoit ainsi difficilement que la décision d'un tribunal national de renvoyer l'affaire à son homologue étranger puisse lier ce dernier, comme c'est le cas en droit interne.³⁰⁹² Au sein même des Etats fédéraux il n'est pas toujours possible d'organiser un transfert direct entre deux tribunaux.

L'expérience des Etats fédéraux confirme la difficulté d'organiser un transfert pur et simple entre deux instances. La loi modèle proposée à cet effet au Canada en 1994 - le *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* - n'a été transposée dans aucune des provinces. Une législation similaire est en vigueur en Australie, qui s'est toutefois heurtée à de nombreuses difficultés.³⁰⁹³ Selon le mécanisme mis en place par le législateur australien, les cours suprêmes de chaque province sont investies de la compétence accordée aux cours des autres provinces, de sorte qu'un tribunal peut ordonner le transfert de l'instance dont il est saisi au profit d'un tribunal d'une autre province. La législation est toute imprégnée de considérations empruntées au *forum non conveniens*, le caractère plus approprié de la juridiction étrangère constituant le facteur principal justifiant le transfert. On notera toutefois que le législateur australien a également visé de façon expresse l'hypothèse des procédures concurrentes, même si ici aussi le transfert est subordonné au caractère plus approprié du *for concurrent*.

d'avis de réception du secrétaire de la juridiction désignée à poursuivre l'instance et, s'il y a lieu, à constituer avocat ou avoué [...].

³⁰⁹⁰ Sur les origines de l'article 8 de la Convention de 1996, v. L. SILBERMAN, *l.c.*, in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum K. Siehr*, La Haye, Asser Press, 2000, (703), 715-717. Mme. Silberman explique que cette disposition visait entre autre à introduire une mesure de *forum non conveniens* dans le texte de la Convention, à la demande des Etats-Unis.

³⁰⁹¹ En droit belge par exemple, le transfert d'une juridiction à une autre est organisé par les articles 660 e.s. du Code Judiciaire. Selon ces dispositions, il appartient au greffe de faire parvenir le dossier au greffe du tribunal compétent. Ce dernier se charge alors de convoquer les parties et d'inscrire, sans frais, l'affaire au rôle. L'article 662 in fine précise que « La procédure est continuée en son dernier état ».

³⁰⁹² V. art. 660, al. 2 Code Judiciaire belge.

³⁰⁹³ Il s'agit du *Jurisdiction of Courts (Cross-Vesting) Act* de 1987, v. le commentaire général de P. NYGH, *Conflict of Laws*, Sydney, Butterworths, 1995, 86-99.

L'introduction du mécanisme du transfert en droit australien n'a pas été sans peine. Il a d'abord fallu s'interroger sur la nature exacte de la compétence transférée, et en particulier sur la question de savoir si le tribunal bénéficiaire du transfert pouvait se contenter d'accepter celui-ci ou s'il doit au contraire d'abord vérifier qu'il est compétent selon ses propres règles. Il semble que la dernière solution se soit imposée, le transfert ne portant dès lors plus que sur la compétence *ratione materiae*.³⁰⁹⁴ Une autre question s'est posée, qui a trait au caractère obligatoire ou non du transfert. Selon M. Nygh, la jurisprudence penche pour la *faculté* du tribunal de décider librement s'il accepte le transfert qu'on lui propose.³⁰⁹⁵ Ceci montre qu'on est encore loin d'un mécanisme assurant le passage en douceur d'un tribunal à l'autre. Il en est d'autant plus ainsi que des doutes sont apparus sur la constitutionnalité même du mécanisme, certains mettant en doute la validité de la loi,³⁰⁹⁶ doutes qui ont semble-t-il depuis lors été écartés.

En définitive, les nombreuses péripéties qui ont accompagné la mise en place du transfert d'instances entre tribunaux australiens, soulignent que l'idée est loin d'être évidente. On en veut également pour preuve qu'aux Etats-Unis, le mécanisme de transfert ne concerne que les tribunaux fédéraux. La section 1404(a) du chapitre 28 USC, permet certes le transfert au profit d'un tribunal fédéré jugé plus approprié.³⁰⁹⁷ Il n'existe toutefois pas de mécanisme étendant le transfert aux juridictions des Etats, la loi modèle présentée en 1991 à cet effet par la *National Association of Commissioners on Uniform Law* n'a pas rencontré le succès escompté.³⁰⁹⁸

698. Difficultés du transfert direct d'instances dans le contentieux international (suite) – Les réticences auxquelles se sont heurtées les tentatives d'organiser le transfert d'instance au sein des Etats fédéraux témoignent bien de la difficulté de la solution. Comme on l'a noté, le transfert est une solution qui nécessite une forte volonté de coopération entre les Etats.³⁰⁹⁹ La communauté internationale n'a en réalité fait que commencer à explorer les possibilités d'organiser un transfert entre juridictions nationales. Les récentes Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes constituent les premières concrétisations de cette idée.³¹⁰⁰

Les articles 8 et 9 de la Convention de 1996 mettent en place un mécanisme permettant à un tribunal de se défaire d'une instance au profit d'une autre juridiction tout en organisant le passage de l'un à l'autre. Ces dispositions constituent en réalité une version améliorée de l'exception de for inapproprié : elles prolongent l'idée d'un dessaisissement

³⁰⁹⁴ V. sur cette controverse les commentaires de K. MASON et J. CRAWFORD, « The Cross-Vesting Scheme », *A.L.J.*, 1988, 328, spéc. 335-336 et de M.M. GRIFFITH, ROSE et GORGELES, « Further Aspects of the Cross-Vesting Scheme », *A.L.J.*, 1988, (1016), 1022-1023.

³⁰⁹⁵ P. NYGH, *ac*, 1995, 88.

³⁰⁹⁶ O'BRIEN, « The Constitutional Validity of the Cross-Vesting Legislation », *Melb. U.L.R.*, 1989, 307 e.s.

³⁰⁹⁷ La section 1404 (a) du U.S.C., 28^{ème} chapitre, qui stipule que « for the convenience of parties and witnesses, a district court may transfer any civil action to any other district or division where it might have been brought », constitue la version codifiée, pour des fins internes, de la doctrine du forum non conveniens. Introduite en 1948, cette disposition a donné lieu, comme l'expliquent M.M. Scoles et Hay, à une importante jurisprudence (E. SCOLES, P. HAY, P. BORCHERS et S. SYMEONIDES, 491-494).

³⁰⁹⁸ Il s'agit du *Uniform Transfer of Litigation Act* présenté en 1991 par la National Association of Commissioners on Uniform Law.

³⁰⁹⁹ CH. CHALAS, 677, n° 26. V. aussi E. CLIVE, « The New Hague Convention on the Protection of Adults », *Yearb. Private Int'l. L.*, 2000, (1-23), 10, qui explique à propos de la Convention de La Haye de 1996 que « In theory, article 8 provides an ingenious and flexible mechanism which ought to be useful, but it requires a strong element of co-operation and trust between the authorities concerned [...] ».

³¹⁰⁰ V. les explications de P. SCHLOSSER, *ac*, *Recueil des cours*, 2000, t. 284, (9), 308-309 et en général sur le transfert de compétence, A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *Recueil de cours*, 2000, t. 283, (9), n°92.

au profit du tribunal plus approprié en prévoyant un échange entre tribunaux, soit directement (*supra*, n° 676), soit par l'intermédiaire des parties, pour s'assurer que le tribunal jugé plus approprié acceptera de se saisir de la cause. La Convention n'organise pas de transfert au sens littéral du terme, puisqu'il appartient toujours aux parties de saisir l'autre juridiction et de déposer les pièces ad hoc. En outre, la Convention limite le jeu de cette disposition à certaines juridictions préalablement désignées, dont on peut présumer qu'elles pourraient être mieux placées. Il subsiste donc des étapes intermédiaires entre les deux procédures, d'autant plus que la décision du tribunal estimant qu'il n'est pas le plus approprié ne s'impose pas à l'autre qui reste maître de sa propre saisine.³¹⁰¹ En outre, la Convention reste silencieuse sur bien des aspects du 'transfert', notamment ses conséquences sur le droit applicable et la prescription du droit d'action.

Les Principes de *Lexen Londres* de l'ILA sont bâtis sur le même modèle. Ils ne prévoient pas de transfert direct entre les deux juridictions. Il appartient donc aux parties de saisir la juridiction bénéficiaire du 'renvoi'. Les Principes contiennent toutefois certaines précisions relatives aux modalités du passage de l'instance d'une juridiction à l'autre. Outre la possibilité, déjà évoquée, d'un dialogue direct entre les tribunaux concernés, (*supra*, n° 678), les principes détaillent les différentes étapes qui conduisent à la saisine effective de la juridiction étrangère. Une précision supplémentaire est apportée quant aux conséquences du 'transfert', puisque selon le principe 6, le tribunal qui a procédé au transfert ne peut plus contrôler la compétence indirecte du tribunal concurrent lorsque est demandée la reconnaissance ou l'exécution de la décision que ce dernier a rendue.

En vérité, le transfert ne se conçoit pas en dehors d'un cadre conventionnel *ad hoc*. Il n'est pas permis d'imaginer un renvoi, même indirect, d'une juridiction à l'autre, sans un lien conventionnel entre les deux tribunaux. Et même en présence d'un tel lien, la nature du transfert envisagé, pur et simple ou conditionnel et laissant aux parties le soin d'en organiser les modalités, dépendra du degré de confiance entre les juridictions concernées.³¹⁰²

Une fois le principe du transfert, ou d'une approche équivalente, accepté, encore faut-il en préciser les modalités et surtout les conséquences. Les Conventions de La Haye se montrent peut-être désertées sur la question. L'absence de précisions sur ces points n'est pas fortuite. Il peut en effet se révéler très difficile de s'accorder sur les conséquences du transfert d'une instance en raison des nombreuses différences entre les procédures nationales.³¹⁰³ C'est ce que montre l'expérience du transfert à l'européenne, dans le cadre du Règlement Bruxelles II.

699. Les difficultés du transfert - le mécanisme de 'transfert' mis en place par le Règlement Bruxelles II - Le Règlement dit Bruxelles II prévoit une règle originale qui se rapproche du 'transfert' international tel qu'on l'envisage ici. Cette règle illustre également les difficultés du mécanisme, même dans le cadre limité du contentieux du divorce et entre pays aux traditions juridiques fort proches. L'article 11, paragraphe 3, deuxième alinéa du Règlement prévoit que lorsque le tribunal second saisi se dessaisit, l'époux qui avait engagé l'instance qui se clôture, peut porter sa demande devant la

³¹⁰¹ V. également l'article 8 de la Convention sur la protection des adultes.

³¹⁰² En ce sens,

³¹⁰³ On n'évoquera pas ici la version indirecte du transfert, qui voit un tribunal subordonner la décision de 'renvoi' à certaines conditions. La pratique est courante dans les pays de common law, où l'on parle de 'undertakings'. Elle pourrait trouver à s'appliquer dans les juridictions de droit civil, v. P. SCHLOSSER, « Common Law Undertakings aus Deutscher Sicht », *R.I.W.*, 2001, 47 e.s.

juridiction première saisie.³¹⁰⁴ Le ‘transfert’ n’est pas parfait; la possibilité d’étendre la saisine du juge premier saisi est laissée à la libre appréciation du demandeur.³¹⁰⁵ Il n’y a dès lors pas de véritable renvoi d’une juridiction à l’autre.

La règle, que l’on retrouvait déjà dans la Convention dont le Règlement reprend l’essentiel,³¹⁰⁶ est au vrai difficile à qualifier : il ne peut s’agir d’une règle qui étend la compétence du juge premier saisi aux demandes reconventionnelles, puisqu’elle ferait alors double emploi avec l’article 5 du Règlement qui vise précisément cette hypothèse. Le rapport explicatif rédigé pour la Convention ne manquait d’ailleurs pas de souligner la différence entre les deux règles et de rappeler que si l’article 5 pose une règle de compétence, l’article 11 lui vise à résoudre les conflits de procédures.³¹⁰⁷ En outre le même rapport soulignait que l’article 11 permettait un regroupement plus large du contentieux, puisqu’il donne à la partie qui a perdu la course au for la possibilité de soumettre sa demande au tribunal premier saisi dans des situations où il lui serait impossible d’invoquer une règle de compétence dérivée, par exemple parce que le moment pour ce faire n’était pas encore venu.³¹⁰⁸

700. **Les difficultés du transfert à l’européenne** - Malgré ces explications, un certain mystère demeure sur la portée exacte de cette disposition.³¹⁰⁹ Quelle que soit la qualification retenue – simple règle de compétence ou embryon d’une réglementation du transfert – l’effet reste le même : le juge premier saisi reçoit la possibilité de prendre connaissance d’une demande qui à l’origine avait été soumise au juge concurrent. En pratique, cette disposition n’aura d’utilité que dès lors que le demandeur avait porté à la connaissance du juge second saisi une action dont les effets dépassent ceux attribués à celle introduite par son conjoint. S’il s’agit de deux demandes en divorce, il paraît moins utile de permettre au juge premier saisi de connaître des deux demandes, qui par hypothèse aboutiront au même résultat.³¹¹⁰

³¹⁰⁴ La règle vaut tout autant pour les situations de ‘vraie’ que de ‘fausse’ litispendance, les premières visant les actions portant sur le même objet et la même cause, les secondes les autres hypothèses. Le Rapport explicatif accompagnant la Convention précisait que certaines délégations regrettaient qu’une portée aussi large ait été conférée à cette disposition et auraient préféré limiter le champ d’application du ‘transfert’ à la situation des actions dépendantes (Rapport précité du Professeur Borrás, § 55).

³¹⁰⁵ En outre on peut accepter que le ‘transfert’ soit réservé à la situation dans laquelle le juge second saisi se soit dessaisi ; il n’a pas lieu d’être dès lors que ce juge n’a fait que surseoir à statuer. C’est ce que précisait le Rapport explicatif établi pour la Convention, § 55.

³¹⁰⁶ Elle était toutefois absente du projet, plus ambitieux, présenté par le Groupe Européen de droit international privé, publié notamment in *N.I.L.R.*, 1995, 169 et *IPRax*, 1994, 67.

³¹⁰⁷ Le Rapport précise que “la règle énoncée au paragraphe 3 de [l’article 11] est différente de celle contenue à l’article 5 (demande reconventionnelle). En effet, cette dernière est une règle de compétence alors que celle figurant à l’article 11 est une règle d’application des règles de compétence dans le cas d’actions dépendantes” (§ 55). Le Rapport précise également à l’article 5 que cette disposition “doit être vue en relation avec l’article 11 [...] afin de bien distinguer les deux types de cas, même si les effets produits seront souvent identiques” (§ 42 du Rapport).

³¹⁰⁸ Rapport, § 55.

³¹⁰⁹ Les avis sont pour le moins partagés. Mme. *Gaudemet-Tallon* y voit une manière de transfert (“Le Règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 : ‘Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière patrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs’”, *J.D.I.*, 2001, (381), 403). M. *ANCEL* et Mme. *Muir-Watt* semblent partager cette opinion, ils évoquent un “transfert”, sans autre explication (B. ANCEL et H. MUIR WATT, “La désunion européenne : le Règlement dit ‘Bruxelles II’”, *R.C.D.I.P.*, 2001, (403), 430). D’autres retiennent qu’il s’agit d’une règle accordant une compétence “annexe” (“Annexzuständigkeit») au tribunal premier saisi (p. ex. H. SCHACK, “Das neue internationale Eheverfahrensrecht in Europa”, *RabelsZ.*, 2001, (615), 626). *Comp.* avec l’opinion de U. P. GRUBER, “Die neue ‘europäische Rechtshängigkeit’ bei Scheidungsverfahren”, *FamRZ.*, 2000, (1129), 1134, pour qui il ne s’agit pas d’une règle de compétence, mais d’une règle sui generis précisant les conséquences de l’application des règles de compétence.

³¹¹⁰ En ce sens, U. P. PETER GRUBER, *loc. cit.*, *FamRZ.*, 2000, 1134 ; H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, *J.D.I.*, 2001, (381), 403, n° 53.

Les actions connexes ou dépendantes feront donc figure de champ d'application privilégié du transfert à l'euro-péenne. Or c'est justement dans cette hypothèse qu'un transfert peut poser des difficultés pratiques considérables. On pense tout d'abord aux différences qui séparent les droits nationaux quant aux modes de dissolution du lien conjugal. Comme le rappelle fort à propos le rapport explicatif rédigé par Mme Borrás, les droits suédois et finnois ne connaissent que le divorce comme forme de dissolution du lien conjugal, à l'exclusion de toute séparation de corps ou d'annulation du mariage.³¹¹¹ Si d'aventure, un tribunal suédois est saisi en premier d'une demande de divorce alors que l'épouse belge s'adresse ensuite aux tribunaux de son pays pour obtenir l'annulation du mariage, ces derniers devront donner suite à l'exception de litispendance que le mari ne manquera pas de soulever. On peut se demander si le juge suédois acceptera dans ce cas de figure de connaître d'une demande d'annulation dont l'épouse chercherait à le saisir en vertu de l'article 11, paragraphe 3, deuxième alinéa. Tout laisse penser qu'il sera difficile pour le juge de se prononcer sur une demande que son droit national ignore.³¹¹²

Sans se prononcer expressément sur la question, le rapport explicatif laisse entendre que dans un tel cas de figure, il appartiendra à l'épouse, une fois le divorce prononcé en Suède, de saisir à nouveau les tribunaux belges pour s'assurer que la décision suédoise produise en Belgique ses effets *ex tunc*, comme s'il s'agissait d'une annulation du lien conjugal.³¹¹³ *A contrario* on peut en déduire qu'il n'appartient pas au juge suédois de se prononcer sur la demande d'annulation. Le transfert bute ici sur les différences entre droits nationaux.

701. 'Transfert' et droit applicable - Le mécanisme de transfert à peine esquissé par le Règlement se heurte également au caractère national des règles de conflit de lois applicables au contentieux conjugal. Il faut en effet s'interroger sur l'influence que le 'transfert' aura sur le droit applicable à la demande. Avec M. *Ancl* et Mme. *Muir Watt* on peut en effet se demander si "le transfert implique que cette demande différente d'abord portée devant le juge second saisi parvient ensuite devant le premier à l'état brut, en quelque sorte, ou dans la conformation éventuellement déjà reçue de la première procédure de sorte qu'elle ne pourrait plus être jugée que selon les règles de conflit de lois du juge dessaisi".³¹¹⁴ Et ces auteurs de souhaiter dans le même mouvement que le transfert n'ait pas d'influence sur le droit applicable au fond.³¹¹⁵

702. 'Transfert' et reconnaissance des décisions - Enfin, le 'transfert' laisse subsister quelques difficultés sur le plan de la reconnaissance d'une éventuelle décision.

³¹¹¹ Rapport, § 52.

³¹¹² Selon Mme. *Gaudemet-Tallon*, le juge suédois dans un tel cas de figure déclarera sans doute la demande irrecevable au motif que le droit suédois ignore la nullité du mariage (*l.c.*, *J.D.L.*, 2001, (381), 404).

³¹¹³ Rapport, § 57.

³¹¹⁴ *L.c.*, *R.C.D.I.P.*, 2001, 430.

³¹¹⁵ Aux Etats-Unis, il a fallu l'intervention de la Cour Suprême pour obliger le tribunal fédéral auquel profite le transfert à appliquer la loi qui s'impose selon les règles de conflit de la juridiction ayant procédé au transfert, v. *Van Dusen v Barrack*, 376 U.S. 612 (1964) et les explications de V. KAUFMAN, "Further Observations on Transfers Under Section 1404 (a)", *Colum L. Rev.*, 1956, 1 e.s. La législation australienne sur le transfert contient des règles détaillées sur l'influence du transfert sur le droit applicable. Selon la section 11(1), le tribunal auquel le transfert bénéficie, doit appliquer ses propres règles de conflit, v. les explications de P. NYGH, *oc.*, Sydney, Butterworths, 1995, 92-99 et, du même, « Choice of Law in Federal and Cross-Vested Jurisdiction », in *The Australian Federal Judicial System*, B. OPESKIN et F. WHEELER (éds.), Melbourne, Univ. Press Melbourne, 2000, 358 e.s. Au sein de l'espace judiciaire européen, la difficulté pourrait disparaître, ou à tout le moins s'atténuer, avec l'introduction, annoncée, de règles de conflit uniformes pour les questions de divorce.

Lorsque le juge premier saisi s'est prononcé, sa décision aura force de loi dans tous les Etats membres. Le Rapport accompagnant la Convention expliquait que si le juge premier saisi a fait droit à la demande qui lui a été directement soumise, écartant celle qui a fait l'objet d'un transfert, la partie à l'origine de cette dernière pouvait engager une nouvelle instance dans l'Etat membre qu'elle avait saisi antérieurement pour exiger que la décision du juge premier saisi y sorte les effets qui reviendraient normalement à une décision telle que celle qu'elle sollicitait à l'origine. Pour reprendre l'exemple déjà évoqué, si le juge suédois prononce le divorce, celui-ci n'aura qu'un effet *ex tunc*. L'épouse belge pourrait néanmoins s'adresser aux tribunaux belges pour que ceux-ci déclarent que la décision de divorce produira ses effets en Belgique *ex tunc*, comme l'aurait fait une décision annulant le mariage !

Cette précision laisse perplexe.³¹¹⁶ Elle revient à faire sortir à une décision étrangère plus d'effet qu'elle n'en possède selon le droit du juge qui l'a prononcé. De plus, le juge second saisi recouvrerait en quelque sorte une compétence dont il avait été privé pour statuer comme on le lui demandait à l'origine ! Et on peut se demander si la décision qu'il prendra devra à son tour être reconnue dans les autres Etats membres, avec le risque de collision et de contradiction. Fort heureusement, la reconnaissance telle que la conçoit le règlement se limite à la dissolution du lien conjugal, à la modification de l'état civil et à la possibilité de remariage qui en découle. En pratique, un conjoint n'aura donc intérêt à solliciter du juge second saisi qu'il se prononce comme il le lui demandait à l'origine que pour éviter d'être accusé de bigamie, si un remariage a en lieu entre temps.³¹¹⁷ Si l'hypothèse est exceptionnelle, la règle n'en demeure pas moins peu orthodoxe.

703. Le transfert à l'europpéenne, une réglementation inachevée - En réalité, l'article 11, 3^{ème} paragraphe, deuxième alinéa n'a de transfert que le nom. Cette disposition, résultat d'un compromis politique,³¹¹⁸ laisse un goût d'inachevé. On ne peut qu'approuver l'intention du législateur européen, désireux de pallier dans une certaine mesure les rigueurs de la priorité temporelle en autorisant la poursuite d'une procédure intentée postérieurement. Il aurait toutefois fallu apporter quelques précisions sur la portée et surtout les conséquences du mécanisme. Quoi qu'il en soit du caractère imparfait de cette disposition, elle illustre bien les difficultés de penser le transfert à l'échelle internationale, où il se heurte rapidement au cloisonnement national des règles de conflit de loi, de procédure et de fond. Il faudra sans doute attendre une avancée supplémentaire - annoncée - dans l'unification des règles de conflit de loi en matière de divorce pour que l'article 11 puisse sortir son plein effet.

704. Conclusion - Les aménagements possibles de la règle de la priorité temporelle sont nombreux. On relèvera surtout l'introduction d'une exception à cette règle, fondée sur l'idée du for approprié. Elle nous semble constituer la piste la plus judicieuse pour nuancer le caractère indubitablement arbitraire de la règle. L'exception peut être accompagnée de diverses modalités : selon l'ambition on optera soit pour le dialogue entre tribunaux, soit pour le transfert, qu'il soit pur et simple ou conditionnel. Avec ces dernières questions, on entre dans le champ des modalités de la règle de priorité temporelle, que nous allons maintenant explorer.

³¹¹⁶ V. l'étonnement que manifestent B. ANCEL et H. MUIR WATT, *l.c.*, R.C.D.I.P., 2001, 431, n° 22 et H. GAUDEMET-TALLON, *l.c.*, J.D.I., 2001, 404, n° 54.

³¹¹⁷ Comme l'a relevé H. GAUDEMET-TALLON, *l.c.*, J.D.I., 2001, (381), 404, n° 54.

³¹¹⁸ Selon le Rapport Explicatif, § 55, qui précise que « le groupe s'est donc borné à lui donner la forme adéquate » sans plus d'explications.

§ 2 Les limites de la déférence internationale

705. **Introduction** – La priorité temporelle, dont on a vu qu'elle constituait un fondement adéquat de la déférence internationale, n'est pas sans appeler de sérieuses réserves. Pour l'encadrer, on a envisagé certains aménagements touchant au *fondement* de la règle, en faisant notamment appel à une exception déduite du caractère foncièrement inapproprié du tribunal premier saisi.

La priorité temporelle mâtinée d'un soupçon de for approprié ne nous semble toutefois pas faire le tour de la question. Le droit comparé révèle d'ailleurs qu'au-delà de la question du fondement de l'abstention, de nombreuses autres limitations sont évoquées qui contribuent toutes autant à encadrer la priorité accordée au juge premier saisi. C'est à ces limites que sera consacrée la suite de cette étude.

On expliquera dans un premier temps que le régime des jugements étrangers a souvent servi d'inspiration pour tracer les limites du déclinatoire de litispendance internationale (A). Cette filiation nous semble judicieuse, tant les points communs entre les deux sont nombreux et évidents. On en déduira une exigence générale qui lie la priorité du juge premier saisi à un pronostic de reconnaissance. Dans un deuxième temps on s'attardera sur deux éléments qui donnent forme concrète à ce pronostic (B), à savoir d'une part l'exigence de compétence dans le chef du juge premier saisi et d'autre part celle du respect de certaines contraintes liées à l'ordre public.

A. Les limites déduites du régime des jugements étrangers : le pronostic de reconnaissance

706. **Le pronostic de reconnaissance comme limite à la priorité temporelle** – Le droit comparé apprend que pour résoudre la question des limites à apporter à l'effort de coordination internationale, la majorité des droits nationaux – du moins ceux qui font confiance à la priorité temporelle – s'en remettent à ce que l'on a appelé le 'pronostic de reconnaissance'. Concrètement, le tribunal second saisi n'acceptera d'en déférer au tribunal premier saisi que s'il peut prévoir que celui-ci rendra une décision susceptible d'être reconnue dans son propre ordre juridique. Ce faisant, ce sont les conditions posées à la reconnaissance des jugements étrangers qui viennent limiter la priorité temporelle, celle-ci n'étant acquise qu'à la condition que le jugement à venir du juge premier saisi remplisse les conditions posées pour sa reconnaissance future.

Déjà au siècle passé, le Tribunal de l'Empire allemand avait déduit de la reconnaissance de la future décision étrangère une limite à l'exception de litispendance.³¹¹⁹ Le tribunal expliqua à cette occasion très clairement que puisque cette exception poursuivait le même but que la reconnaissance de l'autorité de chose jugée à une décision étrangère, la sphère d'application de ces deux mécanismes "doit être renfermée dans les mêmes limites".³¹²⁰

³¹¹⁹ RG, 26 janvier 1892, *J.W.*, 1892, 124 ; *J.D.I.*, 1893, 905.

³¹²⁰ RG, 26 janvier 1892, dans la traduction parue au *J.D.I.*, 1893, 905-906. Décision qui fut ensuite reprise presque mot pour mot dans une décision du même tribunal du 13 avril 1901, *R.G.Z.*, t. 41, 1902, 341 (en l'espèce le tribunal observe que "Einen im Inlande erhobenen Klage kann auf Grund eines im Auslande anhängigen Rechtsstreites die Einrede der Rechtshängigkeit nur dann entgegengesetzt werden, wenn das in diesem Rechtsstreite ergehende Urteil im Inlande als Urteil anzuerkennen ist" (p. 344). Et le tribunal d'ajouter que "Die Anerkennung des ausländischen Prozesses und seine Wirkung für andere Prozesse kann nicht weiter reichen als

A la même époque, l'Institut de Droit International s'est engagé dans une voie similaire à l'occasion de sa résolution invitant les Etats à étendre le bénéfice de l'exception de litispendance aux espèces internationales. Selon l'article second de cette résolution adoptée lors de la session de La Haye en 1898, il est en effet nécessaire "pour l'admission de l'exception de litispendance étrangère que, en règle, les jugements prononcés dans le pays du juge saisi en premier, soient susceptibles d'être rendus exécutoires [...] selon la loi du pays où l'on produit l'exception".³¹²¹

Les jurisprudences nationales, qui se sont progressivement ouvertes au déclinatoire de litispendance internationale, ont sans exception adopté la même formule. Ainsi l'accueil de l'exception de litispendance devant le juge français en raison d'une instance engagée devant un tribunal étranger est-il selon la jurisprudence *Minera di Fragne* de la Cour de Cassation exclu "lorsque la décision à intervenir à l'étranger n'est pas susceptible d'être reconnue en France".³¹²² Cette limitation au jeu de l'exception de litispendance a ensuite été reprise dans les différentes codifications nationales.³¹²³ Le projet de code belge de droit international privé n'a pas dérogé à cette tradition. L'article 14 du projet indique en effet que le tribunal second saisi devra vérifier "[...] qu'il est prévisible que la décision étrangère sera susceptible de reconnaissance ou d'exécution en Belgique [...]".

Un consensus important semble se dégager sur la condition du pronostic de reconnaissance. Pour expliquer la faveur dont jouit cette limitation de la priorité du juge premier saisi, il est nécessaire de préciser les liens unissant régime des jugements étrangers et exception de litispendance internationale (1). Après avoir constaté la nécessité de maintenir ce lien, on s'interrogera sur la forme concrète qu'il peut prendre pour limiter la priorité du juge premier saisi (2).

1. LA FILIATION ENTRE REGIME DES JUGEMENTS ETRANGERS ET PRIORITE DU JUGE PREMIER SAISI

707. Lien entre litispendance et exception de chose jugée - la preuve par l'histoire - La litispendance internationale a toujours été présentée comme la 'fille' de l'exception de chose jugée. *Voet* liait déjà les deux institutions dans ses écrits.³¹²⁴ L'histoire de l'exception de litispendance révèle le formidable lien qui l'unit au sort réservé aux jugements étrangers.

La parenté entre les deux institutions s'exprime parfois de façon négative, comme ce fut le cas avec le Code de procédure civile italien de 1940. On a expliqué que ce Code

die Anerkennung des ausländischen Urteiles", (344-345). *In casu* la litispendance fut rejetée, le futur jugement chilien ne pouvant être reconnu en Allemagne faute de réciprocité.

³¹²¹ Article 2, *Ann. de l'Institut de Droit International*, XV, 91.

³¹²² Cass. Fr. (1^{ère} Ch. Civ.) 26 nov. 1974, *R.C.D.I.P.*, 1975, 491, note D. HOLLEAUX; *J.D.I.*, 1975, 108, note A. PONSARD.

³¹²³ En particulier dans les législations suisse (art. 9 LFDIP, v. M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 123-129), italienne (art. 7), québécoise (art. 3137 C. civ.) et néerlandaise (art. 12 CPC).

³¹²⁴ Il écrivait dans ses Commentaires que "Exceptioni rei judicatae affinis admodum est exceptio litis pendens; quippe quae quoties, et omnibus illis in casibus datu, lite apud alium judicem pendente, quoties et quibus in casibus, lite finita, rei judicatae [...] exceptioni locus est [...]" (*Commentarius ad Pandectas*, Livre XIV, tit. II, n° 7). V. plus récemment R. SCHÜTZE, *Deutsches internationales Zivilprozessrecht*, Berlin, de Gruyter, 1985, 177 ("Die Rechtshängigkeit ist eine Vorstufe der Rechtskraft. Beide Wirkungen sind wesensähnlich").

interdisait au juge italien second saisi de faire droit à une exception de litispendance au profit d'un juge étranger premier saisi (*supra*, n° 392). On ne s'étonnera donc pas de constater que ce même Code se montrait fort mal disposé à l'encontre des jugements étrangers. Selon les article 796 e.s., l'effet des jugements étrangers était subordonné, en quelque matière qu'ils soient rendus, à une déclaration d'efficacité (*dichiarazioni di efficacia*) prononcée par le juge italien. Cette déclaration était nécessaire non seulement pour obtenir l'exécution du jugement étranger, mais également pour invoquer tout autre effet du jugement étranger en ce compris les effets que l'on range classiquement sous la reconnaissance, et notamment l'autorité de chose jugée.³¹²⁵

Le refus d'accorder un quelconque effet de plein droit aux jugements étrangers, refus qui contraste avec le régime existant avant 1940,³¹²⁶ avait pour effet que les plaideurs pouvaient librement porter à nouveau l'affaire devant le juge italien tant que la déclaration judiciaire d'efficacité d'un jugement étranger antérieur n'avait pas été obtenue. En somme, le législateur italien avait d'avance condamné la litispendance par sa méfiance à l'égard des jugements étrangers.

708. Lien entre litispendance et exception de chose jugée – la preuve par l'histoire – l'exemple de la jurisprudence allemande - La précocité de la jurisprudence allemande illustre également la filiation entre litispendance internationale et régime des jugements étrangers, mais cette fois-ci de façon positive. On a déjà évoqué la décision de la Cour impériale de 1892 qui avait accueilli l'exception de litispendance internationale, du moins sur le plan des principes (*supra*, n° précédent). Cette décision contraste radicalement avec l'attitude, déjà évoquée (*supra*, n° 374) des juridictions françaises et belges à la même époque, toute entière faite d'un refus de s'ouvrir à la litispendance internationale.

La décision de la Cour impériale n'était pas le résultat d'un accident, elle inaugurerait au contraire une jurisprudence constante des tribunaux allemands qui dès cette époque acceptaient de faire droit à la priorité du tribunal étranger premier saisi.³¹²⁷ Dans l'espèce tranchée par le Reichsgericht en 1892,³¹²⁸ un citoyen allemand qui avait été attiré à la fois devant la justice hongroise et celle de son pays, invoqua devant cette dernière l'exception de litispendance. En première instance et en appel, les juges allemands décidèrent que la litispendance pouvait s'appuyer sur le fait qu'une juridiction étrangère était déjà saisie du litige. Selon les juges d'appel, il s'agissait là d'un principe admis par la majorité des

³¹²⁵ V. pour plus de détails, F. A. M. RIAD, *La valeur internationale des jugements en droit comparé*, Paris, Sirey, 1955, 119-129 ainsi que G. A. L. DROZ, 1972, 250-251, n° 409. Le juge italien pouvait d'ailleurs, dans certaines circonstances, procéder à une révision au fond (*riesame del merito*) du jugement étranger. V. toutefois sur la possibilité d'obtenir de façon incidente la déclaration judiciaire d'efficacité du jugement étranger – par le biais de la *debibazione incidentale* – F. A. M. RIAD, *oc.*, 123-124.

³¹²⁶ Sur le régime beaucoup plus libéral mis en place par le Code de procédure civile de 1865 (art. 941), v. F. A. M. RIAD, *oc.*, Paris, Sirey, 1955, 119-120 et les références citées.

³¹²⁷ Une jurisprudence qui était d'ailleurs chaudement appuyée par la doctrine de l'époque, entre autre par C. L. VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, II, 1889, réimpression 1966, Aalen, Scientia Verlag, 546-550, n° 473. (l'auteur renvoie à Martens, Klüber ainsi que Feuerbach qui seraient également favorables à la litispendance). W. HAU (114, note 10) cite également les travaux de G. WALKER, *Streitfragen aus dem internationalen Zivilprozessrecht*, Vienne, 1897, 154-160. M. Meili s'étonnait également dans son ouvrage consacré à la procédure civile internationale, qu'on puisse refuser toute portée internationale à l'exception de litispendance. F. MEILI, *Das internationale Zivilprozessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, Zürich, Verlag O. Füssli, 1904, pp. 381-387. Examinant les dangers posés par la concurrence de procédures, et notamment le gaspillage de ressources et le risque de décisions contradictoires, il enseignait que ces inconvénients n'en étaient pas moins présents dans les espèces internationales (pp. 382-383). Et Meili d'en conclure que l'exception de litispendance devait trouver sa place dans le contentieux international privé.

³¹²⁸ RG, 26 janvier 1892, *J.W.*, 1892, 124, résumé au "Bulletin de la jurisprudence allemande", *J.D.I.*, 1893, 905-906.

tribunaux. Le Tribunal de l'Empire refusa de casser la décision entreprise, ouvrant la voie au règlement par l'exception de litispendance des conflits opposant un tribunal allemand à un collègue étranger. Cette décision fit jurisprudence.³¹²⁹

Comme l'avait fait remarquer la Cour d'Appel, l'admission de la litispendance n'était pas une nouveauté pour les tribunaux allemands. Il semble en effet qu'avant même l'unification juridique du pays et la promulgation du ZPO, les tribunaux acceptaient de se dessaisir au profit d'une juridiction appartenant à une autre partie du futur Etat.³¹³⁰ Il n'est pas exclu que cette jurisprudence ait également pu profiter aux tribunaux étrangers.³¹³¹ Ainsi Foelix écrivait-il que la litispendance en pays étranger pouvait selon les nombreuses conventions conclues entre les états allemands former une fin de non-recevoir contre une nouvelle demande.³¹³²

709. Lien entre litispendance et exception de chose jugée – la preuve par l'histoire – l'exemple de la jurisprudence allemande (suite) – La précocité remarquable des tribunaux allemands³¹³³ n'est certainement pas sans rapport avec le sort favorable qui, déjà au 19^{ème} siècle, était réservé aux décisions étrangères en Allemagne.³¹³⁴ On sait en effet que les jugements étrangers bénéficiaient dans ce pays depuis 1898 d'une reconnaissance de plein droit,³¹³⁵ conférant au droit allemand une avance considérable sur les droits des autres Etats européens beaucoup plus frileux.³¹³⁶ A cette date fut consacrée

³¹²⁹ V. RG, 23 juin 1893, *J.W.*, 1893, 350; RG, 13 avril 1901, *RGZ*, vol. 49, 340, résumé au "Bulletin de la jurisprudence allemande", *J.D.I.*, 1903, 188; OLG Hamburg, 27 octobre 1900, *Hanseatische Gerichtszeitung*, 1900, 285, résumé au "Bulletin de la jurisprudence allemande", *J.D.I.*, 1902, 861-862; R.G., 29 octobre 1911, *J.W.*, 1912, 79; R.G., 12 mai 1915, *J.W.*, 1915, 1264; RG, 25 août 1938, *RGZ*, vol. 158, 145. Sur l'histoire de la jurisprudence allemande, v. B. HEIDERHOFF, 1998, 52-53 et W. HAU, 113-115.

³¹³⁰ V. le § 19 de la Rechtshilfegesetz du Norddeutschen Bunde qui date de 1869, citée par B. HEIDERHOFF, 1998, 52.

³¹³¹ P. ex. la décision rendue en 1880 par le Landgericht de Metz, parue au *Wenglers Archiv für Civilrechtliche Entscheidungen*, 1882, vol. 3, 44 e.s., citée par B. HEIDERHOFF, 1998, 53, qui accueille l'exception de litispendance à la condition que la future décision étrangère puisse être reconnue en Allemagne.

³¹³² M. FOELIX, *Traité de droit international privé ou du conflit des lois en matière de droit privé*, 4^{ème} éd., revue et augmentée par DEMANGEAT, Paris, 1866, I, 371, note 1. Il cite également (t.I, 369, n° 182) un arrêt de la Cour de la Cour d'Appel de Cologne du 31 août 1840, paru aux *Archiv für das Civil und criminal Recht der Königlich preussischen Rheinprovinzen*, t. X, I, 72, qui refuse d'accueillir l'exception de litispendance, mais se fonde pour cela sur le défaut d'identité avec l'action formée précédemment aux Pays-Bas.

³¹³³ Précocité qui a failli recevoir l'assentiment du législateur. Mme. Heiderhoff rapporte en effet qu'on avait suggéré de consacrer explicitement l'exception de litispendance internationale lors de la codification du droit international privé allemand. Elle cite (1998, p. 52) le § 36 du projet déposé par Gebhard, paru à *Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts 1881-1986*, 73, la disposition proposée fonctionnait de façon négative en excluant le jeu de la litispendance internationale lorsqu'il apparaissait que le juge étranger n'était pas compétent ou que la future décision étrangère ne pourrait être reconnue en Allemagne.

³¹³⁴ En général, P. MERCIER, *Effets internationaux des jugements dans les Etats membres du Marché Commun*, Université de Lausanne, Faculté de Droit, Lausanne, Pont Frères, 1965, 75 e.s. et les nombreuses références citées; E. RIEZLER, "La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Droit allemand", in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne. Exposé et comparaison des solutions en vigueur dans les deux pays*, Tübingen / Paris, CB Mohr / Sirey, 1954, 481 e.s.

³¹³⁵ En réalité, la reconnaissance de plein droit était sans doute déjà acquise dès 1879 et l'entrée en vigueur du Code de procédure civile de 1877. L'article 661 de ce Code ne visait certes formellement que l'exécution des décisions étrangères; la jurisprudence considérait toutefois déjà que les conditions posées pour obtenir l'exequatur, qui ont été reprises sans modification substantielle en 1898 pour la reconnaissance, valaient également pour cette dernière sans que leur examen doive se faire par voie judiciaire, v. les références citées par G. HOLLEAUX, note sous Cour administrative de Stuttgart, 8 novembre 1954, *R.C.D.I.P.*, 1955, (748), 753 et en particulier RG, 29 janvier 1883, *R.G.Z.*, t. VIII, 386.

³¹³⁶ Sur le régime des jugements étrangers dans les différents Etats allemands avant l'unification et l'introduction du Code de procédure civile en 1879 v. F. A. M. RIAD, ac, Paris, Sirey, 1955, 94-95. On consultera également l'étude de C. CONSTANT, *De l'exécution des jugements étrangers dans les divers pays. Législation, jurisprudence, procédure, traités diplomatiques*, 2^{ème} éd., Paris, Durand et Pedone, 1890, 79-89 sur les règles en vigueur entre 1877 et 1900, et en particulier le § 661 du Code de procédure civile.

par la voie législative³¹³⁷ la distinction, acquise très tôt dans les écrits allemands, entre reconnaissance (*'Anerkennung'*) d'une part et exécution (*'Vollstreckung'*) d'autre part des jugements étrangers.

L'article 328 du Code de procédure civile, dont on a noté à juste titre qu'il constituait la première consécration législative de la notion de 'reconnaissance' d'un jugement étranger,³¹³⁸ énumérait les circonstances dans lesquelles un jugement étranger ne pouvait être reconnu en Allemagne.³¹³⁹ Il n'y était pas question d'une quelconque procédure imposée pour vérifier si un des motifs de refus était présent. *A contrario* on pouvait donc en déduire que les jugements étrangers pouvaient être reconnus *de plein droit* pour autant qu'aucun des motifs de refus ne soit vérifié,³¹⁴⁰ ce que confirma le *Reichsgericht*.³¹⁴¹

Concrètement, les jugements étrangers étaient reconnus *ipso iure* en Allemagne dès que les conditions prévues par l'article 328 se trouvaient réunies sans qu'il y ait besoin d'un jugement allemand pour le constater.³¹⁴² Un justiciable pouvait dès lors invoquer l'autorité de chose jugée d'une décision étrangère qui s'imposait au juge allemand sans que celui-ci ne puisse exciper du défaut d'exequatur. On comprend que dans ces circonstances, il ait été difficile aux tribunaux allemands de refuser de faire droit à une exception de litispendance internationale : les juges ne pouvaient se réfugier derrière l'absence de risque de voir apparaître des décisions contradictoires puisque les décisions étrangères pouvaient fonder une exception de chose jugée sans qu'il soit besoin pour cela d'obtenir le fiat d'un juge de l'exequatur. Le juge allemand qui était saisi d'un litige déjà porté à la connaissance d'un juge étranger ne pouvait dès lors ignorer que s'il poursuivait l'examen du litige, sa décision pourrait contredire une décision étrangère jouissant de plein droit en Allemagne de l'autorité de chose jugée. Il s'imposait de reconnaître un certain effet à la décision étrangère en devenir que constituait la procédure en cours. C'est d'ailleurs en faisant appel à la parenté entre chose jugée et litispendance que le *Reichsgericht* a justifié, dans la décision déjà évoquée de 1892, l'effet reconnu à la saisine du juge étranger. Selon le tribunal impérial, ces "deux exceptions ont un même but : réaliser une économie de temps et d'argent en évitant deux procédures parallèles ou

³¹³⁷ La fameuse *Nouvelle* du 17 mai 1898, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1900.

³¹³⁸ F. A. M. RIAD, *oc*, Paris, Sirey, 1955, 95.

³¹³⁹ L'exécution des jugements étrangers était régie par le § 722 ZPO, qui renvoyait aux conditions posées par le § 328, tout en subordonnant l'exécution à l'obtention d'un exequatur.

³¹⁴⁰ Une controverse existait cependant dans la doctrine allemande sur la question de savoir si la reconnaissance constituait la règle ou l'exception. Il semble qu'une majorité de commentateurs défendaient la thèse selon laquelle le principe posé par le législateur était la non-reconnaissance des jugements étrangers. V. les explications de E. RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*, Walter de Gruyter/ J.C.B. Mohr, Berlin/Tübingen, 1949, 524-525 (qui observe toutefois que la controverse n'a aucune conséquence pratique) et D. MARTINY, "Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomen Recht", in *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, III/1, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1984.

³¹⁴¹ RG, 18 mai 1916, *R.G.Z.*, t. 88, p. 244. V. aussi RG, 26 avril 1941, *R.G.Z.*, t. 166, p. 376. Le législateur allemand intervint cependant en 1941 pour mettre fin à la reconnaissance *ipso iure* des décisions étrangères en matière de divorce, qui ne pouvaient dorénavant sortir d'effet en Allemagne qu'après un contrôle par le ministre de la justice (à l'origine le *Reichsminister der Justiz*, depuis lors les ministres de la justice des Länder). Sur ce renversement du principe traditionnel de la reconnaissance de plein droit, v. les explications de G. HOLLEAUX, note sous Cour administrative de Stuttgart, 8 novembre 1954, *R.C.D.I.P.*, 1955, (748), 749-752. Selon I. SZASZY, *International Civil Procedure. A Comparative Study*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1967, 552, certains pays d'Europe de l'Est avaient également adopté la reconnaissance de plein droit des jugements étrangers, toutes matières confondues.

³¹⁴² On rappellera également que le caractère précaire de la reconnaissance de plein droit ayant été aperçu très tôt, les juridictions allemandes autorisaient les parties à engager une action en déclaration de reconnaissance du jugement étranger, pour dissiper les doutes éventuels sur celle-ci, v. RG, 5 janvier 1925, *R.G.Z.*, t. 109, p. 383. L'article 256 du ZPO offrait le véhicule parfait pour ce genre d'exercice, cette disposition ouvrant une action générale en constatation de droit (la fameuse *Feststellungklage*, déjà évoquée).

successives, et leur sphère d'application doit être renfermée dans les mêmes limites".³¹⁴³ La litispendance fut en quelque sorte admise sous le couvert de l'autorité conférée à son aînée, l'exception de chose jugée.

La jurisprudence autrichienne révèle le même parallélisme entre litispendance et reconnaissance. La reconnaissance de plein droit a également été acquise très tôt en droit autrichien.³¹⁴⁴ Ceci explique que la Cour Suprême autrichienne ait pu dès 1882 admettre l'exception de litispendance internationale à l'occasion d'une affaire de divorce engagée concurremment devant un tribunal russe.³¹⁴⁵ Cette jurisprudence sera confirmée par la suite.³¹⁴⁶

710. Lien entre litispendance et exception de chose jugée - la preuve par l'histoire - l'exemple de la jurisprudence allemande (suite) - Le lien posé par la Cour impériale entre le régime des jugements étrangers et la litispendance permet d'expliquer, au moins en partie, le libéralisme précoce de la jurisprudence allemande : une fois admis l'existence d'un lien 'logique' entre la reconnaissance d'une décision étrangère et celle d'une simple procédure encore pendante,³¹⁴⁷ l'accueil de la litispendance s'imposa naturellement puisque ces mêmes tribunaux témoignaient déjà d'une grande ouverture à l'égard des jugements étrangers.³¹⁴⁸

Pour être inévitable au vu de l'importante ouverture du système allemand aux décisions étrangères, l'accueil du déclinatoire de litispendance internationale en droit allemand était toutefois grandement facilité par les conditions posées à la reconnaissance des décisions étrangères. La reconnaissance était en effet certes de plein droit, elle n'en était pas moins subordonnée au respect de certaines conditions énumérées, de façon négative, à l'article 328. Or la liaison opérée entre les deux questions a permis aux tribunaux d'enfermer la

³¹⁴³ RG, 26 janvier 1892, traduction parue au "Bulletin de la jurisprudence allemande", *J.D.I.* 1893, 905-906.

Dans une espèce ultérieure où la saisine concurrente des tribunaux de Genève était invoquée à l'appui de l'exception de litispendance, le Reichsgericht décida que "*Das auf die Genfer Klage zu erwartende rechtskräftige Urteil des zuständigen Schweizer Gerichts ist fähig, im [Deutschland] anerkannt zu werden. [...] Deshalb steht die durch jene Klage begründete Rechtshängigkeit [...] der durch Aumfung eines deutschen Gerichts bewirkten Rechtshängigkeit gleich*" (RG, 25 août 1938, *RGZ*, vol. 158, (145), 147).

³¹⁴⁴ V. E. RIEZLER, *ac*, Walter de Gruyter/ J.C.B. Mohr, Berlin/Tübingen, 1949, 512.

³¹⁴⁵ OGH, 28 mars 1882, *Sammlung*, Bd. 20, 161, n° 8939, résumé au "Bulletin de la jurisprudence autrichienne", *J.D.I.*, 1886, 461-462.

³¹⁴⁶ P. ex. OGH, 26 novembre 1985, 2 Ob. 596/85, EFSlg.49, 331; OGH, 3 février 1982, *ZfRV.*, 1984, 145, note Konecny; et la jurisprudence citée par E. SCHUMANN, "Internationale Rechtshängigkeit (Streitabhängigkeit)", *Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag Verfahrensrecht - Privatrecht*, W. RECHBERGER et al. (éds.), Vienne, Manzschel Verlag, 1986, (301), 306, note 18. V. en général sur l'exception de litispendance internationale en droit autrichien: F. MÄNHARDT, "Die Doppelprozeßführung im schweizerisch-österreichische Verhältnis - Ein Fall zur 'Internationalen Rechtshängigkeit' im Ehescheidungsprozeß", in *Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht: Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag*, O.J. BALLON, Vienne, Manz, 1993, 339 e.s. HEIDERHOFF 1998, 83-84; E. SCHUMANN, "Internationale Rechtshängigkeit (Streithängigkeit)", in *Festschrift für W. Kralik*, Vienne, 1986, 301-316; A. BÄUMER, *ac*, Köln, Heymann, 1999, 51-52 et H. HOYER, "Zur Streithängigkeit im österreichischen internationalen Zivilprozessrecht", *Z. f. R. V.*, 1969, 241-261.

³¹⁴⁷ Lien dont la doctrine avait suggéré l'existence, Wach écrivait par exemple en 1885 que "Dans la mesure où un jugement étranger est susceptible de reconnaissance, la procédure étrangère et ses effets pour d'autres procès doivent également être reconnus" (WACH, *Handbuch des internationalen Zivilprozessrechts*, 1885 cité par B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 301. V. également F. MEILLI, *Das internationale Zivilprozessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, Zürich, O. Füssel, 1904, pp. 385-386 (selon qui "Die Anerkennung des ausländischen Prozesses und seine Wirkung für andere Prozesse kann nämlich nicht weiter reichen, als die Anerkennung des ausländischen Urteils").

³¹⁴⁸ S. BAUMGARTNER a abondé dans le même sens en soulignant le parallélisme entre la reconnaissance précoce de la litispendance et celle des jugements étrangers : S. BAUMGARTNER, "Related Actions", *ZZP Int.*, 1998, (203), 205-206.

litispendance dans les mêmes limites que celles posées à la reconnaissance des décisions étrangères. La jurisprudence a dès l'origine décidé que la litispendance ne pouvait être accueillie que lorsqu'il apparaissait que la future décision pourrait sortir ses effets dans le for.³¹⁴⁹

Parmi les conditions de la reconnaissance des décisions étrangères figurait ainsi la fameuse exigence de réciprocité,³¹⁵⁰ qui constituait à l'époque, outre un véritable casse tête pratique, un obstacle important à la reconnaissance des jugements étrangers.³¹⁵¹ La réciprocité pesait tout autant sur cette reconnaissance que sur l'accueil de la litispendance. C'est ainsi que l'exception de litispendance invoquée en 1900 au profit d'une procédure entamée au Chili a échoué sur le défaut de réciprocité.³¹⁵² Cette même condition a également eu raison de la tentative de mettre fin à la procédure soumise au *Reichsgericht* en 1892, la réciprocité n'étant pas assurée avec la Hongrie.³¹⁵³

La volonté de coordination des tribunaux allemands était en réalité somme toute limitée. Même s'il ne faut pas sous-estimer le caractère innovateur et audacieux de la jurisprudence du Tribunal impérial,³¹⁵⁴ l'importation de toutes les conditions posées pour la reconnaissance des décisions étrangères, et surtout de l'exigence de réciprocité, permet de comprendre à sa juste valeur la précocité de cette jurisprudence. Une fois la reconnaissance de plein droit acceptée, le pas à franchir pour accueillir la litispendance était modeste et il a été d'autant plus facilement franchi que le risque était limité par la condition de réciprocité.

Au contraire, l'attitude pour le moins plus réservée des tribunaux français et belges à la même époque (*supra*, n° 374) se comprend mieux lorsque l'on sait que la reconnaissance de plein droit n'a jamais été la règle générale pour les décisions étrangères. Lorsqu'elle s'est imposée, c'est uniquement au profit d'une catégorie particulière de décisions.³¹⁵⁵ Or

³¹⁴⁹ P. ex. RG, 26 janvier 1892, *J.D.I.*, 1893, 905-906.

³¹⁵⁰ Obstacle qui ne concernait que les espèces patrimoniales, les décisions extra-patrimoniales pouvant être reconnues dès lors que la compétence des tribunaux allemands n'était pas exclusive, v. F. A. M. RIAD, *oc.*, Paris, Sirey, 1955, 113-114.

³¹⁵¹ V. les explications de G. A. L. DROZ, 1972,, 6-7, n° 9 à propos de la position des tribunaux allemands à l'égard des jugements étrangers : « Quand au droit allemand, il paraît très libéral dans la mesure où il ignore révision [au fond] et contrôle [de l'application de la règle de conflit], mais en pratique il est très restrictif puisqu'il refuse la reconnaissance aux jugements étrangers lorsque la réciprocité n'est pas assurée ».

³¹⁵² OLG Hamburg, 27 oct. 1900, *J.D.I.*, 1902, 861-862.

³¹⁵³ RG, 26 janvier 1892, *J.D.I.*, 1893, 905-906. V. aussi RG, 13 avril 1901, *J.D.I.*, 1903, 188 – exception de litispendance est rejetée parce que la loi étrangère ne garantit pas la réciprocité.

³¹⁵⁴ Audace qui n'a pas été appréciée par tous les commentateurs. Plus d'un siècle après les premières décisions, un auteur comme M. Schütze estime encore que la jurisprudence allemande va trop loin, v. les références déjà citées tout au long de cette étude.

³¹⁵⁵ A savoir les décisions relatives à l'état et la capacité des personnes, v. déjà l'arrêt *Bulkeley* de la Cour de cassation française du 28 février 1860, *S.*, 1861, 1, 210, ccl. Dupin ; *D.*, 1860, 1, 57 et surtout les arrêts *de Wrede*, 9 mai 1900, *J.D.I.*, 1900, 613 et *Hainard*, 30 mars 1930, *S.*, 1930, I, 377, note Niboyet. En droit belge, la reconnaissance de plein droit des décisions étrangères en matière d'état et de capacité des personnes a d'abord été consacrée par l'arrêt du 6 août 1852, *de Terwinghe c. Hertey*, *Pas.*, 1853, I, 146, qui fondait la solution sur un appel à la tradition et la courtoisie internationale pour être ensuite confirmé par les arrêts du 19 janvier 1882, *de Bauffrenont*, *Pas.*, 1882, I, 36 et du 12 avril 1888, *Pas.*, 1888, I, 186, qui ont substitué à la tradition l'identification entre jugement étranger et loi étrangère comme fondement à la reconnaissance de plein droit. Ce n'est que dans la seconde moitié du 20^{ème} siècle que la solution va s'affirmer avec les arrêts du 16 janvier 1953, *De Pellaert*, *Pas.*, 1953, I, 335 et du 4 octobre 1956, *Closset*, *Pas.*, 1957, I, 88, pour trouver sa formulation définitive avec l'arrêt *Défontaine* du 29 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, 735 ; *R.C.J.B.*, 1975, 539, note P. GOTHOT. Sur l'évolution des fondements invoqués pour justifier la reconnaissance de plein droit des décisions étrangères, v. les réflexions en filigrane de l'étude de M. FALLON, « L'application de l'article 3, aliéna 3 du Code civil par la jurisprudence belge du XIX^{ème} siècle », in *Liber memorialis François Laurent 1810-1887*, J. ERAUW et al (éds.), Bruxelles, Story-scientia, 1989, 765-782.

admettre le jeu de la litispendance internationale pour cette catégorie de décisions dans le prolongement de la reconnaissance de plein droit aurait été radical puisqu'au contraire des tribunaux allemands, leurs confrères français et belges ne pouvaient se réfugier derrière l'exigence de réciprocité, ni d'ailleurs derrière la révision au fond dont on acceptait, malgré quelques hésitations,³¹⁵⁶ qu'elle n'avait pas lieu d'être pour les décisions d'état et de capacité. L'effort de coordination aurait dès lors été d'une ampleur inédite pour l'époque, les tribunaux français et belges étant lié par la saisine première d'un juge étranger sans pouvoir alléguer un défaut de réciprocité. Dans ces conditions, on comprend que ces tribunaux se soient contenté dans un premier temps de constructions parfois alambiquées pour faire droit à l'impératif de coordination (*supra*, n° 380). En outre les droits de tradition française étaient beaucoup plus imprégnés de considérations liées à la souveraineté,³¹⁵⁷ qui rendaient difficiles, même pour les décisions bénéficiant de la reconnaissance de plein droit, l'accueil direct de la litispendance.³¹⁵⁸

711. Lien entre litispendance et exception de chose jugée – la preuve par l'histoire (suite) – Le lien entre l'accueil de la litispendance et le sort réservé aux jugements étrangers permet de comprendre la précocité de la jurisprudence allemande.³¹⁵⁹ Il éclaire également d'autres aspects de la jurisprudence comparée. Pour s'en tenir au droit français, on peut ainsi évoquer la surprenante contemporanéité de l'abolition de la révision au fond des jugements étrangers et de la reconnaissance de la litispendance internationale, les deux arrêts de principe de la Cour de cassation sur ces questions n'étant séparé que de quelques années ou encore le véritable mimétisme que l'on a décelé entre les 'travestissements' de la litispendance au 19^{ème} siècle (*supra*, n° 380) et l'ouverture modeste à la même époque aux jugements étrangers : dans les deux cas, les tribunaux français n'acceptaient d'accorder un quelconque crédit au produit de l'activité judiciaire étrangère que pour autant que celle-ci soit fondée sur l'idée du contrat judiciaire ou de la renonciation à exercer un privilège de juridiction.³¹⁶⁰

De même, on a vu qu'au cours de l'histoire, on a invoqué alternativement soit le défaut d'effet des jugements étrangers pour rejeter la litispendance, soit au contraire l'assouplissement du régime de ces jugements pour justifier l'accueil de cette même exception. En 1989 encore, l'avocat général Franx près le Hoge Raad néerlandais pouvait-il invoquer l'absence de traité liant les Pays-Bas à la Suisse, et donc l'impossibilité

³¹⁵⁶ Notamment en Belgique où il a fallu attendre l'arrêt *Defontaine* précité pour avoir la confirmation définitive que la révision au fond était exclue pour la reconnaissance d'un jugement en matière d'état et de capacité. Les décisions antérieures étaient pour le moins floues sur la question de la nature du contrôle auquel devait procéder le juge belge.

³¹⁵⁷ Sur l'influence des questions de souveraineté sur le statut des jugements étrangers dans les droits de tradition française, v. F. K. JUENGER, « The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters », *Am J. Comp. L.*, 1988, (1), 5-9.

³¹⁵⁸ Cette comparaison historique met une fois de plus en lumière le caractère anachronique de la jurisprudence belge actuelle qui refuse de faire droit à l'exception de litispendance internationale hors convention même dans les matières où les décisions étrangères bénéficient d'une reconnaissance de plein droit débarrassée de toute révision au fond.

³¹⁵⁹ Les jurisprudences allemande et autrichienne continueront ainsi tout au long du siècle à faire bon accueil au déclinatoire de litispendance internationale, p. ex. BGH, 18 mars 1987, *N.J.W.*, 1987, 3083, note R. GEIMER; RG, 25 août 1938, *RGZ.*, vol. 158, 145. Pour le droit autrichien, v. A. BURGSTALLER (éd.), *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Vienne, Orac, 2000, 5-6.

³¹⁶⁰ On évoquera également *infra* une autre illustration du lien entre litispendance internationale et régime des jugements étrangers, à savoir la précocité du droit conventionnel, qui fut la première porte d'entrée de l'exception de litispendance, que ce soit en droit français, belge, italien ou encore néerlandais. Encore une fois, il faut y voir l'influence de l'assouplissement du régime des jugements étrangers qu'apportaient ces conventions.

de mettre un jugement de ce dernier pays à exécution dans le premier, pour interdire au juge néerlandais de donner suite à une exception de litispendance.³¹⁶¹

Enfin, la plus ou moins grande rigidité du régime des jugements étrangers permet-elle encore aujourd'hui de tracer avec de précision les limites du royaume de la litispendance : ainsi, celle-ci n'est pas acceptée dans les pays Scandinaves dont on connaît le peu d'enthousiasme qu'ils montrent à l'égard des jugements étrangers.³¹⁶²

712. Absence de lien entre coordination internationale et régime des jugements étrangers dans les pays de *common law* - L'histoire a montré l'irrésistible attachement entre litispendance internationale et effet des jugements étrangers.³¹⁶³ Le lien, incontestable, évoqué entre déférence à l'égard du juge étranger et l'attitude générale à l'égard des décisions étrangères ne se vérifie toutefois pas dans les droits de la *common law*. Comme on l'a noté, "En Angleterre, les effets de la litispendance sont traités en dehors du contexte de la reconnaissance des jugements étrangers".³¹⁶⁴ Il n'a jamais été question dans l'histoire de la doctrine du *forum non conveniens* de faire dépendre la volonté des tribunaux de surseoir à statuer au profit d'un tribunal étranger réputé mieux placé de l'accueil réservé aux décisions étrangères.

En réalité, la question posée par l'exception de for inapproprié est foncièrement différente : alors que la litispendance s'intéresse avant tout à une procédure étrangère déjà existante dont il faut apprécier si elle justifie un sursis, le *forum non conveniens* concerne au premier chef la qualité de la compétence exercée par les tribunaux du for, en comparaison avec le titre auquel peut prétendre, même potentiellement, un tribunal étranger. La perspective est différente, il ne s'agit plus de respect pour une *procédure* étrangère, mais bien de respect pour une *compétence* étrangère. On comprend dès lors que

³¹⁶¹ L'avocat général expliqua en effet que "evenmin is er een executieverdrag tussen beide landen, waardoor een Zwitsers vonnis in aanmerking komt voor tenuitvoerlegging in Nederland. Welnu dan mag de later geadieerde Nederlandse rechter zich niet van beoordeling van de hoofdvordering onthouden", HR., 22 novembre 1989, *N.J.*, 1990, n° 689, 2775, 2780, n° 2.7.

³¹⁶² Les commentateurs de ces pays font d'ailleurs le lien entre les deux, M. BOGDAN, "Sweden", in *Declining Jurisdiction*, 374-375, L. PALSSON, "The Institute of *Lis Pendens* in Internationale Civil Procedure", in *Scand. L. S.*, 1970, 79 et J. LAPPALAINEN, « Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of Application of the Brussels and Lugano Conventions : Finland », in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (169), 180 ; H. BULL, « Recognition and Enforcement in Norway of Foreign Judgments Outside the Scope of Application of the Brussels and Lugano Conventions », paru dans le même ouvrage, (425), 428-429 et 444-445.

³¹⁶³ On ajoutera qu'il est une autre raison qui explique que les tribunaux allemands aient dès l'origine fait le lien entre exception de litispendance et régime des jugements étrangers. A l'origine en effet l'exception de litispendance donnait lieu à un dessaisissement du juge allemand second saisi, et non à un simple sursis à statuer. La jurisprudence s'inspirait en effet de la disposition pertinente du droit interne, qui ne prévoyait pas d'autre possibilité pour le juge second saisi que de se dessaisir. C'est d'ailleurs encore le cas aujourd'hui avec le § 261 du ZPO. Le dessaisissement se justifie selon les principes du droit allemand de la procédure parce que l'existence d'une procédure concurrente fait perdre au demandeur l'intérêt requis pour engager une deuxième procédure ; celle-ci ne peut dès lors qu'être déclarée irrecevable, d'où le dessaisissement. Au vu des conséquences pour le moins drastiques de la litispendance, il importait dès lors de s'assurer que la justice étrangère pouvait produire un résultat utile, ce que permettait de vérifier le pronostic de reconnaissance. Aujourd'hui, la jurisprudence accepte, en s'inspirant du § 148 ZPO, de privilégier le sursis à statuer au dessaisissement, comme l'avait déjà suggéré M. HABSCHIED, "Zur Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *RabelsZ.*, 1967, (254), 266-269, du moins lorsque le pronostic de reconnaissance conduit à un résultat en demi-teintes, suggestion reprise par l'ensemble de la doctrine, par exemple H. SCHACK, 1997, 300, n° 764 ; W. HAU, 160 et dans la jurisprudence, OLG Karlsruhe, *FamRZ.*, 1970, 410, 412. M. Dohm a même proposé de faire complètement abstraction du § 261 et de n'appliquer que le seul § 148 (CH. DOHM, a.c., 1996, pp. 272 e.s.). *Comp. B. HEIDERHOFF*, a.c., 1998, 233-249.

³¹⁶⁴ B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 301.

le *forum non conveniens* n'ait pas grandi à l'ombre du régime des jugements étrangers mais ait vu son sort au contraire lié à l'évolution des règles de compétence du for.

713. Absence de lien entre coordination internationale et régime des jugements étrangers dans les pays de *common law* (suite) - Si l'abstention internationale n'a jamais directement été liée au sort réservé aux jugements étrangers dans les droits de tradition anglaise, il n'en reste pas moins que l'on peut déceler dans la doctrine moderne du *forum non conveniens* une trace de ce que l'on a appelé le pronostic de reconnaissance. Comme le note un observateur averti du *forum non conveniens*, "il ne saurait être question pour un juge de renoncer à sa compétence sur base du *forum non conveniens* lorsqu'il est prévisible que le jugement qui serait rendu à l'étranger ne pourra être reconnu dans le for, à défaut de remplir les conditions prévues par la loi du for pour la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères".³¹⁶⁵

De façon diffuse au moins, le pronostic de reconnaissance joue dès lors également le rôle de limite au dessaisissement pour cause de for non approprié. Ce pronostic ne figure certes pas dans la liste des critères dégagés par la Chambre des Lords dans l'affaire *Spiliada*. La flexibilité des différentes formules du *forum non conveniens* permet toutefois aux tribunaux de tenir compte de cette circonstance lorsque ceci s'avère nécessaire. Ainsi dans une affaire soumise aux tribunaux anglais en 1997, le probable manque d'effet en Angleterre du futur jugement étranger a-t-il été invoqué en première instance comme une des raisons pour refuser le 'stay' demandé au profit des tribunaux new yorkais également saisis.³¹⁶⁶ Il en va de même aux Etats-Unis, où la Cour Suprême avait déjà fait mention dans son arrêt *Gulf Oil* de "l'exécution du jugement qui sera éventuellement obtenu".³¹⁶⁷ Ici aussi, les tribunaux ne sont pas indifférents au sort que connaîtra l'éventuel jugement du tribunal au profit duquel il leur est demandé de se dessaisir.³¹⁶⁸

Enfin, la Haute Cour d'Australie a confirmé l'importance accordée au pronostic de reconnaissance dans l'affaire *Henry* déjà évoquée.³¹⁶⁹ En l'espèce il s'agissait de savoir quels éléments le juge australien se devait de prendre en compte dans son appréciation du caractère approprié des fors en présence. Après avoir constaté que la question ne se posait que pour autant que les deux fors soient compétents, la Cour précisa qu'il était également nécessaire "d'examiner si chacun des tribunaux donnera effet aux décisions de l'autre". Et la Cour d'ajouter que "s'il apparaît que le tribunal australien ne donnera pas suite à la décision étrangère, ceci devrait faire échouer toute tentative d'obtenir que le juge s'abstienne".³¹⁷⁰ On le voit, l'efficacité internationale de la future décision étrangère est également susceptible de limiter le recours au *forum non conveniens*.

³¹⁶⁵ A. NUYTS, 352, n° 323.

³¹⁶⁶ *Meridien BIA O v Bank of New York*, [1997] 1 Lloyd's Rep. 437, 442 (C.A.) De larges extraits de la décision du juge de première instance sont reproduits par les juges d'appel, qui approuvent le raisonnement suivi. En l'espèce le problème découlait de l'absence aux yeux du droit anglais de compétence indirecte dans le chef des juges new-yorkais. Le juge Strauss QC a ainsi décidé que "it cannot be right for me to stay an action so that the issue can be determined in a court whose judgment an English court would or might not recognize".

³¹⁶⁷ *Gulf Oil Corp. v Gilbert*, 330 U.S. 501, 508 : après avoir énuméré les différents facteurs relatifs à la bonne administration de la preuve, la Cour souligne également qu'il sera parfois nécessaire de tenir compte des difficultés relatives à l'exécution du jugement qui sera éventuellement prononcé ("There may also be questions as to the enforceability of a judgment if one is obtained"). V. également *Piper Aircraft Co v Reyno, Personal Representative of the E states of Feibilly et al.*, 454 U.S. 235, 102 S. Ct. 252, 70 L.Ed. 2d 419 (1981).

³¹⁶⁸ V. les décisions citées par A. NUYTS, note 578, p. 353.

³¹⁶⁹ *Henry v Henry*, [1995-96] 185 CLR 571.

³¹⁷⁰ "[...] it will be relevant to consider whether each will recognise the other's orders and decrees. If the orders of the foreign court will not be recognised in Australia, that should ordinarily dispose of any suggestion that the local proceedings should not continue", *Henry v Henry*, [1995-96] 185 CLR 571, 592. En l'espèce la Haute Cour

Il reste qu'entre *forum non conveniens* et régime des jugements étrangers, les relations sont pour le moins anecdotiques et non réellement fusionnelles comme dans la tradition civile. La doctrine du *forum non conveniens* n'est en définitive pas la fille du régime des jugements étrangers.

714. Lien entre litispendance et exception de chose jugée - Légitimité - Le rapprochement entre la coordination par l'abstention et l'efficacité internationale des jugements est aussi compréhensible que classique. Dans les deux cas, il s'agit en effet pour un ordre juridique d'accorder un certain crédit à l'activité judiciaire d'un autre. Un esprit synthétique amateur des catégories abstraites pourrait même évoquer à cet égard un concept général du respect dû au fait judiciaire étranger,³¹⁷¹ qu'il soit encore en cours ou ait déjà abouti à une décision en bonne et due forme.³¹⁷²

Même si l'on hésite à s'engager dans une théorie générale de ce genre, il nous semble que la coordination internationale par l'abstention du juge premier saisi a tout à gagner de s'inspirer du régime des jugements étrangers. Une fois posé que le partage entre fors concurrents doit s'opérer sur la base d'un critère somme toute limité, on ne peut en effet nier le besoin de circonscrire le geste de coordination. Il en aurait été autrement si l'on avait retenu la possibilité de partager les deux fors en en appelant au caractère plus ou moins approprié de l'un ou de l'autre. Dans ce cas, l'appréciation même du for prioritaire, appréciation globale qui permet la prise en considération de toutes les circonstances, aurait déjà permis d'intégrer les données qui font généralement partie du contrôle de la décision étrangère.

s'assura du fait qu'une éventuelle décision de divorce rendue par les juridictions monégasques serait bien reconnue en Australie.

³¹⁷¹ L'expression 'fait juridictionnel étranger' est empruntée à PH. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence. Etude de droit international privé*, thèse dactyl., Paris II, 1981, cité par H. MUIR WATT, "Remarques sur les effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'exequatur", in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1991, 312, n° 13.

M. Holleaux insistait déjà sur cette parenté. En introduisant la communication qu'il a présenté au comité français en 1973, il soulignait que la situation de litispendance internationale "constitue une des hypothèses de contact possible entre une procédure française et une procédure étrangère" (*Travaux comité français DIP*, 1971-73, (203), 204). Il en déduisait que le "traitement que cette situation recevra [...] mérite, pour être bien interprété, d'être replacé dans l'ensemble des contacts de ce type, la question générale étant : jusqu'à quel point le système juridique français est-il disposé à reconnaître une procédure étrangère ?" (idem). V. aussi I. SZASZY, ac, Leiden, Sijthoff, 1967, 524 qui écrivait que "[...] the problems of the recognition of decisions of foreign courts and of litispendance abroad are merely facets of a by far more universal problem, viz. : what are the domestic effects of an action brought, or in progress, or already completed abroad?". Cet auteur a également esquissé une théorie générale des effets dans le for d'une procédure étrangère, pp. 529-540. M.-L. NIBOYET-HOEGY, *lc*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-96, (71), 73-74 va jusqu'à comparer la litispendance au rameau dépendant de l'arbre qui serait l'exception de chose jugée à l'étranger.

³¹⁷² En ajoutant subsidiairement l'hypothèse de la reconnaissance d'une clause d'élection de for au profit d'un tribunal étranger, qui pourrait également constituer une hypothèse d'ouverture au fait judiciaire étranger, même si elle se fonde tout autant sur l'autonomie de la volonté que sur l'appréciation des qualités de la justice étrangère. Pour autant, l'influence qu'exerce le principe d'autonomie de la volonté ne fait pas complètement disparaître la dimension 'ouverture au fait judiciaire étranger', comme le montre le fait que le Code de procédure civile italien de 1940 déjà évoqué répudiait les clauses d'élection de for au profit des juges étrangers. Selon l'article 2, on ne pouvait déroger à la juridiction italienne en faveur d'une juridiction étrangère ou d'arbitres statuant à l'étranger, à moins qu'il ne s'agisse d'une cause relative à des obligations entre étrangers ou contre un étranger et un national non résident et non domicilié en Italie, v. L. MARMO, « La compétence internationale exorbitante et les articles 2 et 4 du Code de procédure civile italien », *N.T.I.R.*, *De conflictu Legum Bundel opstellen aangeboden aan R.D. Kolleruijn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, (324), 328-330 ainsi que G. MORELLI, *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Milan, Giuffrè, 1961, p. 125. Il nous semble dès lors que le traitement accordé aux clauses d'élection de for étrangères peut s'analyser selon la même dialectique 'ouverture c. repli nationaliste' que la déférence internationale ou le sort des jugements étrangers.

Au contraire, la priorité du juge premier saisi ne permet pas au juge second saisi d'apprécier la légitimité de la saisine du for concurrent, ni la suite qui sera réservée à la future décision étrangère, puisqu'il doit se contenter de constater l'ordre chronologique dans lequel les tribunaux ont été saisi. Quoi de plus logique dès lors que de privilégier le rapprochement avec l'efficacité internationale de la future décision du juge premier saisi pour donner un peu plus de chair à l'examen par le juge second saisi et déterminer dans le même temps les limites de la déférence ? Cette filiation vient quasi naturellement aux juristes formés à la tradition de droit civil. M. Mayer écrivait ainsi qu'il "est normal que les conditions posées [pour l'admission de l'exception de litispendance] soient les mêmes à l'égard de la reconnaissance des jugements étrangers", dès lors qu'à l'instar de cette dernière, la litispendance "implique que la justice française renonce, au profit d'une justice étrangère, à se réaliser dans le cas concret [...]".³¹⁷³

La faveur dont jouit en droit comparé le pronostic de reconnaissance, faveur qui est tellement générale que l'on a pu parler d'une "méthode" liant l'abstention au pronostic de reconnaissance,³¹⁷⁴ nous semble légitime. Il serait en effet peu judicieux d'admettre qu'un juge renvoie les parties devant un autre dont il sait pertinemment qu'il ne pourra pas mettre la décision à exécution. Va-t-on par exemple autoriser le juge belge saisi d'une demande en divorce entre deux époux belges à céder la priorité à un juge étranger parce que celui-ci a été saisi antérieurement alors que l'on sait que sa décision restera lettre morte en Belgique, mettant en péril un éventuel re-mariage de l'un des époux ? L'abstention aurait alors paradoxalement pour résultat de conduire à une situation de *matrimonium claudicans* qu'elle cherche précisément à éviter. Il faut dès lors admettre que le pronostic de reconnaissance constitue en principe une limite judicieuse de l'abstention.³¹⁷⁵

715. Lien entre litispendance et exception de chose jugée – Légitimité en droit conventionnel – Le pronostic de reconnaissance, qui a les faveurs de la majorité de la doctrine,³¹⁷⁶ se comprend dans la mesure où un Etat entend s'assurer qu'un autre qui

³¹⁷³ P. MAYER, 1998, 286, n° 445 (nous soulignons). L. PALSSON, *l.c.*, *Scandin. Studies Law*, 1970, (59), 91 allait même plus loin puisqu'il expliquait "the principle should be retained that all conditions that are material to the recognition of foreign judgments should be taken into account also for the purpose of recognizing a foreign lis pendens".

³¹⁷⁴ M. FAWCETT en particulier oppose à l'approche 'mécanique', qui consiste pour un juge à déférer au juge premier saisi, une autre approche qui engloberait le pronostic de reconnaissance ("General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 36 e.s.).

Il paraît pour le moins réducteur de parler à propos du pronostic de reconnaissance d'une 'méthode' particulière de solutions des conflits de procédures. La distinction proposée par M. Fawcett se voulait sans doute avant tout pédagogique, visant à illustrer la possibilité d'assortir le mécanisme 'cru' de la litispendance tel qu'il fonctionne dans l'espace judiciaire européen, d'une condition supplémentaire permettant une certaine souplesse. L'existence d'un pronostic de reconnaissance ne change cependant pas la nature de la méthode, qui se fonde sur la déférence déduite de la priorité temporelle pour résoudre la concurrence de procédures. Elle vient tout au plus y apporter une correction, par ailleurs bienvenue. Dans ses critiques de l'approche ainsi dégagée, (pp. 38 e.s.) M. Fawcett vise d'ailleurs bien plutôt les difficultés nées du recours à la chronologie procédurale que celle soulevées par le pronostic de reconnaissance.

³¹⁷⁵ On ajoutera que le pronostic de reconnaissance vient parfois limiter cette autre manifestation de l'ouverture au fait judiciaire étranger que constitue la reconnaissance de l'effet dérogatoire d'une clause d'élection de for, v. par exemple l'article 6, al. 2 du projet de Code belge de dip qui subordonne le dessaisissement du juge belge à qui l'on oppose une clause en faveur d'une juridiction étrangère à la condition que la décision étrangère à venir pourra être reconnue ou exécutée en Belgique. *Comp.* avec le droit allemand où cette condition est inconnue, v. H. SCHACK, *IZVR*, 3^{ème} éd., 200, n° 449 : « Die Derogation bleibt auch dann wirksam, wenn sich im Urteilsstaat kein vollstreckungstaugliches Vermögen befindet, oder das Urteil im Inland nicht anerkannt werden sollte » et les références citées.

³¹⁷⁶ V. p. ex. R. GEIMER, 1997, 672 ; J. J. FAWCETT, "General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 28 ; C. C. A. VOSKUIL, *l.c.*, in *De conflictu Legum. Bundel opstellen aangeboden aan R.D. Kollervijn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, (502), 508 et 511 ; L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S. L.*, 1970, (59), 73 et 85 ; I. SZASZY, *ac.*, Leiden, Sijthoff, 1967, 525-526 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *DIP*, 6^{ème} éd., 548, n° 459 (*MM. Loussouarn*

revendique la priorité pour ses tribunaux, est digne de confiance, c'est-à-dire que la décision à venir ne restera pas lettre morte. On peut dès lors se demander s'il est une place pour ce pronostic en droit conventionnel. Les conventions internationales de droit judiciaire visent en effet avant tout à faciliter, avec plus ou moins de fortune, la reconnaissance et l'exécution réciproque des décisions des Etats contractants. La libéralisation conventionnelle du régime des jugements étrangers ne sera pas sans réduire la pertinence du pronostic de reconnaissance.

C'est ce que confirme l'analyse de droit comparé, qui révèle que l'existence du pronostic de reconnaissance en droit conventionnel est fonction de la rigueur du principe de reconnaissance auquel adhèrent les Etats contractants. Ainsi, il n'est pas question de subordonner la litispendance prévue dans les conditions doubles à un quelconque pronostic de reconnaissance. On ne trouve nulle trace d'une telle exigence dans la Convention de Bruxelles, ni dans les instruments qui s'en sont inspirés. Les commentateurs s'accordent d'ailleurs avec la jurisprudence³¹⁷⁷ pour dire qu'un tel pronostic serait incompatible avec la litispendance telle qu'elle est conçue dans l'espace judiciaire européen.³¹⁷⁸ Ces conventions assurent un régime simplifié de reconnaissance et d'exécution, qui rend inutile tout examen *in concreto* des conditions de reconnaissance.³¹⁷⁹ Il n'y a dès lors plus lieu de chercher à s'assurer que le jugement à venir pourra sortir ses effets dans le for second saisi. De manière générale, la ratification d'un tel instrument emporte d'ailleurs, outre une très forte obligation de reconnaissance, l'acceptation implicite de l'égalité entre les tribunaux nationaux et dès lors l'aveu que la justice étrangère première saisie est digne de confiance.³¹⁸⁰

et *Bonnel* estiment que cette condition est "légitime, car on aperçoit mal pourquoi un tribunal français se dessaisirait au profit d'une juridiction étrangère préalablement saisie, mais dont la décision n'aurait aucune chance de produire effet en France"). Mme. NIBOYET-HOEGY se demandait dans le même sens "[p]ourquoi tiendrait-on compte, en effet d'une procédure étrangère en cours, si l'aboutissement de cette procédure - le jugement étranger à intervenir - devrait rester lettre morte en France?" (*Travaux comité français D.I.P.*, 1995-96, 73). V. également G. A. L. DROZ, *ac*, *Recueil des cours*, 1991-IV, t. 229, 65, n° 53 ("S'il est probable que la décision étrangère ne sera pas reconnue, il est inutile d'attendre qu'elle soit rendue et de permettre ensuite une fois la non-reconnaissance établie, qu'un nouveau procès soit intenté dans le second pays").

Comme le note M. *Fawcett*, "There is an obvious logic in the recognition prognosis in that a foreign action can be regarded as being a premature foreign judgment" ("General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 36).

³¹⁷⁷ BGH, 8 janvier 1995, *N.J.W.*, 1995, 1758; *R.I.W.*, 1995, 413; *IPRax*, 1996, 192; [1996] *I.L.Pr.* 292; OLG Köln, 13 décembre 1990, *N.J.W.*, 1991, 1427; *R.I.W.*, 1991, 328; *IPRax*, 1992, 89; *Répertoire de Jurisprudence communautaire*, Série D, I-21 B-6.

³¹⁷⁸ P. HERZOG, "Brussels and Lugano : Should You Race to the Courthouse or Race for a Judgment?", *Am. J. Comp. L.*, 1995, 389; R. GEIMER, 1997, 674, n° 2692; H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 210, n° 291; J. KROPHOLLER, 1998, 297-298; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *ac*, Paris, Jupiter, 1985, 125, n° 219; S. ISENBURG-EPPLE, *ac*, 1992, 87-90; L. PALSSON, "Lis Pendens under the Brussels and Lugano Conventions", in *Festskrift till Stig Strömholm*, II, A. FRANDBERG et al. (éds.), Iustus Forlag, Uppsala, 1997, (709), 723.

³¹⁷⁹ C'est le motif qu'invoque M. Droz pour justifier l'absence de pronostic de reconnaissance, G. A. L. DROZ, 1972, 224.

³¹⁸⁰ D'aucuns regrettent l'absence d'une condition liée à la reconnaissance du futur jugement étranger dans le régime européen, p. ex. H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 210, n° 291. V. également G. DROZ, 1972, 193-194, n° 313, qui semblait suggérer une exception à l'article 21 lorsqu'il est manifeste que l'article 28 empêchera la reconnaissance de la décision du juge premier saisi. Il est vrai que dans le système de la Convention, le juge second saisi doit donner priorité au juge premier saisi sans savoir si la décision de ce dernier pourra sortir ses effets dans le for. On peut cependant douter qu'un éventuel pronostic de reconnaissance permette de résoudre le problème. La seule difficulté éventuelle pourrait naître d'une contradiction avec l'ordre public du for; les questions de compétence indirecte ne jouant qu'un rôle fort réduit dans l'instance de reconnaissance, et lorsqu'elles sont en jeu, comme par exemple en cas de compétence exclusive d'un juge, on peut penser qu'il n'y aura pas abstention (*supra*, n° 173). Or un refus de reconnaissance tiré d'une violation de l'ordre public est imprévisible au stade de la litispendance ! Le pronostic de reconnaissance se révélerait donc être un coup dans l'eau.

716. **Lien entre litispendance et exception de chose jugée – Légitimité en droit conventionnel (suite)** – Il n'en va pas de même dans les conventions simples, qui subordonnent parfois le jeu de la litispendance à un pronostic de reconnaissance.³¹⁸¹ Lorsque deux Etats s'engagent 'simplement', l'absence de règles de compétence communes rend plus aléatoire la reconnaissance des décisions. On comprend dès lors que certaines conventions simples ne prévoient pas de mécanisme de litispendance et que lorsqu'une telle exception est intégrée au cadre conventionnel, elle soit parfois assortie d'une condition liée à la reconnaissance de la future décision. Le caractère plus lâche de l'obligation de reconnaissance dans ces conventions fait logiquement peser une hypothèque sur la possibilité d'accepter, sans autre garde-fou, la coordination réciproque des procédures concurrentes.

La subordination des règles de litispendance prévue par les deux conventions de La Haye portant sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers à un même pronostic de reconnaissance s'explique selon la même logique : dans les deux cas, l'ambition universelle du texte est allée de pair avec une diminution de la confiance entre Etats contractants et une dilution de l'obligation de reconnaissance. Lorsque l'on s'engage à reconnaître les décisions émanant d'Etats situés aux quatre coins du monde, il devient plus difficile de présumer de façon irréfragable que la justice étrangère en faveur duquel le dessaisissement est demandé, remplit les conditions élémentaires d'une bonne justice, ce dont témoigne le mécanisme des accords supplémentaires mis en place pour le texte de 1971.³¹⁸² L'ampleur conférée à l'impératif de reconnaissance est dès lors moindre, ce que trahit la possibilité pour le juge requis de contrôler la compétence indirecte du juge d'origine.³¹⁸³ On ne s'étonnera dès lors pas de lire à l'article 20 de cette Convention que l'exception de litispendance est subordonnée à la "[...] condition que cette action puisse donner lieu à une décision que les autorités du premier Etat seraient obligées de reconnaître en vertu de la Convention".

De la même manière, l'article 21 du projet de Convention de La Haye prévoit lui aussi que l'exception de litispendance ne peut être reçue que "s'il est à prévoir que ce tribunal rendra un jugement susceptible d'être reconnu en vertu de la Convention dans l'Etat du tribunal saisi en second lieu [...]". Cette condition se comprend : s'agissant d'une convention mixte à portée mondiale, le degré de confiance entre futurs Etats contractants est pour le moins réduit.³¹⁸⁴ Le juge requis conserve ainsi un important pouvoir de contrôle sur la décision étrangère, notamment à l'égard de la compétence assumée par le juge d'origine (art. 27). En outre, le projet confère un large champ d'application à l'exception de litispendance : celle-ci pourra être invoquée non seulement lorsque les deux tribunaux tirent leur compétence d'un chef de compétence 'blanc', mais également lorsque le tribunal second saisi l'est sur base de son droit national en vertu de l'article 17 (for

³¹⁸¹ V. p.ex. l'article 12 de la Convention italo-autrichienne du 16 novembre 1971 qui prévoit expressément une condition liée au pronostic de reconnaissance ; l'article 14 *in fine* de la convention italo-belge du 6 avril 1962 ainsi que l'article 10 - 1 de la convention belgo-suisse du 29 avril 1959 qui, *in fine*, dispose que la litispendance nécessite que la future décision puisse être reconnue dans l'autre Etat. D'autres conventions comportent une exigence, somme toute assez évidente, portant sur la compétence du juge premier saisi.

³¹⁸² Selon l'article 21 de la convention, "Les décisions rendues dans un Etat contractant ne seront reconnues ou déclarées exécutoires dans un autre Etat contractant conformément aux dispositions des articles précédents, que si ces deux Etats après être devenus Parties à la Convention en sont ainsi convenus par accord complémentaire". La nécessité de conclure de tel accord a sans doute hypothéqué le succès de la Convention.

³¹⁸³ Art. 4(1) et 10 de la Convention.

³¹⁸⁴ Les derniers projets font d'ailleurs état d'une obligation de 'bilatéraliser' la convention, comme c'était déjà le cas en 1971. V. les différentes versions de l'article 42 du projet de Convention tel qu'arrêté en juin 2001.

gris).³¹⁸⁵ Dans ces conditions, on comprend que le juge second saisi soit autorisé à se prévaloir du défaut d'efficacité internationale de la future décision étrangère pour refuser de faire droit à l'exception de litispendance.

717. Lien entre litispendance et exception de chose jugée (fin) - En dehors du cadre particulier du droit conventionnel, la présomption de reconnaissance - et dès lors d'équivalence des justices nationales - ne se vérifie plus. Il importe alors de prévoir la possibilité pour le juge de l'abstention d'examiner si la future décision étrangère pourra effectivement être reconnue.

S'il paraît judicieux en principe de s'inspirer du régime des jugements étrangers, et plus particulièrement de l'exception de chose jugée étrangère, pour cerner les limites de la coordination internationale, encore faut-il s'entendre sur le rôle des conditions liées à la reconnaissance de la future décision étrangère. Il y a lieu d'examiner maintenant de quelle manière le régime des jugements étrangers peut limiter la priorité du juge premier saisi.

2. LE PRONOSTIC DE RECONNAISSANCE COMME EXPRESSION DU LIEN ENTRE LITISPENDANCE ET RÉGIME DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

718. Introduction - Comme l'expliquait M. *Holleaux*, "si l'accueil de l'exception [de litispendance] implique une reconnaissance de la procédure étrangère en cours, il n'est pas surprenant qu'on la subordonne aux conditions de reconnaissance de la procédure étrangère achevée".³¹⁸⁶

On a déjà expliqué que cette subordination, qui prend la plupart du temps la forme d'un pronostic de la reconnaissance permettant au juge second saisi de refuser de s'incliner devant la saisine antérieure du tribunal concurrent dès lors qu'il apparaît que le premier ne reconnaîtra pas la décision à venir du second, constitue un tempérament judicieux et justifié à la priorité temporelle comme principe de solution des conflits de procédures. Il importe maintenant d'examiner quelle doit être la portée exacte de ce pronostic.

719. Limites du pronostic de reconnaissance liées au caractère anticipé de l'appréciation par le juge second saisi - Dès lors que l'on accepte la légitimité du pronostic de reconnaissance comme limite à la priorité du juge premier saisi, on invitera le juge second saisi à se reporter à la théorie de l'efficacité internationales des jugements étrangers pour vérifier que la priorité du juge premier saisi est légitime. Entre la reconnaissance d'une décision étrangère et la déférence à l'égard d'une procédure encore en cours, il est toutefois une différence importante, qui tient au *moment* auquel le juge du for apprécie la justice rendue au nom du souverain étranger. Dans un cas, il s'agit d'examiner une décision prononcée, au terme d'une procédure achevée, sur le cours de laquelle on dispose des informations nécessaires à l'évaluation; dans l'autre l'exercice est *prospectif*, puisque l'examen porte sur une procédure en cours.

Cette différence impose d'aménager quelque peu la portée du pronostic de reconnaissance, qui ne peut constituer la copie aveugle de l'examen par le juge requis

³¹⁸⁵ Le quatrième paragraphe de la disposition prévoit en effet que "Les dispositions des paragraphes précédents s'appliquent au tribunal saisi en second lieu même si sa compétence est fondée sur le droit national de cet Etat conformément à l'article 17".

³¹⁸⁶ D. HOLLEAUX, *l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1971-73, 215.

d'une décision étrangère. On peut ainsi d'emblée éliminer certaines des conditions auxquelles est traditionnellement subordonnée la reconnaissance d'une décision étrangère et qui sont manifestement inadaptées à la situation des procédures concurrentes encore pendantes – on pense par exemple aux conditions touchant à la décision même, particulièrement la production d'une copie authentique de la décision, mais également à son caractère exécutoire. Il en va de même des conditions portant sur les conflits de procédures, comme par exemple le motif de refus de reconnaissance tiré de l'inconciliabilité de la décision étrangère avec une décision rendue dans le for (*supra*, n° 358). S'agissant de l'appréciation d'une demande d'abstention, l'heure n'est pas encore venue de se préoccuper d'une éventuelle contradiction de décisions.

Voilà qui permet de mieux circonscrire l'effort de pronostic auquel doit se livrer le juge second saisi. Il est une autre difficulté liée au caractère anticipé de l'appréciation par le juge second saisi qu'il faut maintenant examiner.

720. Limites du pronostic de reconnaissance liées au caractère anticipé de l'appréciation par le juge second saisi (suite) - Difficultés du pronostic de reconnaissance – Même débarrassée de certaines conditions foncièrement inadaptées, l'appréciation par le juge second saisi de l'efficacité internationale probable de la future décision étrangère peut se révéler pour le moins difficile. Ce n'est pas en effet le moindre des paradoxes de l'exception de litispendance, telle qu'on la conçoit classiquement, que d'imposer au for second saisi de s'interroger sur le potentiel extraterritorial d'une décision encore en gestation! Il lui faudrait par exemple vérifier la compatibilité de cette future décision avec son ordre public, tâche dont on mesure aisément la difficulté.

Celle-ci a été soulignée à maintes reprises, certains comparant même l'office du juge à de la "divination".³¹⁸⁷ Dans sa 'croisade' contre le déclinatoire de litispendance internationale, M. Schütze a même pris appui sur ces difficultés pour dénoncer l'institution de la litispendance en général. En exigeant du juge qu'il se penche sur une décision future, on ferait de lui un "voyant", ce qui montre, selon M. Schütze, qu'il est peu judicieux d'étendre l'exception de litispendance aux espèces internationales.³¹⁸⁸

Dans une décision rendue en 1989, un tribunal japonais s'est inspiré de ce raisonnement pour rejeter, *in concreto*, une exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure américaine concurrente.³¹⁸⁹ En l'espèce, une entreprise japonaise, assignée aux

³¹⁸⁷ I. FADLALLAH, note sous TGI Paris, 7 juillet 1976, *R.C.D.I.P.*, 1977, (729), 734. La doctrine souligne unanimement la difficulté de l'exercice : P. NYGH, paper IIA précité, 18; A. HUET, *Juris-dasson*, no. 34 (qui parle d'un "exercice délicat"); J. J. FAWCETT, "General Report", in *Declining Jurisdiction* 39; N. TROCKER, "Italy", in *Declining Jurisdiction*, 286; MM. HOLLEAUX, FOYER et DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 1987, 369, n° 777 ("d'une application délicate"); F. RIGAUX, "L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé", note sous Cass., 4 mai 1972, *R.C.J.B.*, 1973, 241 et idem, "Les dernières conventions sur l'efficacité internationale des jugements et des actes publics conclues par la Belgique", *J.T.*, 1961, 197-207, n° 7 (ce contrôle est impraticable, sauf pour ce qui est de la compétence de l'autre juge); R. GEIMER, 1997, 681, n° 2717 ("viele praktische Rechtsanwendungsprobleme").

³¹⁸⁸ V. parmi les nombreux écrits de l'auteur sur le thème, R. SCHÜTZE, "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *RabelsZ.*, 1967, (233), 245-247; "Die Wirkung ausländischer Rechtshängigkeit in inländischen Verfahren", *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1991, 136-149 ("Eine Anerkennungsprognose ist regelmässig unmöglich. Der Richter müsste hellseherische Fähigkeiten haben ..."); *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin, de Gruyter, 1985, 175-178 ("Jedes Anerkennungsprognose ist ein reines Ratespiel", p. 177. M. Schütze ajoutait que le pronostic est "unpraktikabel", "regelmäßig unmöglich" et que "Richter sind keine Hellscheher", p. 177). Cet auteur a toujours contesté l'accueil de la litispendance internationale, et préconise d'ignorer la situation de litispendance. Sur cette attitude : W. HAU 114, A. BURCKHARDT, a.c., Heidelberg, 1997, 43-45 et surtout R. GEIMER, 673, n° 2689.

³¹⁸⁹ Affaire *Gould*: Trib. Tokyo, 30 mai 1989, résumé et commenté in *J.D.I.*, 1995, 403-405 et commenté par M. DOGAUCHI, "Concurrent Litigation...", *Jap. Am. Int'l L.*, 1994, 72-75 et 89-92 et du même, "Parallele Verfahren

Etats-Unis par un concurrent qui lui reprochait d'avoir fait main basse sur plusieurs secrets industriels, demandait aux juges japonais de constater qu'elle ne pouvait être tenue responsable des faits dont elle était accusée. Le concurrent s'opposa à cette seconde procédure au nom de la litispendance internationale. Tout en reprenant l'argument traditionnellement opposé à la litispendance internationale en droit japonais, à savoir celui de l'inapplicabilité de l'article 142 du CPC aux litiges internationaux,³¹⁹⁰ le tribunal déduisit de l'article 200 du même Code que le juge japonais pouvait rejeter une demande dont avait déjà été saisi un juge étranger, pour autant qu'il soit possible de prédire que la décision de ce dernier puisse sortir ses effets au Japon.

Une fois ce généreux principe posé, le tribunal se montra toutefois très strict dans son application : pour rejeter le déclinatoire de litispendance, il estima en effet qu'il était impossible de poser un pronostic raisonnable quant à la reconnaissance d'une future décision américaine, et en particulier d'examiner la condition liée à l'ordre public japonais, puisque la procédure américaine était toujours en cours. Comme on l'a souligné, le tribunal a ainsi placé la barre du pronostic de reconnaissance très haut.³¹⁹¹ Cette décision qui applique le pronostic dans toute sa logique, ne laisse que peu de place à la coordination des procédures concurrentes.³¹⁹²

im Japan und den USA", in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, 1994, (163), 164-166 et 179-181. Comp. avec la décision du tribunal d'Osaka du 14 octobre 1974 dans l'affaire *Deutsch*, citée et commentée par T. SAWAKI, "Battle of Lawsuits : Lis Pendens in International Relations", *Jap. Ann. Int'l L.*, 1979-80, 17-18, qui refuse de tenir compte de la saisine préalable du juge américain.

³¹⁹⁰ Les tribunaux japonais rejettent classiquement l'application de l'article 142 (anciennement 231) du Code de Procédure Civile, qui prévoit une règle de litispendance, aux litiges internationaux, v. les décisions citées par T. SAWAKI, *l.c.*, *Jap. Ann. Int'l L.*, 1979-80, (17), 19-20 et M. DOGAUCHI, *l.c.*, *Jap. Ann. Int'l L.*, 1994, 87-88. Ainsi, le tribunal d'Osaka a-t-il décidé en 1973 d'ignorer l'action en cours devant un tribunal étranger en arguant que l'article 231 du Code de Procédure Civile ne visait que les litiges portés à la connaissance des tribunaux japonais : Trib. Osaka, 9 octobre 1973, cité dans *J.D.I.*, 1995, 404. V. également Trib. Tokyo, 27 mai 1965, *Jap. Annual Int'l Law*, 1968, 197 et Trib. Tokyo, 23 décembre 1955, *Jap. Annual Int'l L.*, 1958, 138 (action au Japon du gouvernement Taiwanais désireux d'obtenir d'une entreprise japonaise le remoursement d'un prêt, alors que ce même gouvernement avait déjà actionné la caution devant les tribunaux de Taïwan).

³¹⁹¹ M. DOGAUCHI, *l.c.*, in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, Mohr, 1994, (163), 173-176; Y. FURUTA, "International Parallel Litigation. Disposition of Duplicative Civil Proceedings in Japan and the U.S.", *Pacific Rim L. & Policy J.*, 1995, (1), 50-52. La sévérité du raisonnement suivi s'expliquait sans doute par l'absence en droit japonais de toute possibilité de surseoir à statuer. Le juge qui veut déférer à un tribunal étranger n'a d'autre choix que de se dessaisir. L'article 130 (anciennement 220) du CCP n'autorise en effet le sursis à statuer qu'en cas de force majeure qui met le tribunal dans l'impossibilité de remplir ses fonctions : H. KOBAYASHI et Y. FURUTA, "Products Liability Act and Transnational Litigation in Japan", *Texas Int'l L.J.*, 1999, (93), 112. Le caractère inévitable du dessaisissement, une décision aux conséquences importantes, explique la rigueur avec laquelle le pronostic de reconnaissance est appliqué.

³¹⁹² Les attendus de la Cour sont également intéressants dès lors qu'il révèlent les hésitations des juges sur l'accueil de l'exception de litispendance internationale en général : après avoir refusé l'application de l'exception de litispendance interne, les juges ont noté que la communauté internationale est constituée d'Etats indépendants et qu'il n'existe pas de principes généralement acceptés permettant de répartir les litiges. Ils soulignèrent toutefois qu'il ne serait pas raisonnable de rester absolument indifférent face à la concurrence de procédures, d'autant plus que les opérations de commerce ne sont pas limitées au territoire d'un Etat. La Cour en déduisit sans surprise la nécessité de prévenir les conflits de procédure du souci d'éviter les conflits de décisions et du principe de l'économie de procédures (Attendus reproduits par H. KOBAYASHI et Y. FURUTA, *l.c.*, *Texas Int'l L. J.*, 1999, (93), 109-110). En général sur le traitement des procédures concurrentes en droit japonais, v. M. DOGAUCHI, *l.c.*, *Jap. Ann. Int'l L.*, 1994, 86-92 et du même l'étude précitée parue in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, 1994, (163), 176-181 ; Y. FURUTA, *l.c.*, *Pacific Rim L. & Policy J.*, 1995, (1), 25-27 et 48-56 ainsi que T. SAWAKI, *l.c.*, *Jap. Ann. Int'l L.*, 1979-80, (17), 19-21. Si la litispendance internationale n'a pas encore été pleinement acceptée en droit japonais, certaines décisions ont toutefois laissé la porte ouverte à une coordination des procédures concurrentes. Pour ce faire, les tribunaux en appellent généralement, comme ce fut le cas dans l'affaire *Gould*, au souci d'éviter les conflits de décisions et au principe de l'économie de procédures. Le raisonnement suivi ressemble alors fort à une exception de litispendance. D'autres tribunaux empruntent une autre voie pour aboutir à un résultat similaire. Plutôt que de raccrocher l'abstention au régime des jugements étrangers, le tribunal de Tokyo (Trib. Tokyo, 15 février 1984, *Jap. Ann. Int'l L.*, 1985, 243 et les commentaires de M. DOGAUCHI, *l.c.*, *Jap. Ann. Int'l L.*, 1994, 88-89) a ainsi préféré profiter de l'exception de for non approprié qui est apparue dans la jurisprudence à partie des années 1980 (Sur ce développement, v. M.

721. **Difficultés du pronostic de reconnaissance et modalisation de l'effet de la litispendance** - En réalité, comme la doctrine l'a montré, l'exercice ne tient de la gageure que si l'on s'en tient, comme le tribunal de Tokyo, à une conception *stricte* du pronostic, tout entier soumis aux exigences posées pour la reconnaissance d'un jugement étranger. Il se révélera en effet difficile de vérifier, avant que le juge étranger ne se soit prononcé, les conditions liées au contenu du jugement étranger, comme par exemple le respect des droits de la défense au cours de la procédure étrangère ou encore l'absence de violation de l'ordre public. Au contraire, la vérification des conditions qui tiennent à la mise en branle de la procédure étrangère, à savoir la réalité et la loyauté de l'assignation du défendeur d'une part, et la compétence indirecte du juge étranger d'autre part, ne soulève pas plus de difficulté que dans le contexte de la reconnaissance d'un jugement étranger déjà prononcé.³¹⁹³ Le for de l'abstention disposera au stade de l'exception, de toutes les données nécessaires pour examiner ces derniers éléments.

L'incertitude³¹⁹⁴ qui subsiste quant aux conditions proprement *matérielles* du pronostic, n'est en réalité pas réshibitoire. Pour contourner l'obstacle, il suffit de modaliser le jeu de l'exception : dans un premier temps, une fois vérifiées les conditions se rapportant à l'introduction de la demande devant le juge étranger, le juge second saisi pourrait *surseoir à*

DOGAUCHI, *l.c.*, *Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts*, Tübingen, Mohr, 1994, 173-176; Y. FURUTA, *l.c.*, *Pacific Rim L. Policy J.*, 1995, 29-32; A. NUYS, 154, n° 139). En l'espèce, une personne avait fait saisir le solde d'un compte en banque dont était titulaire la société aux destinées de laquelle présidait son mari. Malgré cette saisie, le mari parvint à transférer une partie de ses avoirs vers un autre compte. Après que la banque se vu obligée d'indemniser l'épouse, elle se retourna contre le mari et fit saisir un navire lui appartenant. Le mari répliqua en attaquant la banque devant les tribunaux californiens et japonais pour le dommage économique que lui avait causé cette saisie. Le tribunal constata d'abord qu'il était compétent parce que la banque possédait une succursale au Japon. Il refusa cependant d'exercer cette compétence en indiquant que les tribunaux de Californie étaient mieux placés pour statuer sur le litige. Outre la plus grande proximité de ce tribunal avec les moyens de preuve, le tribunal justifia cette décision en soulignant le risque d'une contradiction de décisions ainsi que les inconvénients que ferait peser sur le défendeur la concurrence de procédures. D'autres décisions se sont penchées sur le problème des procédures concurrentes dans le cadre de la clause d'exception à la compétence (cf. les décisions citées par Y. FURUTA, *l.c.*, 32-34, notamment Tokyo District Court, 19 juin 1989, *Japanese Annual Int'l Law*, 1990, 202 - la Cour considère la possibilité d'un dessaisissement pour cause de 'circonstances exceptionnelles', mais rejete l'exception en notant l'existence de liens substantiels entre le litige et le Japon et l'absence d'injustice dans le chef du défendeur si la procédure japonaise se poursuit au Japon - et Tokyo District Court, 29 janvier 1991, *Japanese Annual Int'l Law*, 1992, 171 - le litige portait sur une question de responsabilité du fait des produits, un consommateur américain ayant actionné une entreprise japonaise et son distributeur devant les tribunaux de Los Angeles. Le fabricant sollicita des tribunaux japonais une déclaration l'exonérant de toute responsabilité. Le tribunal fit droit à une exception de for approprié et se dessaisit, en notant entre autre que le tribunal américain avait été saisi en premier, que la procédure de discovery était achevée et que si les deux procédures se poursuivaient, un conflit de jugements s'en suivrait (Jap. Annual, 174-175)). On a pu écrire que cette dernière approche constituait la méthode préférée pour résoudre les conflits de procédure en droit japonais. H. KOBAYASHI et Y. FURUTA, *l.c.*, *Texas Int'l L. J.*, 1999, (93), 110. Pour la situation dans les autres pays asiatiques, v. les contributions rassemblées par M. PRYLES (éd.), *Dispute Resolution in Asia*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, 324 p. et notamment pp. 75 e.s. pour la Chine, pp. 268 e.s., pour la Thaïlande et p. 302 e.s. pour le Vietnam. Pour le droit coréen, v. D. F. R. STILLER, *Das internationale Zivilprozessrecht der Republik Korea*, Tübingen, Mohr, 1989, 202-203; pour le droit chinois, v. H. VON SENGER et X. GUOJIAN, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht des Volksrepublik China*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, 506-507. Adde H. ZHENJIE, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in China : Rules, Interpretation and Practice", *N.I.L.R.*, 1999, (291), 304 ainsi que H. ZHENJIE, "International Jurisdiction of Chinese Courts in Contractual Matters : Rules, Interpretation and Practice", *N.I.L.R.*, 1999, (205), 224.

³¹⁹³ A. HUET, *Juris-dasseur*, Fasc. 581-43, n° 34; P. VOLKEN, *IPRG-Kommentar...*, Zürich, Schulthess, 1993, 77-78; H. SCHACK, 1996, 296, n° 755; D. HOLLEAUX, "La litispendance internationale", *Travaux comité français DIP*, 1971-73, 216-217.

³¹⁹⁴ M. Holleaux soulignait que l'incertitude quant à l'examen de régularité n'était pas le propre de l'exception de litispendance. Il expliquait à juste titre que "même en présence d'un jugement étranger, il arrive que le juge se heurte au manque de renseignements" : D. HOLLEAUX, *l.c.*, *Travaux comité français DIP*, 1971-73, 216-217.

statuer. Le dessaisissement n'interviendrait qu'une fois le juge premier saisi s'est prononcé, ce qui permettra la vérification des autres conditions sur base de la décision.³¹⁹⁵

722. Difficultés de l'appréciation anticipée et portée du pronostic de reconnaissance - La modalisation des effets de l'abstention permet d'éviter la difficulté liée au caractère 'divinatoire' du pronostic. Elle a été adoptée de façon générale, notamment dans les différentes codifications déjà évoquées.³¹⁹⁶ Le sursis à statuer a ainsi été élevé au rang de conséquence *normale* de l'abstention. Ce faisant, le pronostic de reconnaissance change déjà de visage : coupé en deux, il ne vise plus dans sa première partie à s'assurer intégralement de la possibilité de donner effet à la future décision étrangère. Sa portée est réduite à une première appréciation de principe sur la qualité et la légitimité de l'instance étrangère.

Pour pallier la difficulté liée au caractère anticipatif de l'appréciation, la jurisprudence de certains pays été encore plus loin. En Allemagne et en Suisse, les tribunaux ont en effet réduit la portée du pronostic de reconnaissance pour le transformer en une appréciation globale qui s'accommode mieux du caractère encore précaire de la procédure étrangère objet de l'appréciation. La Cour fédérale allemande a ainsi décidé dans une affaire tranchée en 1957 que l'exception de litispendance devait être accueillie "pour autant qu'il n'apparaisse pas avec une probabilité voisine de la certitude que le futur jugement ne pourra pas être reconnu sur base du § 328 ZPO ou de l'article 30 du EGBGB".³¹⁹⁷ En d'autres termes, il appartient à la partie qui s'oppose au déclinatoire de litispendance de démontrer que selon toute probabilité le futur jugement étranger sera affecté d'un défaut le privant de toute efficacité internationale.³¹⁹⁸

La charge de la preuve s'en trouve renversée, ainsi que la portée même de la condition.³¹⁹⁹ D'un pronostic de reconnaissance on est ainsi passé à une obligation pour le défendeur de montrer que la reconnaissance est exclue. Les commentateurs expliquent à la suite de

³¹⁹⁵ M. *Holleaux* proposait ainsi de modaliser les effets procéduraux de la litispendance « suivant le plus ou moins haut degré de certitude du pronostic » (*l.c.*, *Travaux comité français. DIP*, 1971-73, 218. Dans le même sens : W. HABSCHEID, *l.c.*, *RabelsZ.*, 1967, 266-269 (l'auteur suggérait de s'inspirer de l'article 148 du ZPO qui prévoit le sursis à statuer en cas de question préjudicielle); L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S.L.*, 970, (59), 92, note 2 ; P. NYGH, Paper ILA Committee, 18 (cet auteur proposait de moduler les conséquences de la litispendance en fonction de la probabilité de reconnaissance : si la reconnaissance ne fait pas de doute, le juge peut se dessaisir, si elle est incertaine, alors il est préférable qu'il suspende temporairement la procédure).

³¹⁹⁶ Selon l'article 14 du projet, le juge belge second saisi doit dans un premier temps surseoir à statuer, après avoir vérifié les conditions du pronostic de reconnaissance. Ce n'est que lorsque le juge étranger s'est prononcé, et que sa décision remplit les conditions nécessaires à sa reconnaissance qu'il se dessaisit. V. également le troisième paragraphe de l'article 9 de la loi fédérale suisse de dip.

³¹⁹⁷ BGH, 2 octobre 1957, *NJ.W.*, 103, 103 : "Solange aber nicht mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit der Erlaß eines Urteil zu erwarten ist, das auf Grund des § 328 ZPO oder Art. 30 EGBGB nicht anerkannt werden könnte, muß die Rechtshängigkeit [...] beachtet werden".

³¹⁹⁸ La compétence exclusive des ministères de la justice des Landers pour se prononcer sur la reconnaissance des décisions étrangères de divorce (v. le § 7, 1 *FamRändG.* déjà cité) n'empêche pas les tribunaux allemands de se prononcer sur la reconnaissance éventuelle d'un futur jugement lorsque la question se pose dans le cadre d'une exception de litispendance. La jurisprudence estime que l'article 7 ne trouve application que lorsque la décision étrangère a déjà été rendue : BGH, 26 janvier 1984, *IPRax*, 1984, 152 ; BGH, 18 mars 1987, *IPRax*, 1989, 104 et D. HENRICH, *Internationales Familienrecht*, 2^{ème} éd., Verlag für Standesamtswesen, 149-150 ainsi que U. SPELLENBERG, *Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen*, 1997, 198-199, n° 454. V. aussi BGH, 26 janvier 1983, *IPRspr.*, 1983, n° 165, (424), 426.

³¹⁹⁹ La décision du BGH s'explique peut être par les circonstances particulières de la cause, s'agissant d'une procédure concurrente engagée en Allemagne de l'Est. Le BGH évoquait d'ailleurs le caractère "interzonal" de l'espèce. Il reste que les commentateurs accordent un portée générale à cette décision, v. B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 301 ; K. WÄHLER, "Westdeutschen Rechtsprechung internationalen Verfahrensrecht (1954-64)", *J.D.I.*, 1965, (137), 142.

cette décision qu'en cas de doute, il faudrait présumer que le pronostic s'avère positif.³²⁰⁰ Le tribunal fédéral suisse a même été plus loin puisqu'il a décidé qu'il fallait accepter l'exception de litispendance "chaque fois que l'on ne peut raisonnablement exclure que la procédure pendante entre les mêmes parties à l'étranger débouche [...] sur une décision susceptible d'être reconnue en Suisse".³²⁰¹ Et le tribunal d'ajouter que la litispendance ne pourra être refusée que dès lors qu'il n'y a "aucune chance" d'obtenir la reconnaissance. La charge de la preuve s'en trouve renversée, il appartient au demandeur s'opposant à l'exception de "démontrer que l'on peut exclure, avec une vraisemblance confinante à la certitude, que la juridiction [étrangère] puisse rendre, dans un délai convenable, une décision susceptible d'être reconnue en Suisse". A la suite de cette jurisprudence, les tribunaux ont considérablement allégé la tâche du demandeur sur l'exception.³²⁰²

723. Portée véritable du pronostic de reconnaissance - Comme le montrent ces décisions, les tribunaux ne se sont pas contentés d'incorporer dans le pronostic de reconnaissance toutes les conditions posées à l'effet dans le for d'une décision étrangère. Au fil des décisions, le pronostic de reconnaissance a au contraire acquis une portée et un contenu qui lui est propre. Tel qu'il est conçu en droit suisse ou allemand, ce pronostic n'a que peu de ressemblance avec le contrôle auquel le juge requis devra procéder lorsqu'il est confronté à un jugement étranger. Aux multiples conditions posées pour la reconnaissance et l'exécution d'un tel jugement, les tribunaux ont substitué une appréciation *globale* qui invite le for second saisi à s'enquérir de la qualité de la justice étrangère, sans se tenir strictement aux conditions classiques de la théorie des effets des jugements étrangers.

Cette réduction de l'envergure du pronostic de reconnaissance se comprend au vu des difficultés pratiques d'une appréciation anticipée de l'efficacité internationale de la future décision étrangère. Elle permet également d'apercevoir la portée véritable du pronostic de reconnaissance. Tel qu'il est envisagé par les jurisprudences allemande et suisse, ce pronostic ne vise en effet pas seulement à s'assurer que la future décision du for étranger pourra être mise à exécution dans le for de l'abstention, mais également que la justice

³²⁰⁰ R. GEIMER, 1997, n° 2719; H. SCHACK, 1996, 296, n° 755 et l'auteur explique également que "Ein Wahrscheinlichkeitsurteil genügt durchaus [...]"] puisque la litispendance ne conduit qu'à un sursis et non à un dessaisissement (296, n° 764). V. les nuances apportées par W. J. HABSCHEID, *l.c.*, *RebelsZ.*, 1967, 265-266 (qui propose de distinguer selon la nature des motifs de refus prévus par le § 328) et E. SCHUMANN, "Internationale Rechtshängigkeit (Streitanhängigkeit)", *Festschrift für Wifried Kralik zum 65. Geburtstag. Verfahrensrecht - Privatrecht*, W. RECHBERGER et al. (éds.), Vienne, Manzsche Verlag, 1986, (301), 309. Selon MM. Nagel et Gottwald, (*ac.*, 1997, 207, n° 76), le juge peut se contenter d'une « prima facie Prüfung ».

³²⁰¹ TF, 18 février 1992, ATF 118 II 188, 191; *Sem. Jun.*, 1992, 405. Sous l'ancien régime au contraire, le même Tribunal avait plus frileusement décidé que l'exception de litispendance n'était recevable que s'il était quasi-certain que le jugement rendu à l'étranger serait exécutoire et susceptible de reconnaissance en Suisse (ATF 114 II 83). Mme. *Wüttschlager* plaide pour une solution qui fait du défaut de reconnaissance la solution (1994, 126-128).

³²⁰² P. ex. la décision de la Cour d'Appel de Zürich, ZR, 1990, n° 87, citée par P. M. PATOCCHI et E. GEISINGER, *Code de droit international privé suisse annoté*, Lausanne, Payot, 1995, 97, selon laquelle une décision pouvant être reconnue en Suisse ne signifie guère que le juge saisi doit avoir la certitude que la décision étrangère pourra être reconnue; la vraisemblance de l'aptitude du jugement étranger à être reconnu suffit et le tribunal suisse doit juger ce point avec prudence, compte tenu du fait que d'éventuels défauts entachant le jugement étranger peuvent être rectifiés dans une procédure d'appel à l'étranger, notamment d'éventuelles erreurs en matière de notification. La doctrine en a également déduit qu'en cas de doute, il faut partir de l'idée que le jugement étranger pourra être reconnu en Suisse, I. SCHWANDER, "Ausländische Rechtshängigkeit nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen", *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht. Festschrift für O. Vogel*, I. SCHWANDER et al. (éds.), Fribourg, Universitätsverlag, 1991, (395), 412.

étrangère à laquelle on confie le soin de trancher le litige, est en mesure de s'acquitter honorablement de cette mission.³²⁰³

Cette réduction de la portée du pronostic de reconnaissance doit être approuvée. Il est en effet pour le moins réducteur de concevoir les limites de la priorité temporelle en se fondant uniquement sur la possibilité d'accorder effet à une future décision du juge premier saisi. L'expression même de 'pronostic de reconnaissance' (*'Anerkennungsprognose'*) laisse entendre que la future décision étrangère devra nécessairement pouvoir s'insérer dans le for second saisi. Il est toutefois des situations dans lesquelles la partie victorieuse n'éprouvera nul besoin d'obtenir la reconnaissance de la décision étrangère dans ce for. Ce sera par exemple le cas lorsque le for étranger prononce une décision accordant à une partie une somme d'argent, que le créancier du jugement pourra trouver dans le for ou dans un for tiers. Dans ce cas, la décision étrangère ne prétendra à aucun effet dans le for de l'abstention, si ce n'est pour témoigner du fait qu'il a été mis fin au litige.

De plus, tout miser sur un examen de l'effet extraterritorial potentiel de la future décision aboutirait à privilégier un seul des deux principes fondateurs de cette étude, à savoir le souci d'éviter la contradiction de jugements, au détriment de l'économie de procédures. Une règle d'abstention subordonnée à un pronostic de reconnaissance pourrait laisser se poursuivre des procédures concurrentes lorsque la situation ne fait apparaître aucun risque de décisions contradictoires, par exemple parce que le for second saisi restera imperméable à la décision étrangère. Ce serait faire peu de cas du principe d'économie de procédures que mettrait à mal la poursuite des procédures concurrentes. M. Fawcett avait déjà aperçu le problème, lorsqu'il observait que faire dépendre la règle de litispendance d'un pronostic de reconnaissance n'est acceptable que si "on conçoit les dangers des procédures concurrentes uniquement en termes de risque de décisions contradictoires".³²⁰⁴

724. Portée véritable du pronostic de reconnaissance (suite) – Le pronostic de reconnaissance doit sans doute être conçu de manière assez large, non pas pour vérifier exclusivement la possibilité d'une exécution de la future décision étrangère, mais de façon plus générale pour garantir que le litige confié au juge étranger est en de bonnes mains.³²⁰⁵

³²⁰³ C'est ce qu'observe M. Nuyts, qui remarque très justement que "le dessaisissement d'un juge normalement compétent en faveur d'un juge étranger est fondé sur une présomption d'équivalence entre la justice étrangère et la justice du for, qui n'est plus rencontrée lorsque la décision étrangère n'est pas susceptible d'être reconnue dans le for" (A. NUYTS, p. 326, n° 353). Dans le même sens H. SCHACK, 1996, 295, n° 754, qui écrit que "Vom Rechtsschutzziel her gleichwertig ist das ausländische dem inländischen Verfahren femer nur dann, wenn da zu erwartende Urteil im Inland anerkennungsfähig ist". On pourrait même dire que le pronostic de reconnaissance n'intervient que comme raccourci pour évaluer la justice étrangère.

³²⁰⁴ J. J. FAWCETT, "General Report", in *Declining Jurisdiction*, 38 : "The recognition prognosis method is only suitable fore dealing with *lis pendens* if the evils of parallel proceedings are seen solely in terms of the risk of irreconcilable judgments".

³²⁰⁵ Une fois le pronostic de reconnaissance ainsi 'reconstruit', il reste à s'interroger sur d'éventuelles difficultés de mise à exécution de la décision étrangère. Celles-ci seront purement résiduelles, puisque les conditions retenues au titre du jugement d'équivalence garantiront que la future décision étrangère pourra s'insérer sans problème dans l'ordre juridique du for de l'abstention. La seule difficulté que cette opération pourrait présenter viendrait de circonstances proprement matérielles de la cause, et en particulier de la localisation du patrimoine du débiteur (probable) du jugement. On ne peut en effet exclure que le for de l'abstention constitue le centre de localisation de ce patrimoine. Un 'transfert' par le biais de la coordination obligerait alors le futur créancier du jugement à revenir une fois celui-ci prononcé, dans le for de l'abstention pour y demander l'exécution, si nécessaire en sollicitant l'exequatur de la décision. Doit-on pour autant paralyser la coordination dans ce cas, et tolérer ainsi la poursuite de deux procédures concurrentes? Entre l'accueil et le rejet pur et simple de la coordination, il existe sans doute une voie médiane. La pratique des tribunaux anglais et américains révèle en effet qu'il est possible d'envisager une coordination *conditionnée*, le for de l'abstention subordonnant le renvoi du litige au respect de certaines conditions. C'est la technique bien connue des 'undertakings', qui permettent de modaliser la décision du juge selon les circonstances particulières de la cause. On pourrait dès lors s'inspirer de la pratique anglaise, qui

Ainsi définie, la condition du pronostic de reconnaissance ne constitue plus la copie pure et simple des exigences posées à la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères. L'emprunt à la théorie des jugements étrangers doit se faire de façon intelligente. Il faudra pour chacune des conditions traditionnelles de cette théorie se demander si elle est pertinente s'agissant d'examiner la revendication à la priorité exprimée par le tribunal premier saisi.

* *
*

permet une décision beaucoup plus fine en subordonnant le sursis à statuer au respect de certaines conditions, qui prennent la forme d'autant d'engagements ('undertakings) du demandeur sur l'exception, v. A. NUYTS, p. 371, n° 345 et p. 375, n° 348. Il serait en effet regrettable que des difficultés prévisibles portant sur l'exécution d'une future décision fassent échouer l'abstention et permettent ainsi le maintien de deux procédures concurrentes.

B. Les éléments du pronostic de reconnaissance

725. Introduction – La section précédente a permis d'expliquer qu'il était sans doute préférable de substituer à un pronostic de reconnaissance compris de manière littérale, une appréciation fondée sur l'idée qu'équivalence entre justice du for et justice étrangère. Il reste à s'interroger sur la traduction concrète de cette exigence d'équivalence, formule noble mais pour le moins vague. On ne peut à notre sens se contenter d'une appréciation globale qui reposerait toute entière sur une analyse d'ensemble de la procédure étrangère en devenir. Ce serait laisser trop de place à la subjectivité de chaque juge et mettre en péril la sécurité juridique.

Pour s'assurer que la justice étrangère est digne de confiance, il semble de bonne politique de s'inspirer des conditions posées à l'efficacité internationale des jugements. On ne saurait sans autre forme de procès faire abstraction de ces conditions, la parenté entre la litispendance et l'exception de chose jugée étant trop forte. La différence entre les deux institutions, qui tient au degré d'effacement du for, plus prononcé dans un cas que dans un autre, obligera cependant à quelques aménagements. Il est exclu de reprendre ces conditions telles qu'on les pense dans la théorie des jugements étrangers.

A la réflexion, deux éléments nous semblent devoir former la base d'une interrogation permettant au for second saisi de laisser partir le litige vers le juge étranger l'esprit tranquille. Il y a d'une part l'examen de la *compétence* du for étranger, élément incontournable de toute ouverture au fait judiciaire étranger.³²⁰⁶ D'autre part, on ne pourra éviter le traditionnel *ordre public*, qui signale les limites de l'ouverture du for de l'abstention. Ces conditions nous paraissent former le socle de base du jugement d'équivalence.³²⁰⁷ Dans le même temps, elles constitueront autant de limites à l'abstention

Avant d'examiner ces conditions qui nous paraissent légitimes, il faut dire un mot d'une autre exigence classique des conflits de juridictions, qui ne nous paraît pas devoir être retenue pour limiter la priorité du juge premier saisi, à savoir la condition de réciprocité.

1. LES CONDITIONS À PROSCRIRE : LA RÉCIPROCITÉ

726. Généralités – Deux modalités de la réciprocité – On a déjà expliqué que le pronostic de reconnaissance ne saurait se comprendre comme la copie pure et simple des conditions posées à l'efficacité internationale des décisions étrangères. On comprendra ainsi facilement qu'il n'est pas de place, dans l'appréciation du juge second saisi, pour une

³²⁰⁶ G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER notent que la condition de la compétence indirecte est présente dans tous les systèmes : "General Report", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 22.

³²⁰⁷ La 'déconstruction' envisagée ici du pronostic de reconnaissance rejoint l'analyse que propose Picone dans le cadre particulier de sa méthode de référence à l'ordre juridique compétent : P. PICONE, "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 1999, t. 276, 268-270. S'interrogeant sur la portée de la condition liée à la reconnaissance de la future décision étrangère, M. Picone suggère que la reconnaissance ne doit pas être "évaluée rigidement sur la base des conditions prévues par les procédures de reconnaissance des jugements étrangers". Il faudrait au contraire porter un "[...] jugement sur l'équivalence du procès étranger avec celui qui est instauré par la suite dans le for [...]" (pp. 268-269, n° 95). Dépassant le cadre de l'abstention, M. Picone suggère de confier au juge le soin de vérifier si les deux ordres juridiques ont in casu adopté la même méthode de coordination, élargissant ainsi le pouvoir de contrôle du juge pour y comprendre une évaluation substantielle qui nous paraît déplacée.

quelconque révision au fond. Il est une autre condition que l'on rencontre parfois comme limite à l'effet des décisions étrangères, à savoir la réciprocité. On se demandera ainsi si l'abstention internationale doit être subordonnée à une exigence de réciprocité. Pour reprendre la définition proposée par M. Lagarde, la réciprocité "désigne le fait pour un Etat de faire dépendre le traitement qu'il donnera aux problèmes de droit international privé qui se posent dans son territoire du traitement donné par les Etat étrangers à des problèmes identiques qui se posent dans leur territoire".³²⁰⁸ Concrètement l'exigence de réciprocité peut prendre deux formes en matière de coordination des procédures concurrentes : un Etat peut tout d'abord décider qu'il n'admettra l'abstention que lorsque celle-ci est prévue par une convention le liant à l'Etat étranger dont les tribunaux sont également saisis. Le mécanisme de la déférence est alors jugé ne pouvoir fonctionner que s'il s'insère dans un accord négocié comprenant des dispositions équilibrées et des concessions mutuelles.

Un Etat peut au contraire accepter l'exception de déférence sans le support d'un accord négocié, tout en exigeant cependant le respect dans chaque cas d'espèce d'une condition de réciprocité. A la différence de l'hypothèse précédente, l'abstention peut alors jouer indifféremment à l'égard de n'importe quel ordre juridique – sans que celui-ci ait au préalable été sélectionné comme étant digne de confiance. La condition de réciprocité vient toutefois limiter drastiquement le saut dans l'inconnu que représente l'application *erga omnes* de l'abstention.

727. Passage d'une réciprocité à une autre - Le droit allemand des conflits de juridiction en matière de collisions maritimes offre une excellente illustration du passage de la première à la seconde forme de réciprocité. Le § 738(a)(1) du Code de commerce allemand (HGB) prévoit une exception de litispendance particulière pour les procédures portant sur la réparation des dommages causés par la collision de navires. Cette disposition a pour effet d'intégrer au droit allemand les règles de la Convention de Bruxelles du 10 mai 1952 pour l'unification de certaines règles relatives à la compétence civile en matière d'abordage.

L'exception de litispendance que prévoit cette convention (article 1(3)) n'est pas subordonnée à une exigence de réciprocité. Celle-ci serait superflue puisque par hypothèse la disposition n'est appelée à jouer que dans les relations entre Etats contractants. Si le législateur allemand a conclu à la nécessité de soumettre le § 738 (a) à une exigence de réciprocité, c'est que la transposition de la disposition conventionnelle en droit commun lui conférerait un caractère universel.³²⁰⁹ L'exigence de réciprocité vient donc en limiter la portée.³²¹⁰

³²⁰⁸ P. LAGARDE, "La réciprocité en droit international privé", *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, (103-214), 111.

³²⁰⁹ Selon cette disposition, le tribunal allemand s'effacera devant la saisine antérieure d'un tribunal étranger en cas de demande de compensation du dommage résultant de la collision de navires "wenn das Gericht des Staates, vor dem die Klage auf Schadenersatz anhängig ist, in Falle einer vor einem deutschen Gericht anhängigen Klage die Wirkungen der Rechtshängigkeit anerkennen würde", sur cette disposition v. J. BASEDOW, *VersR.*, 1978, 496 e.s. ainsi que R. GEIMER et R. SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*, I/1, Beck, München, 1983, 643-644.

³²¹⁰ Le § 738(2) contient également une condition de réciprocité, qui vise à conférer aux tribunaux allemands une compétence au moins aussi étendue que celle que revendique les tribunaux du pays du défendeur, v. R. GEIMER et R. SCHÜTZE, *ac.*, I/1, Beck, München, 1983, 643-644 et en général H.-J. PUTTFARKEN, *Seehandelsrecht*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1997, 307-308 et R. HERBER, *Seehandelsrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1999, 386-387.

En Belgique, c'est par le biais de l'article 637 du Code Judiciaire qu'a été donné suite à la Convention de Bruxelles. V. R. VANDER ELST et M. WESER, *Droit international privé belge et droit conventionnel international. II. Conflits de juridictions*, par M. WESER et P. JENARD, Bruxelles, Bruylant, 1985, 451-452. Le législateur belge n'a transposé que les règles de compétence en ignorant la règle de litispendance.

728. Une condition peu répandue - Le droit comparé révèle que l'exigence de réciprocité fait figure d'exception en matière de coordination des procédures concurrentes. Cette condition est par exemple absente du droit commun allemand,³²¹¹ - ce qui peut surprendre lorsque l'on sait que ce droit fait de la réciprocité une condition de la reconnaissance des jugements étrangers et que la litispendance y est vue comme le prélude à l'effet accordé à ces jugements.³²¹² Si l'idée de réciprocité n'a pas sa place dans le droit commun allemand de la litispendance,³²¹³ ce droit connaît une forme *indirecte* de réciprocité, qui ne porte pas directement sur la question de l'abstention, mais bien sur celle de la reconnaissance éventuelle de la future décision étrangère. L'exception de litispendance internationale ne peut en effet être accueillie qu'à la condition que la future décision étrangère puisse sortir ses effets en Allemagne (*infra*, n° 706). Or le § 328(1) du Code de procédure civile prévoit une condition de réciprocité pour la reconnaissance des décisions étrangères. La réciprocité n'affecte donc pas directement l'exception de litispendance, mais bien la condition du pronostic de reconnaissance.³²¹⁴

A notre connaissance, seul le droit yougoslave prévoit une limitation de l'abstention au moyen d'une condition de réciprocité : selon l'article 80 de la loi du 15 juillet 1982 sur les solutions des conflits de lois, les tribunaux yougoslaves ne peuvent en effet "interrompre" une procédure dont ils sont saisis en raison de la saisine antérieure d'un tribunal étranger "s'il existe la réciprocité".³²¹⁵ Cette condition a été reprise dans la récente loi slovène codifiant le droit international privé.³²¹⁶ L'article 88 de la loi prévoit

³²¹¹ Constatation faite par H. SCHACK, 1996, 296, n° 755 ; R. GEIMER, 1997, 679, n° 2706 ainsi que W. HAU, 154. Pour l'absence de condition de réciprocité en droit suisse, v. O. VOGEL, "Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhältnis", *Reu Suisse jurispr.*, 1990, (77), 81 ("Unbeachtlich ist [...] ob das ausländische Recht seinerseits die Rechtshängigkeit in einem - von dort aus gesehen - ausländischen Staat (also z.B. in der Schweiz) berücksichtigt").

³²¹² M. Kerameus s'étonne également de cette dichotomie, K. D. KERAMEUS, "Rechtsvergleichende Bemerkungen zur internationalen Rechtshängigkeit", in *Festschrift für Karl Heinz Schaub zum 70. Geburtstag*, P. GOTTWALD et H. PRÜTTING (éds.), München, Beck, 1990, (257), 267.

On connaît l'importance que revêt la condition de réciprocité en droit international privé allemand. Le législateur allemand en a fait une condition de l'efficacité des jugements étrangers (§ 328 (1)(5) ZPO), même si la jurisprudence s'est efforcée d'assouplir cette condition, en se contentant d'exiger que l'exécution d'un jugement allemand dans le for étranger ne se heurte pas à des difficultés plus importantes que la reconnaissance en Allemagne du jugement étranger, v. D. MARTINY, "Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomem Recht", in *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, III/1, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1984, 537-542. La réciprocité affecte également le mécanisme de la *cautio indicatum solvi* (§ 110, no 1 ZPO, v. H. SCHACK, 1996, 221-222, n° 565-566). C'est ce qui a permis à M. Schack de conclure que la réciprocité constituait un des principes fondamentaux du droit judiciaire international allemand (H. SCHACK, 1996, 14, n° 38. V. également R. GEIMER, 1997, 12, n° 35).

³²¹³ Sauf en ce qui concerne les procédures résultant d'un abordage de navires, qui tombent sous le coup du § 738 (a)(1) du HGB.

³²¹⁴ En ce sens, H. SCHACK, 1996, 296, n° 755. K. KERAMEUS, *loc. cit.*, in *Festschrift K. H. Schaub...*, 1990, 68, parle à cet égard de "mittelbare Relevanz" de la réciprocité pour l'exception de litispendance. Cette condition, pour être indirecte, n'en limite pas moins l'application de la litispendance, v. LG Hamburg, *IPRspr.*, 1976, n° 160 (réciprocité avec la Floride) et BGH, *IPRax*, 2001, 457 (avec la Colombie britannique).

³²¹⁵ Article 80, traduction parue à la *R.C.D.I.P.*, 1983, 353. Cette disposition est apparemment toujours en vigueur pour les entités qui constituent la République de Yougoslavie. V. la décision de la Cour Suprême de Serbie, commentée par A. JAKSIC, "Die Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit in Ehesachen", *IPRax*, 2001, 156-158 - en l'espèce les tribunaux yougoslaves ont refusé de faire droit à une exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure luxembourgeoise de divorce intentée antérieurement, en raison du caractère exclusif de la compétence des tribunaux yougoslaves pour statuer sur le divorce de deux nationaux.

³²¹⁶ Loi sur le droit international privé et la procédure du 30 juin 1999 parue au journal officiel slovène n° 56 du 13 juillet 1999, parue en traduction anglaise à la *R.D.I.P.P.*, 2000, 829 e.s., avec un commentaire de G. CONETTI, "La legge sul diritto internazionale privato della repubblica di Slovenia", *R.D.I.P.P.*, 2000, 569-578.

que le tribunal slovène se dessaisit en faveur du tribunal étranger saisi antérieurement "[...] (3) si la réciprocité existe entre les deux pays".³²¹⁷

729. Interrogation sur la légitimité de la réciprocité - En dehors de cette consécration expresse, il ne semble pas que le déclinatoire de litispendance ou l'exception de for inapproprié ait été subordonné à une exigence de réciprocité. On peut toutefois se demander quelle serait la réaction d'un tribunal français ou suisse si le demandeur qui les a saisi s'opposait à l'exception de litispendance invoquée par son adversaire en démontrant qu'en aucun cas, le tribunal étranger premier saisi ne rendrait la politesse en accueillant une exception de litispendance lorsque le for est premier saisi. Il n'est pas exclu que le tribunal français tienne compte de cette considération dans son appréciation globale de l'exception.

Si la jurisprudence ne révèle pas d'instance dans laquelle la réciprocité a joué de cette manière, il demeure utile de s'interroger sur la pertinence de cette considération, dans ses deux manifestations.³²¹⁸ Nous commencerons par ce que M. Lagarde appelle la réciprocité "négociée", c'est-à-dire celle qui se traduit par un accord entre les Etats concernés.³²¹⁹

(a) Abstention internationale et réciprocité négociée

730. Le lien entre la déférence et le droit conventionnel - L'idée de réciprocité peut tout d'abord conduire un Etat à ne concevoir l'abstention que dans un cadre conventionnel. La réciprocité prend alors une dimension particulière ; il ne sera pas besoin de vérifier au cas par cas que la condition de réciprocité est remplie. L'existence d'un cadre commun posant le principe et les modalités de l'abstention suffit en elle-même pour démontrer la réciprocité. On peut en effet présumer que les Etats donneront suite à l'exception d'abstention à chaque fois que les conditions sur lesquelles ils se sont accordés sont remplies.³²²⁰

³²¹⁷ "A court in the Republic of Slovenia shall at the request of a party, suspend the procedure if another procedure on the same matter has been initiated before a foreign court, between the same parties :

(1) If the charge in the suit conducted abroad was filed before the charge in the suit in the Republic of Slovenia was made ; or if a non-contentious procedure abroad started earlier than in the Republic of Slovenia ; (2) if it is probable that the foreign decision can be recognised in the Republic of Slovenia ; (3) if mutuality exists between the two countries".

³²¹⁸ L'idée de réciprocité peut également jouer un rôle *positif*, non pas en limitant le recours par les tribunaux du for à l'abstention en fonction de l'attitude du tribunal étranger, mais bien lorsqu'elle impose au for d'accorder autant d'effet à la procédure étrangère qu'il n'en demande du juge étranger à l'égard de sa propre procédure. Cette idée a été développée par M. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S. L.*, 1970, (59), 83-84 ("foreign lis pendens should be recognized to the same extent as the forum demands respect for its own lis pendens abroad"). Elle permet de condamner l'Etat qui érige en motif de refus de reconnaissance des décisions étrangères la violation de la saisine antérieure de ses tribunaux, tout en refusant de s'effacer devant la saisine antérieure des mêmes tribunaux étrangers.

³²¹⁹ P. LAGARDE, *l.c.*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 176, n° 85.

³²²⁰ On peut se demander quelle serait la réaction des tribunaux belges par exemple si les tribunaux d'un autre Etat membre passaient systématiquement outre la litispendance prévue par l'article 21 de la Convention de Bruxelles, alors que les tribunaux belges ont été saisis les premiers... La seule expérience que nous livre la pratique de la Convention de Bruxelles est celle des accrochages entre tribunaux grecs et anglais à propos de l'affaire *Continental Bank*. On voit que les tribunaux grecs ont du subir les foudres des injonctions anglaises, alors qu'il aurait sans doute suffi d'interroger la Cour de Justice...

V. également P. LAGARDE, "La condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux : son appréciation par le juge interne", *R.C.D.I.P.*, 1975, 25-44, sur la question de savoir si un juge peut refuser d'appliquer une convention internationale en invoquant le défaut d'application par les autorités d'un autre pays contractant.

L'histoire des conflits de juridictions révèle la précocité et la solidité du lien entre l'existence d'un cadre conventionnel, garant de la réciprocité et l'accueil de l'exception de déférence. Pour s'en tenir à l'exception de litispendance, on constate en effet que le droit conventionnel a constitué, dans de nombreuses juridictions, le premier véhicule qui a permis l'adoption de cette exception. Après avoir montré que l'histoire illustre l'affinité entre litispendance et droit conventionnel (i), on s'interrogera sur les limites de cette voie (ii).

(i) Litispendance et droit conventionnel : un lien éprouvé par l'histoire

731. **Introduction** - La litispendance n'a pas toujours été bien accueillie en droit conventionnel. Les conventions les plus anciennes, à commencer par le Traité d'Arau du 1er juin 1658 qui liait la France aux treize cantons suisses et à leurs alliés, se contentaient le plus souvent de faciliter l'exécution réciproque des jugements des souverains signataires. Quelques unes comprenaient également des règles de compétence internationale directe communes aux deux pays.³²²¹ Il ne semble pas cependant qu'elles aient prévu un mécanisme de litispendance. Ni le traité franco-italien du 24 mars 1760, ni le traité franco-badois du 16 avril 1846 ni enfin la convention franco-suisse du 15 juin 1869,³²²² ne prévoyaient de règle spécifique visant les conflits de procédure.³²²³

732. **Une première illustration du lien, la Convention franco-belge de 1899** - Il a fallu attendre 1899 et l'union de la France et de la Belgique par un traité toujours en vigueur, pour que la litispendance fasse son apparition en droit conventionnel. A notre connaissance, cette convention fut la première à prévoir expressément une règle de litispendance. L'article 4, § 1 de la Convention franco-belge constitue une innovation d'autant plus remarquable qu'à l'époque la jurisprudence des deux pays concernés se montrait pour le moins réticente à toute expression de déférence à l'égard de la saisine du juge étranger (*supra*, n° 374).³²²⁴

³²²¹ Par exemple la convention conclue le 15 juin 1869 entre la France et la Confédération suisse sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile, dont M. Pillet donnait une analyse détaillée et critique : A. PILLET, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Paris, Sirey, 1913, 69-245. Sur cette convention, *cons.* également CH. A. BROCHER, *Commentaire pratique et théorique du traité franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements*, Genève, 1879. V. plus récemment l'étude de G. A. L. DROZ, "Le traité franco-suisse de 1869 à la lumière de la Convention de Lugano", in *Conflits et harmonisation - Kollision und Verebeintlichung - Conflict and Harmonization. Mélanges en l'honneur de A. E. von Oerbeck*, P. VOLKEN et W. A. STOFFEL (éd.), Fribourg, Ed. Universitaires, 1990, 379-404. Les conventions antérieures entre la France et la Suisse, en particulier la convention du 16 juillet 1828 contient une foule de dispositions, dont certaines portant sur la compétence directe. Elle ne prévoit toutefois pas d'exception de litispendance. Sur les conventions antérieures entre ces deux pays, v. A. PILLET, *op. cit.*, Paris, Sirey, 1913, 71-73.

³²²² Convention citée à la note précédente. G. FLATTET ("Convention franco-suisse du 15 juin 1869", *Juris-Classeur de Droit International*, Fasc. 590B) cite toutefois certaines décisions françaises et suisses qui ont accepté un déclinatoire de litispendance lorsque cette convention s'appliquait : Besançon, 1 mars 1905, *J.D.I.*, 1905, 655; C. Justice Civile Genève, 14 février 1930, *J.D.I.*, 1931, 522, citées à la p. 12, n° 103.

³²²³ Sur ces traités, v. l'étude déjà citée de A. PILLET (Paris, Sirey, 1913). *Cons.* en outre le traité entre la France et l'Espagne du 7 janvier 1862; le traité entre la France et l'Autriche du 11 décembre 1866 et le traité entre la France et la Russie du 1 avril 1874, qui étaient également dépourvus de règle de litispendance.

³²²⁴ M. Pillet y voyait d'ailleurs une "disposition tout à fait exceptionnelle", parce que "d'après le droit commun international, le principe admis est absolument contraire à celui que nous rencontrons dans notre traité" (A. PILLET, *op. cit.*, Paris, Sirey, 1913, 279).

Cette disposition, qui est toujours en vigueur aujourd'hui,³²²⁵ ne se contente pas d'obliger le juge second saisi à s'abstenir. Elle semble organiser un véritable 'renvoi' de la cause au tribunal concurrent. Au demeurant elle brille par son imprécision, puisqu'elle ne contient aucune indication sur l'identité requise entre les deux litiges. La jurisprudence ne se priva pas par la suite d'apporter quelques précisions sur la portée et le fonctionnement de la règle, en la subordonnant notamment à la condition classique d'identité de cause, d'objet et de parties entre les litiges.³²²⁶ Les tribunaux se sont également permis de vérifier la compétence du tribunal concurrentement saisi³²²⁷ ainsi que d'exiger que soient remplies les conditions nécessaires à la reconnaissance dans le for de la future décision étrangère.³²²⁸

733. Une convention qui fit école - Cette première exception de litispendance fut donc vite enfermée dans des limites relativement étroites par des tribunaux dont on se doute qu'ils n'étaient pas enthousiastes face à cette innovation. La Convention n'en existait pas moins et l'exception de litispendance qu'elle consacrait était un fait. L'exemple fut rapidement suivi dans d'autres conventions bilatérales, à commencer par la convention belgo-néerlandaise du 28 mars 1925, dont l'article 6-1 reproduit (presque) entièrement les termes utilisés en 1899.³²²⁹ Le succès de la formule ne fut cependant pas complet. Certaines conventions de l'entre-deux guerres ne se sont guère intéressées aux conflits de procédures. C'était par exemple le cas des conventions bilatérales conclues par le Royaume-Uni dans les années 1930, dont aucune ne prévoyait d'exception de litispendance.³²³⁰ La litispendance brillait également par son absence dans d'autres conventions bilatérales.³²³¹ A la même époque, les négociateurs de la convention

³²²⁵ V. l'aperçu des difficultés que pose aujourd'hui encore aux tribunaux le principe d'assimilation prévu par l'article 1, § 1er de la Convention, MM. FALLON, BORN, VAN BOXSTAEEL, 2001, 504-509. Sur l'exception de litispendance prévue par la convention, cons. des mêmes, pp. 509-510; N. WATTE, "Convention franco-belge du 8 juillet 1899", *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 591 et M. WESER, *Etude critique du Traité franco-belge du 8 juillet 1899*, Paris-Bruxelles, Sirey/Larcier, 1950, 160-179 ainsi que les applications suivantes : Comm. Bruxelles, 12 avril 1935, *J. Comm. Brux.*, 1936, 117; Comm. Bruxelles, 5 avril 1924, *J. Comm. Brux.*, 1924, 219; Paris, 8 juillet 1944, *S.*, 1945, II, 32.

³²²⁶ Jurisprudence citée par N. WATTE, *l.c.*, *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 591, 27, n° 149-154.

³²²⁷ Par ex. Cass. fr., 9 déc. 1964, *J.D.I.*, 1965, 418; *R.C.D.I.P.*, 1966, 72, note M. WESER et la jurisprudence citée par N. WATTE, *l.c.*, *Juris-Classeur. Droit International*, Fasc. 591, 28, n° 151.

³²²⁸ N. WATTE, *l.c.*, *Juris-Classeur. Droit International*, Fasc. 591, 27, n° 148; M. EKELMANS, *l.c.*, *R.D.C.B.*, 1993, 1097, n° 23; M. WESER et P. JENARD, *Droit international privé*, II, Bruxelles, Bruylant, 1985, 349; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 1993, 195, n° 812 (considèrent cette condition comme "implicite" pour la convention franco-belge). P. DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, I, Bruxelles, Bruylant, 1900, 5ème étude, n° 20.

³²²⁹ Article 6-1° de la Convention belgo-néerlandaise du 28 mars 1925 (également toujours en vigueur, v. les applications récentes, par ex. Hof 's-Gravenhage, 12 oct. 1988, *N.I.P.R.*, 1989, n° 114; H.R., 28 mars 1980, *N.J.*, 1981, n° 130). L'article 6-1 ne contient pas plus que la disposition équivalente de la convention franco-belge précitée, de précisions sur la portée du mécanisme mis en place. Sur cette convention, v. J. H. P. BELLEFROID, *Toelichting van het Nederlandsch-Belgisch Verdrag van 28 maart 1925...*, Nijmegen, Dekker & Van de Vegt, 1931, 165 p.

³²³⁰ Sur cette convention, W. VAN HILLE, "Commentaire de la convention anglo-belge du 2 mai 1934 sur l'exécution réciproque des jugements", *Belgique judiciaire*, 1934, 66 e.s. La Convention est toujours en vigueur aujourd'hui, v. MM. FALLON, BORN, VAN BOXSTAEEL, 2001, 516-517.

³²³¹ V. la convention belgo-anglaise du 2 mai 1934, la Convention anglo-néerlandaise du 31 mai 1932 et la convention franco-britannique du 18 janvier 1934 (v. K. LIPSTEIN et H. GAUDEMET-TALLON, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 593). Ceci s'explique dans doute dans la mesure où ces conventions ont été conclues uniquement pour satisfaire à l'exigence de réciprocité que posait la loi anglaise du 13 avril 1933 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers - exigence de réciprocité qui ne pouvait être remplie qu'à la condition que la législation étrangère assure la réciprocité (réciprocité légale) (sur cette origine particulière, v. J. PERROUD, "La convention franco-britannique sur l'effet extra-territorial des jugements", *Revue critique de droit international*, 1936, (334-343), spéc. 333-335). On comprend que les conventions aient dès lors été rédigées sur base de cette législation particulière dont elles reprennent nombres d'éléments, en s'éloignant du modèle classique des conventions doubles de l'époque. On notera en outre qu'il s'agissait à chaque fois de conventions 'simples', sans règles de compétence.

scandinave sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières privées ne jugèrent pas non plus nécessaire de prévoir une règle de litispendance.³²³² Plus surprenante est l'absence de mécanisme de litispendance dans le traité de droit civil international conclu à Montevideo entre les Etats d'Amérique latine. Ce traité prévoyait en effet des règles de compétence directes communes aux Etats.³²³³

D'autres conventions s'inspirèrent toutefois de l'exemple franco-belge; l'innovation n'était pas réservée aux conventions 'doubles', elle fit également son apparition dans des traités 'simples' comme par exemple la Convention conclue entre l'Allemagne et l'Italie le 9 mars 1936.³²³⁴ Certains traités conclus par la Suisse firent également bon accueil à l'exception de litispendance,³²³⁵ tout comme les conventions conclues par l'Italie.³²³⁶

734. Le droit conventionnel, propice à la confiance mutuelle - L'exception de litispendance avait ainsi solidement pris pied dans le droit conventionnel. On ne doit pas s'étonner qu'elle ait trouvé là un terrain d'élection. Lorsque deux Etats s'engagent à reconnaître les décisions de leurs tribunaux, l'obligation ainsi souscrite contribue à renforcer la confiance mutuelle entre les juridictions. La "communauté de droit"³²³⁷ qui se crée de la sorte entre Etat contractants facilite l'avancement de la coordination par le biais de la litispendance. Comme le notait M. Arminjon, en souscrivant à une convention d'exécution, "les parties ont reconnu que les lois et les institutions judiciaires de leurs cocontractants offraient des garanties suffisantes aux justiciables. Il n'y a donc pas d'inconvénient mais seulement des avantages à ce qu'un tribunal national se dessaisisse des instances déjà introduites devant les juges de l'un des Etats liés par ces dispositions avec celui au nom duquel ils rendent justice".³²³⁸

Le climat de confiance mutuelle se doublait d'une garantie de réciprocité : la litispendance acceptée mutuellement jouera dans les deux sens, ce qui peut apaiser certaines craintes.³²³⁹ En outre, il est un impératif plus technique qui explique la reconnaissance précoce de la litispendance internationale dans le droit conventionnel. Les conventions d'exécution visant avant tout à assurer la libre circulation de décisions judiciaires entre Etats contractants, il importe en effet d'éviter que cette circulation ne soit troublée par

Ne contiennent pas non plus d'exception de litispendance les conventions suivantes : convention entre la Suisse et la Tchécoslovaquie du 12 décembre 1926, sur cette convention M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 50-51; convention germano-suisse du 2 novembre 1929 (M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 49-50); convention entre la Suisse et l'Espagne du 19 octobre 1896 (M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 50).

³²³² Sur cette convention, v. A. PHILIP, "The Scandinavian Conventions on Private International Law", *Recueil des cours*, 1959-I, t. 96, (245), 326-336.

³²³³ G. A. L. DROZ, *ac*, *Recueil des cours*, 1991-IV, t. 229, 69-70.

³²³⁴ Article 11 de la convention, v. p.ex. BGH, *FamRZ*, 1983, 366.

³²³⁵ Article 7 de la Convention du 15 janvier 1936 entre la Suisse et la Suède, v. L. PALSSON, *lc*, *Scand. L. Studies*, 1970, (59), 78-79; article 8 de la Convention du 3 janvier 1933 entre la Suisse et l'Italie, v. F. POCAR, "La Convention italo-suisse du 3 janvier 1933 dans la perspective de la coopération judiciaire européenne", in *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. Overbeck*, Fribourg, Ed. Universitaire, 1990, 405-420 et TF, ATF 118 II (180), 183.

³²³⁶ A côté de la convention avec la Suisse, déjà citée, v. également l'article 19 de la Convention italo-française du 3 juin 1930 (sur cette disposition, J.-J. HANINE, "Convention franco-italienne du 3 juin 1930", *Juris-Classeur. Droit International*, Fasc. 592, 1988); article 9 de la convention entre l'Italie et les Pays-Bas du 7 mars 1935 (toujours en vigueur, v. les applications récentes, Rb. Maastricht, 11 avril 1996, *N.I.P.R.*, 1996, n° 225; Hof 's Hertogenboch, 15 janvier 1997, *N.I.P.R.*, 1997, 191).

³²³⁷ Expression qu'utilisait P. ARMINJON à propos des Etats qui choisissent de s'unir par une convention, *Précis de droit international privé*, III, 2ème éd. par A. SCHLOEPFER, Dalloz, Paris, 1952, 254, n° 256.

³²³⁸ P. ARMINJON, *ac*, Dalloz, Paris, 1952, 253, n° 254.

³²³⁹ D'autant plus lorsque le mécanisme de déférence est fondé sur un critère en apparence neutre comme la chronologie procédurale, critère qui ne peut que difficilement avantager le for.

l'apparition de décisions contradictoires. C'est justement ce que permet l'exception de litispendance internationale, dont l'effet principal est d'anticiper sur une éventuelle exception de chose jugée.

La reconnaissance de la litispendance participait donc du souhait des Etats signataires de garantir l'efficacité internationale de leurs décisions.³²⁴⁰ Ceci explique en outre pourquoi l'exception de litispendance ainsi reconnue était généralement soumise à la condition que le futur jugement étranger puisse sortir ses effets dans le for. Si tel n'était pas le cas, le danger d'une collision de décisions serait en effet écarté. A ces motifs s'ajoutaient, pour expliquer la présence de la litispendance dans les conventions doubles, la circonstance que les règles de compétence communes laissaient un certain choix aux plaideurs, qui pouvaient tenter leur chance auprès de plusieurs juridictions.³²⁴¹ On comprend dès lors que les conventions belgo-française et belgo-néerlandaise aient pris fermement position en faveur de la litispendance. A la même époque le Code dit de *Bustamante* se prononça également en faveur de l'exception.³²⁴²

735. La litispendance, clause de style du droit conventionnel - Après la seconde guerre mondiale, l'exception de litispendance devint une clause de style en droit conventionnel. On retrouvera ainsi le mécanisme de la litispendance dans les conventions (simples) liant la Belgique,³²⁴³ l'Italie,³²⁴⁴ certaines conventions conclues par la France,³²⁴⁵ les conventions conclues par l'Autriche³²⁴⁶ ainsi que l'Allemagne.³²⁴⁷ Le succès de la

³²⁴⁰ En ce sens J.-P. VERHEUL et M. W. C. FETERIS, *Rechtsmacht in het Nederlandse internationaal privaatrecht*, II, *Overige verdragen en het commune ipr*, Maklu, Anvers, 251, n° 42.1; N. TROCHER, "Italy", *Determining Jurisdiction*, 288; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 1993, 195, n° 812.

³²⁴¹ P. ARMINJON (ac, Dalloz, Paris, 1952, 253, n° 254) : expliquait par exemple que "Quand des Etats se lient par une convention qui établit entre eux des règles de compétence commune et confère sur les territoires des parties contractantes aux décisions de justice de leurs tribunaux respectifs, autorité de chose jugée et force exécutoire sans exequatur [...] la litispendance est la conséquence logique de cette attribution réciproque de juridiction. Et comme cette sorte de communauté juridictionnelle facilite grandement les conflits qui naissent de la contrariété de jugements, la litispendance permet de prévenir de telles difficultés". Dans le même sens, A. PILLET, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire*, Paris, Sirey, 1913, 280 ("Les traités que l'on fait sur la compétence aboutissent fatalement à donner certains effets internationaux à l'exception de litispendance; au moins en est-il nécessairement ainsi dans tous les cas où ces traités consacrent des compétences concurrentes").

³²⁴² Art. 394 du Code dit de Bustamante, Union panaméricaine conclue à La Havane le 20 février 1928, disposition déjà citée, n° 397. Sur une première épreuve du projet, A. AUDINET, "Un projet de code de droit international privé", *Revue de droit international privé*, 1927, 1-17.

³²⁴³ Article 14 de la Convention belgo-italienne du 6 avril 1962 (P. ex. Civ. Liège, 3 oct. 1985, *J.L.*, 1986, 134; *R.T.D.F.*, 1988, 123, note M. FALLON); article 10, al. 1 de la convention belgo-suisse du 29 avril 1959 (sur cette disposition, M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 48-49) (P.ex. Civ. Liège, 29 oct. 1982, *J.L.*, 1983, 81); article 15(1) de la Convention belgo-allemande du 30 juin 1958 (P. ex. Bruxelles, 1 juin 1981, *Pas.*, 1982, II, 18; *R.T.D.F.*, 1982, 442, obs. A. KOHL; Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, 806; *Arr. Cass.*, 1972, 824; *R.C.J.B.*, 1973, 233, note F. RIGAUX).

³²⁴⁴ Convention belgo-italienne déjà citée; article 12 de la convention italo-autrichienne du 16 novembre 1971; article 11 de la Convention italo-allemande de 1936.

³²⁴⁵ Article 14 de la convention franco-autrichienne du 15 juillet 1966, (sur cette disposition, F. MATSCHER, "Convention franco-autrichienne du 15 juillet 1966 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements", *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 610B); article 10 de la convention franco-espagnole du 28 mai 1969.

³²⁴⁶ P. ex. convention franco-autrichienne déjà citée; Article 14 de la convention entre le Luxembourg et l'Autriche du 29 juillet 1971; article 17 de la convention entre l'Allemagne et l'Autriche du 6 juin 1959; article 8 de la convention du 16 décembre 1960 entre l'Autriche et la Suisse (sur cette disposition M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 46-47); article 18 de la convention entre l'Autriche et l'Espagne du 17 février 1984; article 9 de la convention du 25 avril 1968 entre la Suisse et l'Autriche (M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 47).

³²⁴⁷ On mentionnera, outre les conventions belgo-allemande du 30 juin 1958, austro-allemande du 6 juin 1959 et italo-allemande déjà citées l'article 18 I de la Convention du 30 août 1962 entre l'Allemagne et les Pays-Bas; l'article 18 de la Convention du 4 novembre 1961 entre l'Allemagne et la Grèce; l'article 21 I de la Convention entre l'Allemagne et la Norvège du 10 juin 1981; l'article 21 I de la Convention du 18 novembre 1983 entre l'Allemagne et l'Espagne; l'article 44 I de la Convention entre la Tunisie et l'Allemagne du 19 juillet 1966; l'article 22 de la Convention entre l'Allemagne et Israël du 13 août 1980.

litispendance n'est certes pas universel, certaines conventions y restant réticentes,³²⁴⁸ notamment celles conclues avec les pays nouvellement décolonisés.³²⁴⁹ Certes également, comme le faisait remarquer M. Droz, certaines conventions n'accueillent l'exception que de manière limitée, par exemple en subordonnant son application à une condition d'identité des litiges définie de façon stricte.³²⁵⁰ Il reste que les faits sont là : l'exception de litispendance est en passe de devenir une clause de style dans le droit conventionnel. Deux importantes conventions multilatérales vont confirmer cette évolution.

736. Les conventions multilatérales - Les années 1960 ont été décisives pour le développement de la coopération judiciaire internationale. Des négociations menées parallèlement pendant cette décennie, à Bruxelles et à La Haye, ont donné le jour à deux instruments inaugurant une ère nouvelle dans les relations privées internationales. On ne présente plus ni la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, ni la Convention de La Haye du 1 février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale. Les aléas de l'histoire ont fait que la première, une convention double très ambitieuse, a connu un succès considérable,³²⁵¹ alors que le texte plus modeste de La Haye, une convention simple qui ne s'éloignait que peu du modèle classique et n'engageait les Etats contractants qu'à des obligations limitées, est rapidement tombée dans l'oubli, faute de ratifications.³²⁵²

Les fortunes différentes qu'ont connues ces deux textes ne doivent pas faire oublier l'objectif commun de leurs rédacteurs, à savoir la simplification et la libéralisation du régime des jugements étrangers. Pour atteindre ce but, les Etats contractants ont jugé nécessaire d'adjoindre aux deux conventions une règle de litispendance, apportant une nouvelle reconnaissance ainsi qu'une importante légitimité au mécanisme. Voilà en effet pour la première fois l'exception de litispendance consacrée comme solution de principe des conflits de procédure par deux textes majeurs dont l'envergure dépasse les simples relations bilatérales entre deux pays.³²⁵³

Si des pays comme la Belgique et les Pays-Bas, dont le droit commun se montrait à l'époque encore très réticent face à l'exception de litispendance, en ont accepté le principe dans ces deux conventions, c'est que l'existence même du cadre conventionnel,

³²⁴⁸ A titre d'exemple la convention belgo-autrichienne du 29 juin 1956 (convention simple); la convention gréco-allemande du 4 novembre 1961 (v. P. KARGADIS et E. MOUSTAIRA, "Greece", in *Dedining Jurisdiction*, 253-253); la convention belgo-allemande du 14 juillet 1960 et la convention franco-polonaise du 5 avril 1967.

³²⁴⁹ On peut par exemple évoquer la convention franco-tunisienne du 28 juin 1972 (convention simple, v. M. EL ARBI HACHEM, "La convention franco-tunisienne du 28 juin 1972", *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 594, p. 11, n° 73); la convention franco-malgache du 4 juin 1973 (convention simple, pas d'exception de litispendance, v. A. RAHARINARIVONIRINA, *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 598, 1987).

³²⁵⁰ M. DROZ (192, n° 299) cite par exemple la convention franco-espagnole du 28 mars 1969, qui exige que la "même demande" soit pendante entre parties.

³²⁵¹ Elargie successivement aux nouveaux Etats membres lors de leur accession à ce qui est aujourd'hui l'Union européenne, la Convention de Bruxelles est aujourd'hui en vigueur entre les 15 Etats membres. En outre, une convention parallèle a été signée à Lugano en 1988 entre les Etats de l'Union européenne et ceux de l'AELE dont la Suisse. On rappellera que depuis le 1er mars 2002, le Règlement 44/2001 remplace au sein de l'Union européenne, la Convention de Bruxelles - sauf pour les relations avec le Danemark.

³²⁵² Cette convention n'a été ratifiée que par les Pays-Bas, Chypre et le Portugal. Sur cette convention, v. l'étude d'ensemble de A. T. VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *Recueil des Cours*, 1980-II, t. 167, 9-112.

³²⁵³ V. déjà toutefois, pour un secteur plus limité, l'article 31, al. 2 de la Convention CMR du 19 mai 1956 relative aux contrats de transport international de marchandises par route ainsi que l'article 1-3 de la Convention de Bruxelles du 10 mai 1952 sur la compétence en matière de collision de navires.

avec ce qu'il suppose de confiance entre Etats contractants et de reconnaissance quasi-automatique, facilitait d'autant ce geste de coordination.

On retiendra également qu'une différence importante séparait les deux règles : alors que le dessaisissement est rendu obligatoire dans la Convention européenne, l'article 20 de la Convention de La Haye n'en fait qu'une simple *faculté* pour le juge second saisi. La différence est de taille. Le caractère facultatif de la litispendance dans la convention 'mondiale' s'explique précisément par l'ambition du texte, dont l'application n'est pas limitée à un espace régional limité, composé d'Etats aux traditions juridiques fort proches.

737. Conventions multilatérales ultérieures - D'autres conventions multilatérales ont suivi la voie tracée par les instruments de Bruxelles et de La Haye. La plupart de ces conventions ne concernent toutefois que des matières particulières.³²⁵⁴ Il en va de même des conventions de La Haye qui établissent également un mécanisme de priorité au profit du juge premier saisi.³²⁵⁵ Au total la litispendance internationale est bel et bien devenue une disposition incontournable du droit conventionnel. Cette consécration n'a pas manqué d'exercer une certaine influence sur le droit commun des Etats.

(ii) Les limites du lien entre litispendance et droit conventionnel

738. Légitimité du lien entre déférence internationale et réciprocité conventionnelle - Aujourd'hui encore, certaines juridictions lient déférence internationale et réciprocité conventionnelle. C'est le cas des tribunaux belges, insensibles aux procédures concurrentes en dehors d'une convention. Cette attitude continue à limiter fortement la coordination des procédures concurrentes engagées dans les pays scandinaves, qui n'accordent crédit à la litispendance que lorsque celle-ci s'inscrit dans une convention bi- ou multilatérale (*supra*, n° 401).

On ne peut nier l'énorme avantage que représente la réciprocité 'négociée' pour le mécanisme de l'abstention. Lorsque l'exigence de réciprocité aboutit à confiner l'abstention à un mécanisme conventionnel, on évite - outre les nombreuses difficultés d'application d'une condition de réciprocité imposée unilatéralement, cf. *infra* - les impasses qui découlent de la diversité des mécanismes de coordination. On ne peut en effet exclure que dans une situation de conflit de procédures donnée, les deux Etats concernés continuent à prendre connaissance du litige alors même qu'ils ont à leur

³²⁵⁴ V. par exemple l'article 21 IV de la Convention des Nations-Unies du 30 mars 1978 sur le transport de marchandises par la mer; l'article 8 du Protocole du 5 octobre 1973 sur la compétence judiciaire et la reconnaissance de décisions portant sur le droit à l'obtention d'un brevet européen - sur cette dernière disposition, cfr. J.J. FAWCETT et P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 60-61. V. également l'article 22 de la *Convention de la Communauté des Etats Indépendants (CEI) du 22 janvier 1993 sur l'aide juridique et les rapports en matière de droit civil, droit de la famille et droit pénal*, reproduite à la *Reu. crit. dr. int. privé*, 1997, 151 e.s.

³²⁵⁵ V. par exemple, l'article 13 de la Convention du 19 octobre 1996 sur la Protection des Enfants ainsi que l'article 12 de la Convention du 1er juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps (P. ex. Rb. Maastricht, 11 avril 1996, *N.I.P.R.*, 1996, n° 225 et Hof 's-Hertogenbosch, 15 janvier 1997, *N.I.P.R.*, 1997, n° 191).

L'article 7 de la Convention du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for - qui n'est jamais entrée en vigueur - fait également mention d'une "exception de litispendance" visant le cas d'une clause d'élection de for non exclusive. Cette disposition doit se lire avec l'article 6 qui prévoit que l'obligation pour les autres tribunaux que les tribunaux choisis par les parties, de se déclarer incompétent, ne vaut pas "lorsque le choix fait par les parties n'est pas exclusif".

disposition des règles de coordination, parce que les critères qu'ils utilisent pour déterminer quel tribunal doit s'abstenir conduisent à des résultats différents. Ce danger est logiquement écarté lorsque les deux juridictions partagent la même règle d'abstention.

Outre d'offrir de meilleures garanties de résolution des conflits de procédures, l'adoption d'une règle d'abstention par voie conventionnelle permettra également l'abandon de certaines conditions onéreuses jugées indispensables lorsque l'abstention est unilatérale. Généralement la convention comprendra une obligation de reconnaissance mutuelle des décisions, ce qui ne sera pas sans avoir une influence sur la condition du pronostic de reconnaissance. On peut également espérer un assouplissement consistant en une extension du champ d'application de l'abstention à des situations autres que celles présentant une identité parfaite.

739. Légitimité du lien entre déférence internationale et réciprocité conventionnelle (suite) – La voie conventionnelle est certainement la voie royale pour une coordination efficace. Pour autant il ne faudrait pas en conclure qu'il n'y a pas place pour l'abstention en dehors du doux cocon des accords négociés. Il faut au contraire regretter que certaines juridictions ne fassent place à la déférence internationale que lorsque celle-ci s'impose en vertu d'une obligation conventionnelle. L'absence de cadre conventionnel ne signifie pas en effet que les conflits de procédures se révéleront inoffensifs. Au contraire on peut redouter qu'ils ne soient d'autant plus nuisibles lorsque les Etats concernés ne sont pas liés par une obligation de reconnaissance mutuelle des décisions.

En réservant la déférence aux situations couvertes par une convention, un Etat confine en outre ce mécanisme à un nombre limité de situations. Même s'il le voulait, il lui serait en effet virtuellement impossible de négocier une convention avec tous les pays avec lesquels ses citoyens peuvent établir des relations. La négociation de telles conventions peut s'avérer longue et laborieuse, et buter sur des obstacles étrangers au règlement des conflits de procédure.³²⁵⁶ Alors que la réciprocité 'unilatérale' peut encore en appeler à un apparent effet pédagogique (*infra*, n° 740), il n'en va pas de même pour la conclusion de conventions. On peut au contraire douter de l'efficacité du procédé s'il s'agit d'inciter les Etats étrangers à engager des négociations pour bénéficier du mécanisme de l'abstention. On imagine difficilement un Etat engager des négociations avec un autre dans le seul but de parvenir à un règlement des conflits de procédure. Réserver l'abstention aux situations couvertes par l'abstention aura donc comme effet d'en restreindre l'application et non d'encourager la conclusion d'une telle convention.

Enfin il ne faut pas oublier qu'une solution conventionnelle nécessite un accord des parties sur une règle de coordination. Or on a vu que coexistaient sur cette question des approches bien différentes. La négociation d'une règle commune pourra dès lors parfois s'avérer difficile.

740. Conclusion sur la réciprocité négociée - En définitive il nous semble peu satisfaisant de n'envisager la déférence internationale que dans le cadre d'une réciprocité négociée. On va voir que les objections ne sont pas moins nombreuses lorsque l'exigence

³²⁵⁶ Le projet de convention anglo-américaine négocié dans les années 1970 déjà évoqué dans cette étude a ainsi été la victime de la peur des assureurs anglais d'être tenus d'indemniser leurs assurés pour les condamnations prononcées par les jurys américains, dont ils redoutaient le caractère exorbitant. Comme le notent MM. *Batiffol* et *Lagarde* (DIP, I, 32, n° 21), "les accords diplomatiques sont laborieux à négocier".

de réciprocité se traduit par une condition supplémentaire insérée dans une règle d'abstention qu'un Etat choisit librement de s'imposer.

(b) Abstention internationale unilatérale et réciprocité

741. **Objections de principe** - L'insertion d'une condition de réciprocité dans une règle d'abstention qu'un Etat s'impose unilatéralement rencontre des objections de deux ordres.

On peut tout d'abord avoir des doutes sur la *pertinence* et la *justification* de l'exigence de réciprocité. L'exigence de réciprocité impose au for de ne s'abstenir en faveur du tribunal étranger que s'il est à prévoir que ce dernier lui rendra la pareille dans des circonstances similaires. Selon que l'on adopte la théorie de la bouteille à moitié pleine ou à moitié vide, une condition de réciprocité comprise en ce sens constitue soit un encouragement à adhérer à un certain standard, soit une mesure de rétorsion. La plupart du temps, les Etats en appelleront à la première justification, à savoir inciter les autres juridictions à embrasser l'abstention pour en obtenir le bénéfique au profit de leur tribunaux. On peut toutefois craindre, avec M. Lagarde, que la deuxième justification ne l'emporte sur la première,³²⁵⁷ et que la réciprocité ne conduise en fait qu'à ramener la pratique des Etats au plus petit commun dénominateur.³²⁵⁸

Comme le note cet auteur, "[l']Etat qui pose la condition de réciprocité prétend faire pression sur un Etat étranger en dérégulant la situation normale et juste de problèmes de droit privé. Le résultat est détestable. L'Etat du for accepte de consacrer une solution injuste dans un litige individuel en raison d'une circonstance totalement extérieure à ce litige [...] [C]ette injustice individuelle laissera la plus souvent indifférent l'Etat étranger qui n'en aura sans doute pas connaissance et ne changera pas pour autant sa législation".³²⁵⁹ Il est en effet peu probable que l'exigence de réciprocité posée par exemple par le droit yougoslave ait incité un Etat étranger à se préoccuper de la question de la coordination des procédures.³²⁶⁰

³²⁵⁷ Pour le passage de la "réciprocité-convenance" à la "réciprocité-rétorsion", v. P. LAGARDE, *oc.*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 120-123, n° 11-13.

³²⁵⁸ En ce sens pour la reconnaissance des jugements étrangers, A. T. VON MEHREN, *oc.*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 50 ("[...] the normal tendency of a reciprocity requirement is probably to generalize lower, rather than incalculate higher, standards of practice"). En général pour la réciprocité en droit international privé, H. SCHACK, *IZVR*, 2002, 15, n° 38 (réciprocité conduit à un "Stillstand auf der unteren Ebene", c'est-à-dire à un nivellement par le bas) et dans le même ouvrage, 339, n° 872.

³²⁵⁹ P. LAGARDE, *oc.*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 162, n° 65.

³²⁶⁰ Les chercheurs de l'Institut Max Planck ont émis de sérieux doutes sur la validité de la réciprocité comme encouragement dans le cadre du régime des jugements étrangers lors de la réforme du droit international privé allemand dans les années 1980. Répondant à ceux qui invoquent la pression qu'exerce l'exigence de réciprocité sur le droit étranger, ils notent que l'Angleterre a conclu de nombreux traités bilatéraux avec des pays qui ne posaient pas d'exigence de réciprocité, mais paradoxalement pas avec l'Allemagne, qui manie l'arme de la réciprocité... Quant à une éventuelle influence sur la pratique française, jugée exorbitante, de la révision au fond, ils observent que les débats qui ont précédé l'abandon de cette révision avec l'arrêt Munzer ont surtout révélé le souci d'adopter une pratique plus ouverte que celui d'améliorer le sort des jugements français à l'étranger ("Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts. Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983", *RechtsZ.*, 1983, (595), 674-675). Et les chercheurs de conclure que "Ein Land, das sich um die Liberalisierung der internationalen Urteilsanerkennung bemühen will, muß selbst den ersten Schritt tun", (p. 675). V. également D. MARTINY, *oc.*, in *Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrecht*, III/1, 575, n° 1300 (qui, à la suite de M. Nagel, parle de "Schlag ins Wasser"). *Comp.* cependant avec l'opinion de A. T. von Mehren, qui suggère que la décision de la Cour de Cassation française d'abandonner la révision au fond en 1964 (jurisprudence Munzer) a été précipitée par le refus des tribunaux allemands de reconnaître les jugements français faute de réciprocité (*oc.*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 49).

S'il s'agit d'inspirer aux autres Etats une attitude également ouverte l'exigence de réciprocité semble *superflue*. Adopter l'abstention sans autre condition de réciprocité constituerait à notre sens un encouragement aussi grand, et sans doute plus efficace, que la demi carotte ou le demi bâton de la réciprocité. Ne dit-on pas que le bon exemple est la meilleure des incitations ?³²⁶¹ L'exigence de réciprocité est non seulement superflue, elle est également *déplacée*. Comme le note M. Lagarde, "[l]e procédé est discutable car il fait intervenir des facteurs politiques là où ils n'ont pas normalement leur place".³²⁶² En réalité on aboutit à priver les parties d'un règlement harmonieux de leurs relations au nom de la "dignité abstraite de l'Etat".³²⁶³ C'est desservir et faire passer au second plan les intérêts légitimes des justiciables que d'en faire les victimes de l'obstruction d'un Etat étranger. On fonde en effet la solution du conflit de procédures sur des éléments *extérieurs* aux circonstances de la cause, sur lesquelles les parties n'ont aucune prise.³²⁶⁴ Le refus de permettre la coordination au nom de l'attitude du for concurrent choque d'autant plus que l'on peut douter, comme on l'a vu, de l'efficacité de la réciprocité comme mesure de rétorsion. La plupart des litiges visés n'intéressant que des intérêts strictement privés, il ne faut pas s'étonner que le bilan de la réciprocité soit au mieux mitigé. Les Etats ne remarqueront en réalité qu'à peine les inconvénients qui résultent pour les justiciables de leur refus de s'incliner devant les appels à plus d'ouverture.

742. Difficultés pratiques de la réciprocité - À ces objections de principe s'en ajoutent d'autres qui tiennent à la *difficulté de la mise en oeuvre* de l'exigence de réciprocité.³²⁶⁵ Ces difficultés sont bien connues des praticiens belges, qui ont été confrontés au texte de l'article 636 du Code judiciaire - qui permet au défendeur de décliner la compétence que

³²⁶¹ Le législateur allemand semble avoir compris que l'exigence de réciprocité n'aura que peu d'effet sur la propension des Etats à accorder effets aux jugements allemands. L'article 102 de l'*Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung* ne prévoit pas de condition de réciprocité pour la reconnaissance des jugements étrangers de faillite. Le commentaire du gouvernement fédéral précise que l'abandon de l'exigence de réciprocité est conforme à la "justice internationale" et qu'en posant l'exemple d'une reconnaissance sans quid pro quo immédiat, on pouvait espérer une plus grande bienveillance des autres Etats à l'égard des décisions allemandes (cité par R. GEIMER, *IZPR*, 4^{ème} éd., 15, n° 35a, qui approuve ce qu'il considère être "die internationalpädagogisch richtige Methode" : « Man geht mit gutem Beispiel voran, anstatt [...] (meist erfolglos) zu warten, daß die anderen die ersten Schritt tun ». On remarquera que la réciprocité n'est pas une condition de la reconnaissance des jugements portant sur l'Etat, comme par exemple les décisions accordant le divorce, v. U. SPELLENBERG, "Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen", in *J. Von Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, 3^{me} éd., vol. XX, Berlin, Sellier/de Gruyter, 1997, 396, n° 588-590.

³²⁶² P. LAGARDE, *oc*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 152, n° 51 (à propos de l'exigence de réciprocité prévue dans une règle de compétence telle que l'article 638 du Code judiciaire). Dans le même sens pour la reconnaissance des jugements étrangers, A. T. VON MEHREN, *oc*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 50 (note que "burdening private individuals in an effort to affect the practices of a legal order [...] is problematical") ainsi que D. MARTINY, *oc*, in *Handbuch des internationalen Verfahrensrecht*, III/1, 574, n° 1297 et F. K. JUENGER, "The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters", *Am J. Comp. L.*, 1988, (1), 32 ("Reciprocity has the purpose of inducing other nations to improve their recognition practices. But even if the specter of retaliation should in fact serve to liberalize judgments recognition, that end hardly justifies the means. It seems unfair to penalize private litigants - who are neither to blame nor in a position to change matters - for the rendition state's lack of comity"). En général, H. SCHACK, 1996, 13, n° 38 et 339, n° 873 ainsi que la critique du § 328(1) ZPO par les chercheurs de l'Institut Max Planck, qui y voient une "Dominanz staatlicher Interessen" : "Die Rechte des einzelnen müssen gewissermaßen als Geisel einsteigen für das Wohlverhalten des fremden Staates gegenüber deutschen Urteilen" (*l.c.*, *RebelsZ.*, 1983, (595), 677).

³²⁶³ P. LAGARDE, *oc*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 153, n° 51.

³²⁶⁴ On retrouve ici l'idée que le conflit de juridictions n'est pas d'abord un conflit de souverainetés, mais plutôt un ensemble de règles devant permettre la résolution harmonieuse de litiges intéressant au premier chef les intérêts privés des parties.

³²⁶⁵ En général, P. LAGARDE, *oc*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 162-175. V. aussi A. T. VON MEHREN, *oc*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 50 ("[...] administration of reciprocity clauses can be complicated. Especially where case-law systems are involved, difficulty may be encountered in establishing the relevant foreign law") et D. MARTINY, *oc*, in *Handbuch des internationalen Verfahrensrecht*, III/1, 577-578.

le tribunal belge tire de la résidence du demandeur dans le for, lorsqu'il apporte la preuve que, dans son pays, un défendeur belge pourrait dans des circonstances équivalentes décliner la compétence des juridictions locales.³²⁶⁶

La difficulté traditionnelle en la matière est celle de l'établissement de la réciprocité.³²⁶⁷ Le for devra en effet s'attacher à déterminer quelle serait la décision du juge étranger dans des circonstances comparables.

L'exercice ne devrait pas poser de difficultés insurmontables lorsque le contenu du droit étranger peut facilement être déterminé. Il en va autrement lorsque l'abstention est une création purement jurisprudentielle, aux contours mouvants – comme c'est le cas en droit américain, où la doctrine de l'*"international abstention"* n'en est qu'à ses premiers pas (*supra*, n° 569). Il devient alors plus difficile de déterminer si le for étranger accepterait ou non dans des circonstances comparables de s'abstenir. Il en est d'autant plus ainsi lorsque la règle d'abstention étrangère ne procède pas par simple automatisme, par exemple en accordant la priorité au for premier saisi, mais est fondée sur une évaluation globale du caractère approprié des fors en présence. Il faudra alors beaucoup de perspicacité au juge du for pour déterminer comment se prononcerait le juge étranger.³²⁶⁸

Ces difficultés pourraient être évitées si le for adopte une version '*abstraite*' de la réciprocité – c'est-à-dire si l'examen de la réciprocité porte non pas sur la décision que prendrait le for étranger dans une situation comparable, mais seulement sur l'attitude générale de ce for à l'égard de l'abstention.³²⁶⁹ Il semble d'ailleurs que dans les pays où la réciprocité fait encore partie du droit positif de la reconnaissance, les tribunaux aient adopté une interprétation libérale de cette condition.³²⁷⁰ Même sous cette forme atténuée,

³²⁶⁶ V. surtout Civ. Liège, 3 février 1966, *R. B. Dr. Int'l.*, 1968, 610 ; Comm. Liège, 14 avril 1972, *J.L.*, 1971-72, 278 ; Civ. Bruxelles, 30 janvier 1970, *J.T.*, 1970, 498 ; Civ. Bruxelles, 17 octobre 1975, *Pas.*, 1976, III, 145 ; Civ. Huy, 20 octobre 1971, *J.L.*, 1971-72, 70 ; Civ. Liège, 26 juin 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 1292 ; Bruxelles, 16 mars 1989, *J.T.*, 1989, 550. Cette règle a un caractère *subsidaire*, et ne peut être invoquée qu'à défaut d'autres chefs de compétence. Elle se distingue des règles comparables en droit autrichien, portugais et dans l'ancien droit italien, parce que l'extension de la compétence du for peut être invoquée par toute personne ayant un domicile ou une résidence en Belgique, et non seulement par les demandeurs nationaux, v. pour une comparaison P. LAGARDE, *ac.*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 149-150, n° 47.

MM. *Rigaux* et *Fallon* jugent le mécanisme "excessivement rigide, inutilement complexe et sans doute suranné" (*Droit international privé*, t. II, 203, no. 820). M. *Jenard* et Mme. *Weser* notaient que "le système est non seulement complexe, mais se heurte aussi à de sérieuses difficultés de preuve lorsqu'il n'existe pas de Traité entre la Belgique et le pays de l'étranger" (R. VANDER ELST et M. WESER, *Droit international privé belge et droit conventionnel international. II. Conflits de juridictions*, par M. WESER et P. JENARD, Bruxelles, Bruylant, 1985).

L'article 636 reprend en fait le texte de l'article 54 de la loi du 25 mars 1876, pour une application de cette dernière disposition, v. p. ex. Cass., 17 avril 1959, *Pas.*, 1959, I, 824; Cass., 4 octobre 1965, *Pas.*, 1966, I, 208.

³²⁶⁷ M. Lagarde souligne également la difficulté de déterminer l'ordre juridique de référence, il sera parfois délicat de déterminer l'Etat qui doit satisfaire à la condition de réciprocité. Lorsque la réciprocité conditionne l'extension de la compétence juridictionnelle du for, doit-on par exemple s'attacher au for de la nationalité ou à celui du domicile du défendeur ? (P. LAGARDE, *ac.*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 263-266). Ce problème ne se pose pas pour l'abstention, l'ordre juridique étranger ayant été par hypothèse saisi du litige.

³²⁶⁸ V. par exemple Bruxelles, 1 décembre 1994, *Pas.*, 1994, II, 11 (la Cour d'Appel procède à une analyse minutieuse de la jurisprudence américaine pour déterminer si oui ou non le droit américain possède un *forum actoris*, on conçoit l'incertitude qui entoure un tel exercice s'agissant de déterminer ce qu'un juge déciderait dans un cas hypothétique...).

³²⁶⁹ V. pour d'autres modalités permettant d'assouplir l'exigence de réciprocité, P. LAGARDE, *ac.*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 142-146, qui évoque notamment la possibilité de réduire l'exigence de réciprocité par le biais de la charge de la preuve. On peut par exemple accepter l'abstention pour autant que le demandeur ne prouve pas que celle-ci serait refusée.

³²⁷⁰ V. les informations analysées par G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 34 (qui évoque en particulier le cas de l'Espagne, où la Cour Suprême a modifié la charge de la preuve de la réciprocité, en l'imputant à

il sera parfois délicat de percer à jour les mystères du droit étranger. Doit-on par exemple considérer que le droit américain adopte une position favorable à l'abstention, alors que de nombreux tribunaux proclament leur attachement à la tolérance des conflits de procédures, tout en se réservant la possibilité de recourir à l'injonction? En réalité, l'exigence de réciprocité pose un problème aigu de connaissance du droit étranger.³²⁷¹

Dans la situation particulière des conflits de procédures, la difficulté est certes moindre, puisque par hypothèse le for concurrent est lui aussi saisi. On pourrait donc se contenter d'attendre qu'il se prononce sur une éventuelle exception de déférence pour que s'éclaire sa position. On en arriverait toutefois non seulement à retarder d'autant la solution du conflit de procédures, mais aussi à créer d'inextricables difficultés s'il s'avérait que la loi étrangère subordonne elle aussi la déférence à une exigence de réciprocité – phénomène du cercle vicieux, qui affecte paradoxalement la réciprocité lorsqu'elle se généralise.³²⁷²

On peut conclure avec M. Lagarde que "[l]a difficulté d'apprécier la condition de réciprocité est si sérieuse que l'on peut se demander si l'autorité judiciaire est suffisamment outillée pour se charger de cette tâche".³²⁷³

743. Conclusion : Une condition contre-productive - En définitive il faut conclure au rejet de l'exigence de réciprocité lorsqu'elle vient grever une règle d'abstention unilatérale.³²⁷⁴ Cette exigence conduit à des considérables difficultés d'application pratique. Elle est également contre-productive et inutilement restrictive. On constate d'ailleurs qu'un accord se fait pour condamner la réciprocité non seulement dans le cadre

la partie qui s'oppose à la reconnaissance. Sur cette jurisprudence, v. F. HERNANZ, "Recognition - Exequatur - Of Foreign Judgments, Especially of US Divorces Judgments, in Spain", *Am J. Comp. L.*, 1990, (567), 581.

Seule l'Autriche s'en tient toujours à une acceptation stricte de la réciprocité, qui doit être constatée par déclaration ministérielle ou faire l'objet d'un traité, v. l'article 79 de l'Executionsordnung de 1896 et les commentaires de W. H. RECHBERGER et U. FRAUENBERGER-PFEILER, "Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Titel ausserhalb des Anwendungsbereiches des Brüsseler und Luganer Übereinkommens : Österreich", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (47), 58 et A. BURGSTALLER e.a. (éd.), *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Vienne, Orac, 2000, 16

³²⁷¹ Problème qui fait la joie des commentateurs allemands... L'examen, pays par pays, de la condition de réciprocité du § 328(1) ZPO occupe par exemple près de 100 pages dans le commentaire que consacrait M. Martiny à cette disposition, D. MARTINY, *ac*, in *Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrecht*, 580-678. Inutile de dire que cette énumération ne résiste pas aux outrages du temps!

³²⁷² V. par exemple en matière de reconnaissance des décisions étrangères, BGH, 15 novembre 1967, *BGHZ*, vol. 49, 50 et en général, P. LAGARDE, *ac*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 167-168, n°73 et D. MARTINY, *ac*, in *Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrecht*, 576-577, n° 1301-1302.

³²⁷³ P. LAGARDE, *ac*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 170, n° 76. V. également les observations de l'Institut Max Planck, (*Lc*, *RabelsZ*, 1983, 676-677), qui explique que la réciprocité prévue par l'article 328(1) ZPO est "unpraktikabel", les chercheurs de l'Institut étant bien placés pour l'apprécier puisqu'il est souvent fait appel à leurs services pour apprécier l'existence de la réciprocité. Ces mêmes chercheurs soulignent par exemple que bien souvent une décision sur l'exigence de réciprocité sera influencée par la publication ou non de décisions étrangères en matière de reconnaissance.

³²⁷⁴ V. également les réflexions à ce sujet de S. B. BURBANK, *Lc*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 233 : "An argument can be made that, at least in the absence of reciprocity, American courts should not in general defer to parallel litigation abroad [...]. This argument is not without force. Yet, some of the costs of parallel international litigation are visited on domestic parties and domestic courts. Moreover, the general faith in other legal systems evidenced by the United States' generous judgment recognition practice surely has a firmer basis today than it did 100 years ago. So does the concept of an international system whose needs should be considered in the formulation and application of national law. These considerations suggest that an attempt to rely on a normative principle of dual jurisdiction would ring hollow. Unless the goal were to take back part of the territory surrendered by international recognition practice, such a crude rule would not be necessary to protect the interests that, according to that practice, are relevant. And such a goal would be hard to defend at a time when the need for courts to rely on each other in order to serve justice has been recognized in an increasing number of international civil litigation cases."

spécifique de l'abstention,³²⁷⁵ mais de manière générale pour le conflit de juridictions³²⁷⁶ – sans parler du conflit de lois où l'idée de réciprocité a depuis longtemps été abandonnée.³²⁷⁷

2. LES CONDITIONS LÉGITIMES : COMPÉTENCE ET ORDRE PUBLIC

744. **Introduction** - La section précédente a permis de débarrasser la priorité du juge premier saisi de l'exigence de réciprocité. Après avoir délimité ainsi de façon *négative* le pronostic de reconnaissance, il est temps de lui donner une forme plus concrète. Pour ce faire, nous ferons appel à deux éléments bien connus des conflits de juridiction, en s'interrogeant à la fois sur leur pertinence et ensuite sur leur traduction concrète dans le cadre du mécanisme de coordination.³²⁷⁸

La première exigence retenue porte sur la *compétence* du juge premier saisi (a). Elle pourra faire l'objet d'une appréciation immédiate de la part du juge second saisi, le caractère anticipé de l'appréciation ne posant pas de difficultés particulières puisque dans la plupart des cas, le juge premier saisi aura déjà statué sur sa compétence. Il n'en va pas de même de la seconde exigence, qui se rattache à la réserve d'*ordre public* (b). On verra que le caractère anticipé de l'appréciation oblige à aménager considérablement cette condition pour lui donner un contenu spécifique qui soit pertinent pour la problématique des procédures concurrentes.

Dans l'ordre des choses, l'exception d'abstention sera acceptée – ou rejetée le cas échéant - de façon provisoire une fois l'appréciation liée à la compétence du juge premier saisi effectuée. A ce stade, il n'est pas encore question de dessaisissement, mais seulement d'un sursis provisoire à statuer. Ce sursis pourra être confirmé ou infirmé par la suite, au terme d'un deuxième examen. Le sursis à statuer doit en effet être conçu comme un *fiat* conditionnel, qui peut être retiré s'il s'avérait que la procédure étrangère ne méritait pas la confiance qu'on lui accorde. C'est ici qu'intervient l'inévitable ordre public, qui signale les limites de l'ouverture du for de l'abstention. Cette condition ne peut être appréciée qu'en 'cours de route', une violation de l'ordre public pouvant justifier le retrait de la confiance accordée sur base d'un examen provisoire.

³²⁷⁵ V. déjà, VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, II, réimpression 1966, 549 : l'exigence de réciprocité en matière de litispendance est "absurde", ("widersinnig"). Plus récemment, K. KERAMEUS, *l.c.*, in *Festschrift Schaub...*, 1990, (257), 268 et H. VAN HOUTTE, "La réciprocité des règles de conflit dans les Conventions de La Haye", *Reu. Belge Dr. Int.*, 1991, 491-503.

³²⁷⁶ Pour la reconnaissance des jugements, v. A. T. VON MEHREN, *ac.*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 50 et en droit allemand, D. MARTINY, *ac.*, in *Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrecht*, 573-578 et P. NAGEL, "Die Berücksichtigung der Interessen der einzelnenn Rechtsuchenden bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile – Eine erneute Kritik an dem Postulat der Gegenseitigkeit", *Schriftenreihe der Deutschen Gruppe der AAA*, 1962, 43-60; F. K. JUENGER, *l.c.*, *Am. J. Comp. L.*, 1988, 31-34. *Comp.* toutefois le projet de loi fédérale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers présenté par l'*American Law Institute* en mai 2002, qui prévoit une condition de réciprocité (§ 5 (c) du projet).

En général, H. SCHACK, 1996, 13-14, n° 38 et surtout la proposition de l'Institut Max Planck d'abandonner la réciprocité dans le cadre du § 328(1) ZPO : *l.c.*, *RabelsZ.*, 1983, (595), 674-680.

³²⁷⁷ En général, A. ERNST, *Gegenseitigkeit und Vergeltung im IPR*, thèse Zürich, 1950.

³²⁷⁸ Il ne nous semble inutile de s'interroger sur la régularité et la loyauté de l'assignation au défendeur. Cette question ne pose pas de problèmes différents dans le contexte de l'abstention que dans le contexte de l'efficacité des jugements.

(a) La condition de la compétence-litispendance

745. **Introduction** - La compétence du juge étranger a déjà été étudiée sous l'angle de ce que nous avons appelé l'*accessibilité*, lorsqu'il s'est agit de définir le domaine du mécanisme de coordination (*supra*, n° 453). Si cet élément revient ici, c'est sous un autre angle : il ne s'agit plus de savoir si le juge étranger pourra, en vertu de ses règles de compétence, se charger de trancher le litige, mais bien d'examiner si le for de l'abstention peut tolérer les revendications de compétence du for concurrent. Après avoir expliqué pourquoi et quand l'examen de ce que l'on a appelé la compétence-litispendance du for étranger s'impose (i), nous examinerons quelle forme il doit prendre (ii).

(i) Nécessité d'un examen de la compétence - litispendance

746. **La compétence-litispendance, une condition répandue** - On a vu que le pronostic de reconnaissance constituait un passage obligé de la litispendance dans de nombreux droits (*supra*, n° 704). L'examen de la compétence indirecte constituant une 'valeur sûre' du contrôle du jugement étranger, cette condition fera logiquement partie de celles posées à la priorité du juge premier saisi.

Ainsi, selon son droit commun, le juge français second saisi doit-il, avant de s'effacer au profit de son collègue étranger, vérifier la compétence indirecte de celui-ci, qui constitue une condition classique de l'effet reconnu au jugement étranger. La Cour de Cassation a pour ce faire tout simplement 'importé' l'exigence du 'lien caractérisé' qu'elle a développé pour la reconnaissance des jugements étrangers. Ainsi, pour casser une décision de la Cour d'Appel de Paris, qui avait rejeté l'exception de litispendance invoquée au profit d'une instance en divorce algérienne, au motif que la nationalité commune algérienne ne justifiait pas la compétence du juge algérien, la Cour a expliqué que cette nationalité "constitue un rattachement caractérisé avec l'Algérie", qui justifie de reconnaître la litispendance.³²⁷⁹ Telle qu'elle est envisagée en Belgique, l'exception de litispendance internationale nécessitera également un examen de la compétence du juge étranger, puisque selon l'article 14 du projet de Code, la litispendance ne peut être admise qu'à la condition que la future décision étrangère soit susceptible de reconnaissance en Belgique. Partant, les règles de compétence indirecte posées pour l'efficacité d'une décision étrangère sont intégrées à la litispendance. C'est également par le biais de l'*Anerkennungsprognose* que la condition de la compétence indirecte doit être vérifiée pour l'accueil de la litispendance en droit commun allemand.³²⁸⁰

³²⁷⁹ Cass. fr., 15 juin 1994, *R.C.D.I.P.*, 1996, 127, note B. ANCEL ; *J.C.P.*, 1994, éd. G., IV, n° 2052; *D.*, 1994, Somm., 352, obs. B. AUDIT. V. également Cass., 8 juin 1999, *R.C.D.I.P.*, 2000, 35 (la Cour casse la décision entreprise qui avait rejeté l'exception de litispendance invoquée au profit du tribunal américain premier saisi, en observant que la Cour d'Appel n'avait pas recherché "si le tribunal étranger [...] n'était pas compétent au regard des règles françaises de compétence internationale indirecte [...]") (nous soulignons). En général sur l'exigence de compétence dans le chef du juge étranger, v. H. GAUDEMET-TALLON, "La litispendance internationale dans la jurisprudence française", in *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, (122), 127-129 et A. HUET, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 581-43, nos. 9-19. Avant l'arrêt *Sirnath*, la doctrine expliquait qu'il n'y avait litispendance que lorsque le tribunal étranger était compétent selon les règles françaises de compétence, p. ex. A. HUET, *J.D.I.*, 1970, 711 et les références citées par B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts...*, Paris, Dalloz, 1998, 445.

³²⁸⁰ V. H. SCHACK, 1997, 295-296 (l'auteur décrit de façon générale l'*Anerkennungsprognose*, d'où il ressort que la future décision étrangère doit satisfaire aux conditions posées pour la reconnaissance, en ce compris la condition liée à la compétence). V. déjà VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, II, réimpression 1966, 547-548. En général, N. FRAGISTAS, "La compétence internationale en droit privé", *Recueil des cours*, 1961-III, t. 104, (159), 181-182.

La question de la compétence étrangère n'apparaît pas directement dans le dessaisissement pour cause de for non approprié, si ce n'est pour vérifier l'accessibilité du juge étranger (*supra*, n° 457). L'examen de la légitimité de la revendication de compétence du for étranger forme toutefois le coeur même du mécanisme. L'exception de for plus approprié vise en effet dans son ensemble à 'renvoyer' le litige devant un for dont le titre est réputé meilleur. L'analyse de la qualité de la compétence du juge étranger occupe une place centrale, et fait d'ailleurs l'objet d'une appréciation très sophistiquée, principalement sous l'angle de la proximité. Toute la doctrine du *forum non conveniens* vise en effet à vérifier que le for étranger possède une vocation supérieure à trancher le litige, c'est-à-dire au fond que les règles de compétence étrangères ont *in casu* mieux fait leur travail.

A la différence de l'examen de la compétence indirecte, l'analyse en termes de for approprié ne vise pas tant à s'assurer que la revendication de compétence dans le chef du for étranger peut être tolérée, parce qu'elle répond à un standard minimum, mais bien que le for étranger peut légitimement prétendre à un titre *supérieur*. L'examen ne se limite dès lors pas à la compétence du juge étranger, mais porte sur toutes les circonstances. L'esprit est toutefois le même.

L'importance accordée à cet élément et la technique (prise en considération directe ou par le biais du pronostic de reconnaissance) diffèrent. Sur le fond, les deux pratiques se rejoignent toutefois pour faire dépendre le dessaisissement d'une évaluation du titre que possède le for étranger pour se prononcer.

747. Une exception, l'espace judiciaire européen - L'abstention est généralement subordonnée à un examen par le for de l'abstention, ne fut-ce que de manière indirecte, comme dans le *forum non conveniens*, de la compétence revendiquée par le for étranger, afin d'en évaluer la légitimité. Il est pourtant un régime spécifique qui fait exception à cette règle générale, c'est celui de l'espace judiciaire européen. Dans le cadre de la litispendance européenne, le juge second saisi n'a en effet pas la possibilité de s'assurer de la légitimité de la revendication de compétence dans le chef de son collègue étranger premier saisi. Il est au contraire invité à lui faire confiance.

Le régime européen va encore plus loin puisqu'il est *interdit* au juge second saisi de contrôler la décision du juge étranger sur ce point. La Cour de Justice a en effet constaté dans l'arrêt *Overseas Union Insurance* que la seule dérogation que prévoit l'article 21 à l'obligation du juge second saisi de se dessaisir, "est la faculté de surseoir à statuer, laquelle ne peut être exercée que si la compétence du juge saisi en premier est contestée"³²⁸¹ Et la Cour d'en déduire que le juge saisi en second "ne saurait procéder lui-même à la vérification de la compétence du juge saisi en premier lieu"³²⁸² Si la Cour ne semble pas faire la distinction entre la vérification de l'accessibilité du for étranger et celle de la compétence-litispendance, les deux sont également frappés d'infamie dans le système européen.³²⁸³

L'interdiction absolue faite au juge second saisi de contrôler la compétence de son collègue s'explique d'abord en raison de l'existence de règles de compétence communes : comme le rappelle la Cour de Justice, "le juge saisi en second lieu n'est, en aucun cas,

³²⁸¹ C.J.C.E., affaire n° C-351/89, 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance Ltd. e.a. c. New Hampshire Insurance Company*, Rec., 1991, I-3342, n° 21.

³²⁸² Idem, I-3342, n° 25.

³²⁸³ V. *supra* ce qui en a été dit à propos de la compétence exclusive, n° 183.

mieux placé que le juge saisi en premier lieu pour se prononcer sur la compétence de ce dernier”, puisque les règles de compétence de la Convention “peuvent être interprétées et appliquées avec la même autorité” par chacun des juges.³²⁸⁴

A l'existence de règles de compétence partagées s'ajoute dans le régime européen l'idée de *confiance mutuelle* et d'appartenance à un même espace judiciaire pour bannir tout contrôle de compétence.

748. Légitimité du contrôle de la compétence-litispendance – On ne saurait trop insister sur la nature particulière de l'espace judiciaire européen. Il suffit d'examiner le régime de la litispendance dans d'autres conventions doubles pour apercevoir le caractère exceptionnel de l'interdiction du contrôle de la compétence-litispendance. Ainsi, on constate que la jurisprudence se permet dans le cadre de la convention franco-belge, pour apprécier l'exception de litispendance, de vérifier la compétence du tribunal de l'autre pays.³²⁸⁵ Il faut dire que cette convention n'a de double que le nom : elle ne prévoit que peu de règles de compétence propres, se contentant en règle générale de renvoyer au droit national des Etats en vertu du principe dit d'*assimilation*.³²⁸⁶ Les tribunaux seront donc souvent appelés à faire application de leurs propres règles de compétence, ce qui justifie un contrôle de la part de l'autre juge en cas de litispendance.³²⁸⁷

Le contraste entre la Convention de Bruxelles et les autres conventions doubles, nous apprend que le contrôle de la compétence-litispendance ne peut disparaître que grâce à l'existence conjuguée de règles de compétence communes, qui excluent toute mauvaise surprise relative à l'exercice d'une compétence exorbitante, et d'une solide dose de confiance, qui permet de présumer que chacun va respecter ses engagements.³²⁸⁸ A défaut un contrôle de la compétence-litispendance s'avère nécessaire. Il sera facile à organiser puisqu'il suffira au juge second saisi de se référer aux règles de compétence communes pour en vérifier le respect, celui-ci garantissant la légitimité de l'exercice de compétence par le juge étranger.

On aperçoit ainsi dans quelle mesure un contrôle de la compétence-litispendance s'avère nécessaire. La réponse à cette question dépendra du contexte : lorsque la démarche s'intègre dans un cadre 'intégrationniste' du type de la Convention de Bruxelles, l'existence de règles de compétence communes à tous les tribunaux et l'esprit de

³²⁸⁴ C.J.C.E., affaire Overseas précitée, Rec, 1991, I-3342, n° 23.

³²⁸⁵ P. ex. Cass. civ. I, 9 décembre 1964, *J.D.I.*, 1965, 418 ; *R.C.D.I.P.*, 1966, 72, note M. WESER ; TGI Metz, 4 novembre 1970, *J.D.I.*, 1972, 314. Mme. Watté approuve cette jurisprudence (*loc. cit.*, *Juris-Classeur*, p. 28, n° 151).

³²⁸⁶ Art. 1, § 1. Sur les difficultés, récurrentes, posées par ce principe, v. MM. Fallon, Born et van Boxstael, 2001, 504, n° 251 e.s.

³²⁸⁷ Notons que ces conventions prévoient également un contrôle de la compétence indirecte au stade de la reconnaissance, p.ex. art. 11-5 de la Convention franco-belge et article 11 de la convention belgo-néerlandaise. M. Holleaux s'étonnait de l'existence de ce contrôle, en expliquant que « quand deux ou plusieurs Etats conviennent de règles communes de compétence directe, leur attitude implique la croyance que les juges du ou des partenaires appliqueront correctement les règles communes ». Et M. Holleaux de qualifier l'introduction d'un contrôle de la compétence indirecte dans ce cadre, de « retour de suspicion difficilement compréhensible » (*ac.*, Paris, Dalloz, 1970, p. 2).

³²⁸⁸ Ceci suppose cependant que l'on présume que les tribunaux appliqueront les règles de compétence de bonne foi, dans l'esprit 'internationaliste' ou 'communautaire' qui doit les guider. Présumer le contraire risquerait précisément d'attiser les méfiances. La possibilité d'en référer à une instance supérieure pour trancher d'éventuels conflits fait beaucoup pour réduire la crainte d'un quelconque abus. On ne peut pour autant exclure qu'un cadre conventionnel prévoyant des règles de compétence commune puisse permettre de réduire au minimum un éventuel contrôle de compétence, même en l'absence de tribunal suprême, pour autant que les ordres juridiques concernés ne soient pas trop éloignés, comme en témoigne l'expérience de la Convention de Lugano.

confiance mutuelle qui informe une réglementation de ce type, font disparaître la nécessité de procéder à un contrôle de la légitimité de la revendication de compétence dans le chef du for étranger. Point n'est besoin en effet de craindre que les parties soient 'renvoyées' devant un tribunal à la compétence douteuse ou extravagante. Le cas échéant, il pourrait être fait exception à cette règle lorsque le litige met en jeu une compétence exclusive du for.³²⁸⁹ Dans ce cas, on peut facilement accepter que le for se réserve le droit de vérifier la légitimité de la revendication de compétence du for étranger.³²⁹⁰

749. Légitimité du contrôle de la compétence-litispendance (suite) – En l'absence de règles de compétence communes ou de la volonté de s'unir dans un espace judiciaire, il semble plus difficile de faire l'impasse sur un contrôle, même minimum, du titre sur lequel le for étranger fonde sa compétence.³²⁹¹ Une forme, même limitée, de contrôle de la compétence-litispendance s'impose d'autant plus, comme le note M. *Budber*, que le droit des gens ne fournit aucune protection contre une extension abusive du pouvoir juridictionnel de l'Etat.³²⁹² La rigueur de ce contrôle dépendra de l'esprit d'ouverture et de la confiance accordée aux tribunaux étrangers.

Ainsi, dans une convention mixte du type de celle qui est négociée à La Haye, l'existence de règles de compétence directe ne suffira sans doute pas à rassurer les Etats contractants sur la légitimité de la revendication de compétence par les tribunaux des autres Etats. On constate d'ailleurs que le projet de convention prévoit un contrôle de la compétence indirecte au stade de la reconnaissance.³²⁹³ Il en ira certainement de même dans l'exception de litispendance, dont on voit mal comment elle pourrait aller plus loin que ne le font les règles en matière de reconnaissance et d'exécution.³²⁹⁴ *A fortiori* en est-il de

³²⁸⁹ On sait que la question n'a pas encore reçu de réponse définitive dans le cadre de la Convention de Bruxelles. Si la Cour semble tolérer une exception à l'interdiction du contrôle de compétence lorsque le for second saisi est investi d'une compétence exclusive au sens de l'article 16, on peut douter qu'il en soit de même lorsque ce même for fonde sa compétence sur un accord des parties (*supra*, n° 182 e.s.). Le sort des compétences dites de protection est tout aussi incertain.

³²⁹⁰ On observera toutefois qu'au sein de l'espace judiciaire européen, l'exception de litispendance peut trouver à s'appliquer non seulement lorsque les tribunaux tirent leur compétence d'une règle communautaire, mais également en cas d'application, par le biais de l'article 4, d'une règle de compétence internationale du droit commun d'un des Etats. C'est ce que la Cour de Justice a expressément décidé dans l'affaire *Overseas Union Insurance*, en se fondant une fois encore sur le danger de contradiction entre jugements : C.J.C.E., aff. C-351/89, 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance Ltd. e.a. c. New Hampshire Insurance Company, Rec.*, 1991, I-3342, n° 14 à 17. Même dans ce cas toutefois, la Cour ne tolère pas que le juge second saisi fasse dépendre le jeu de la litispendance d'un examen de la compétence du juge premier saisi. Voilà un nouvel indice du caractère 'exorbitant' de la litispendance européenne, toute entière soumise à l'impératif de libre circulation des jugements. On a déjà expliqué tout le mal que l'on pensait de cette décision.

³²⁹¹ On peut comprendre en ce sens la remarque de M. *Budber* qui, après avoir exposé le système de l'article 21, précise que « Applicable dans un contexte non-conventionnel, l'article 9 LDIP ne peut prévoir simplement que, avant de retenir les effets de la litispendance, la compétence du tribunal premier saisi à l'étranger soit établie selon son propre droit » : A. BUCHER, 1998, 108, n° 306.

³²⁹² A. BUCHER, 1998, 197, n° 627, qui explique pour l'efficacité des jugements que "[...] des règles permettant un certain contrôle de la compétence indirecte [...] sont en effet indispensables en l'absence d'une protection fondée sur le droit des gens à l'encontre d'une extension excessive du pouvoir juridictionnel d'un Etat étranger, notamment lorsqu'il s'agit de fors exorbitants".

³²⁹³ Art. 27.

³²⁹⁴ L'article 21 du projet de Convention prévoit d'ailleurs que l'exception de litispendance ne peut être invoquée que "si le premier tribunal saisi est compétent" (article 21(1)). Bien que le texte de cette disposition, ni d'ailleurs le Rapport Explicatif de MM. *Pocar* et *Nygh* (p. 86) ne le précisent pas, on peut déduire de l'économie générale de la Convention que le juge second saisi ne fera droit à l'exception de litispendance qu'après avoir vérifié la compétence du juge premier saisi au regard des règles de compétence prévues par la Convention.

La nature 'mixte' de la Convention soulève une difficulté supplémentaire, celle de savoir si l'exception de litispendance peut être invoquée lorsque le juge premier saisi fonde sa compétence sur une disposition du droit national simplement 'tolérée' par la Convention. Le projet de Convention répond par la négative, puisqu'il exige que la future décision du juge premier saisi soit "susceptible d'être reconnue en vertu de la Convention". Or

même pour une règle d'abstention adoptée unilatéralement par un Etat. Celle-ci valant par définition pour tous les Etats non couverts par une convention, il serait difficile pour l'Etat qui s'engage dans cet effort de coordination unilatéral, de renoncer à tout contrôle de la compétence du juge étranger.

En conclusion, il nous semble légitime de faire dépendre le mécanisme de coordination d'une condition liée à la *qualité* de la compétence du juge étranger. Seul le cadre très particulier de l'espace judiciaire européen permet de se passer d'une telle condition. Il reste à examiner quelle *forme* peut prendre un éventuel contrôle de la compétence-litispendance.

(ii) Modalités du contrôle de la compétence-litispendance

750. **Introduction** - L'examen de la compétence-litispendance peut s'inspirer pour une large part de ce qui se fait en matière de compétence indirecte : le moment auquel se déroule le contrôle est certes différent – l'activité judiciaire étrangère étant en cours et non encore achevée – mais le but de l'examen rejoint celui assigné au contrôle de la compétence indirecte : il s'agit de vérifier si la revendication de compétence dans le chef du tribunal étranger peut trouver grâce aux yeux du for de l'abstention, de sorte que celui-ci consente à s'incliner devant la (future) décision du juge étranger. La différence chronologique ne tient à notre sens ni à la nature, ni au but du contrôle, même si elle peut inciter à une certaine prudence dans l'appréciation, s'agissant de renvoyer les parties en cours de procédure et non simplement de se plier devant une décision étrangère.

751. **Exclusion du contrôle à la lumière des règles étrangères** – La question du contrôle de la compétence du juge étranger a déjà fait l'objet de savantes recherches dans le cadre de la théorie des effets des jugements étrangers.³²⁹⁵ Si en droit comparé il n'y a pas unanimité sur l'identité des règles de compétence indirecte, on constate toutefois qu'un accord se fait pour exclure ce que M. *Holleaux* appelait les doctrines de l'*unilatéralité*, qui se référaient principalement aux règles de compétence directe du tribunal étranger pour évaluer l'exercice de compétence dans son chef. Ce faisant, le juge requis contrôlait en réalité plus la régularité de la décision étrangère que la possibilité de l'intégrer dans l'ordre juridique du for, ce qui traduisait une méprise certaine sur la *nature* du contrôle.³²⁹⁶

selon l'article 24, les dispositions de la Convention relatives à la reconnaissance et l'exécution ne bénéficient qu'aux décisions rendues par un tribunal qui tire sa compétence directement de la Convention. Par contre le juge second saisi est tenu par l'exception de litispendance même si sa compétence est fondée sur le droit national (article 21(4)). Cette assymétrie s'explique puisque lorsque le juge premier saisi est un for 'gris', sa décision ne devra pas être reconnue par le for concurrent saisi en vertu de la Convention, alors que l'inverse n'est pas vrai.

³²⁹⁵ V. surtout l'étude de D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, 456 p. Curs. également R. GEIMER, *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischen Urteilen. Insbesondere zur Frage der Präklusion neuerer Tatsachen und der Bindung an die tatsächlichen Feststellungen des ausländische Gerichts*, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht vol. 42, Bielefeld, Gieseking, 1966, 176 p. et A. T. VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments – General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 9-112, spéc. 50-85. V. également A. BRIGGS, "Which Foreign Judgments Should We Recognize Today?", *I.C.L.Q.*, 1987, 240-257; M. FRICKE, *Anerkennungszuständigkeit zwischen Spiegelbildgrundsatz und Generalklausel. Die deutsche Anerkennungszuständigkeitsregel im rechtsvergleichender, rechtshistorischer und rechtspolitischer Sicht*, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht vol. 128, Bielefeld, Gieseking, 1990, 128 p. et A. PONSARD, "Le contrôle de la compétence des juridictions étrangères", *Trauaux comité français D.I.P.*, 1985-86, 47 e.s.

³²⁹⁶ Au demeurant, il serait bien présomptueux pour le juge requis de prétendre contrôler le respect par le juge d'origine de ses propres règles. Sur la survivance dans certaines 'démocraties populaires' de théories inspirées de l'unilatéralité, v. F. K. JUENGER, « The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters », *Am J. Comp. L.*, 1988, 14. Avec G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, on peut constater que la théorie de l'unilatéralité a

Ces constatations gardent toute leur force pour le contrôle de la compétence-litispendance par le tribunal second saisi. Celui-ci ne peut raisonnablement se contenter d'examiner la compétence du juge étranger à la lumière des règles de ce dernier, sous peine de se livrer pieds et poings liés aux revendications exorbitantes de compétence de ce for. L'exercice relèverait d'ailleurs de la gageure, surtout à l'égard de jugements émanant de pays où les règles de compétence n'ont pas été couchées dans des dispositions législatives précises.³²⁹⁷ Il n'y a donc pas lieu d'accorder une quelconque importance à la *lex fori* étrangère dans le règlement de la compétence-litispendance.³²⁹⁸

752. Distinction compétence directe et compétence-litispendance - Le droit comparé révèle également un accord pour accepter la nécessité de distinguer compétence *directe* et *indirecte* : là où la première porte sur les circonstances dans lesquelles les tribunaux du for sont autorisés à prendre connaissance d'un litige, la seconde fait partie d'un ensemble de conditions posées à l'intégration d'une décision étrangère dans ce même for. Comme l'a montré M. *Holleaux*, il n'y a pas de lien 'logique' entre les deux questions et il serait erroné de vouloir déduire la solution du problème de la compétence indirecte de celle que l'on donne à la question de la compétence directe.

Encore une fois, ces constatations ne perdent rien de leur valeur lorsqu'il s'agit pour le for de l'abstention de contrôler la compétence-litispendance. Tout comme pour la reconnaissance d'un jugement étranger, il s'agit en effet de déterminer si le for peut tolérer la revendication de compétence du for étranger.³²⁹⁹

753. Rejet de la bilatéralisation des règles de compétence du for - On constate toutefois qu'aucun accord ne se fait sur l'identité des principes qui devraient permettre d'évaluer la compétence-litispendance ainsi comprise.³³⁰⁰ Un premier système consiste à *bilatéraliser*, dans un esprit d'égalité, les règles de compétence du for pour jauger la revendication étrangère. Il ne s'agit pas tant de prétendre que ces règles décident de la compétence du juge étranger, fonctionnant comme des règles de répartition des litiges, que d'utiliser ces règles comme une mesure abstraite de l'exercice de compétence.³³⁰¹

aujourd'hui complètement disparu, "General Report", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 22.

³²⁹⁷ Sur cette difficulté, G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, *loc. cit.*, in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), ouvrage précité, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 22. Cette difficulté se manifeste également dans l'examen de la condition de réciprocité, *supra*, n° 740.

³²⁹⁸ On constate d'ailleurs que l'unilatéralité simple absolue n'est guère qu'une solution *théorique*, les systèmes qui prévoyaient le contrôle de la compétence indirecte selon cette méthode admettant une réserve d'ordre public à l'application de la *lex fori* étrangère pour la vérification de la compétence du juge étranger dont émane la décision, p. ex. D. HOLLEAUX, *op. cit.*, Paris, Dalloz, 1970, 11-14 et les nombreuses décisions citées ; sur le rôle de l'exception d'ordre public dans ce contexte en droit français avant l'arrêt *Simitch*, v. BATHIFOL et LAGARDE, t. II, 569-570, n° 719.

³²⁹⁹ La seule différence tient au fait que dans le cadre de la théorie des effets des jugements étrangers, le contrôle de l'activité judiciaire étrangère peut se baser sur le 'produit fini' de celle-ci. Lorsque c'est l'abstention qui est en jeu, le for étranger ne s'est par hypothèse pas encore prononcé, ce qui rapproche le contrôle de la compétence-litispendance d'un pari sur le futur. Cfr. *supra*, n° 718 sur la difficultés pratiques du pronostic de reconnaissance.

³³⁰⁰ Pour une présentation générale, v. P. MAYER, 1998, 239-244 et B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts*, Paris, Dalloz, 1998, 445 e.s.

³³⁰¹ M. Holleaux distinguait à ce sujet la *bilatéralité*, solution proprement *inductive* qui se fourvoyait en décidant que les règles de compétence du for ne se bornent pas à décider de la compétence des juges de l'Etat, mais également de celles des juges étrangers, de la *bilatéralisation*, solution *finaliste* qui voyait dans les règles de compétence directe du pays de reconnaissance un "modèle de ce que pourrait être une réglementation idéale de la compétence internationale" (D. HOLLEAUX, *op. cit.*, Paris, Dalloz, 1970, 377, n° 399 et sur cette distinction, 122, n° 105 e.s.).

La théorie de la "bilatéralisation" selon l'expression française³³⁰² a ainsi les faveurs des législateurs allemand, italien et autrichien.³³⁰³ La bilatéralisation des règles de compétence directe du for a l'avantage de pouvoir être aisément mise en pratique, puisque le juge peut se contenter de se référer à un corpus de règles qui lui est familier. Elle introduit également une certaine *égalité* entre les Etats, dès lors que le for reconnaît au tribunal étranger une compétence au moins aussi grande que celle qu'il revendique pour ses propres tribunaux.³³⁰⁴

754. Rejet de la bilatéralisation des règles de compétence du for (suite) - Cette méthode n'échappe toutefois pas à la critique, en particulier parce qu'elle revient à imposer au for étranger la conception que se fait le for de l'abstention de la compétence internationale, en excluant d'avance que d'éventuelles règles de compétence étrangères différentes puissent être raisonnables.³³⁰⁵ Quand on sait que les règles de compétence directe ne sont pas toujours le fruit d'une réflexion aboutie sur la légitimité de revendication de compétence, il devient plus délicat d'exiger le respect de ces dispositions par le juge étranger.³³⁰⁶ On constate d'ailleurs que l'argument du respect de l'égalité

³³⁰² Selon la terminologie allemande il s'agit du 'Spiegelbildsprinzip'.

³³⁰³ Se fondant sur une vaste étude comparative, M. Juenger constate que la théorie de la bilatéralisation est la plus répandue : F. K. JUENGER, *loc. cit.*, *Am J. Comp. L.*, 1988, 15. Elle a en tout cas les faveurs des droits d'inspiration germanique. V. par exemple le § 328(1) du ZPO allemand et le § 80, no. 1 de l'Executionsverordnung autrichien. Pour une application en matière de litispendance, v. p. ex. BGH, 12 février 1992, *NJW-RR*, 1992, 642 ; *FamRZ.*, 1992, 1058 ; *IPRax*, 1994, 40, note LURKE ; *IPRspr.*, 1992, 476, n° 211 (exception de litispendance invoquée dans une procédure de divorce en faveur d'une instance pendante en France, le BGH vérifie que le tribunal français est bien compétent "bei spiegelbildliche Anwendung des § 606 a I/1 ZPO").

La récente codification italienne a confirmé le principe de la bilatéralisation qui était déjà en vigueur avec l'article 797, al. 1 du Code de procédure civile de 1942. L'article 64(1)(a) de la loi n° 218 du 31 mai 1995 prévoit que le jugement étranger est reconnu en Italie si le juge étranger "pouvait connaître de la cause selon les principes de compétence internationale propres à l'ordre juridique italien", sur cette disposition, v. T. BALLARINO et A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, Milan, Cedam, 1999, 159-160. Sur les solutions de l'ancien droit italien, v. D. HOLLEAUX, *op. cit.*, Paris, Dalloz, 1970, 123-124.

³³⁰⁴ M. Schwab p.ex. voit dans cet esprit d'égalité l'argument décisif en faveur du *Spiegelbildsprinzip* (IZVR, 2002, 359, n° 831 : "Das Spiegelbildsprinzip verwirklicht also durchaus fortschrittlich die Zuständigkeitsgleichheit zwischen den Staaten. Der Umfang der Anerkennungszuständigkeit reicht genauso weit wie die Entscheidungszuständigkeit, die der Anerkennungsstaat für sich selbst beansprucht").

Certains voient dans l'idée d'égalité une manifestation de la 'courtoisie internationale'. Approuvant l'élargissement du critère de la compétence indirecte à la suite de l'élargissement comparable des chefs de compétence directs, un juge anglais notait qu'"il serait contraire au principe et incompatible avec la courtoisie internationale que les tribunaux anglais refusent de reconnaître une compétence que, *mutatis mutandis*, ils réclament pour eux-mêmes" (Lord Hodson dans l'affaire *Travers v Holley*, [1953] 3 W.L.R. 507, selon la traduction de la décision parue à la *R.C.D.I.P.*, 1956, 316, note R. GRAVESON).

³³⁰⁵ On notera par exemple que l'évolution de la jurisprudence anglaise en matière de reconnaissance de décisions étrangères de divorce a été entre autre justifiée par l'idée que la simple bilatéralisation des critères de compétence directe était trop restrictive, parce qu'elle ne permettait pas de reconnaître des jugements rendus par des tribunaux étrangers sur la base d'une règle de compétence inconnue du droit anglais mais pourtant raisonnable. V. surtout l'arrêt *Indyka v Indyka* de la Chambre des Lords ([1967] 1 A.C. 853, [1967] 3 W.L.R. 510, [1967] 2 All ER 689 (H.L.)) et les commentaires de PH. FRANCESCAKIS, "Un bond dans la jurisprudence anglaise en matière de reconnaissance des décisions étrangères - L'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire du divorce Indyka", *R.C.D.I.P.*, 1969, 601-637, spéc. 623-628. Il n'est pas sans intérêt de rappeler, comme le font MM. Cheshire et North (1999, 422-423), que cette décision a sans doute été la première à consacrer la notion de 'real and substantial connection' en matière de compétence indirecte.

³³⁰⁶ Après avoir démonté un à un les arguments invoqués à l'appui de la bilatéralisation, M. Holleaux expliquait que "le principe réel" de ce système était que les règles de compétence directe du for étaient "présümées fournir le modèle de ce que pourrait être une réglementation idéale de la compétence internationale" (*op. cit.*, Paris, Dalloz, 1970, 377, n° 399). Cette observation fort pertinente n'appelle pas d'autre commentaire que le constat, banal, que la perfection n'est pas de ce monde... M. Juenger observait en outre que le principe du miroir "is at once too narrow and too broad. It is too narrow because the forum's rules may be unduly restrictive, which jeopardizes the recognition of judgments that rest on an otherwise unobjectionable basis. Conversely, the mirror-image

souveraine, invoqué à l'appui de la bilatéralisation, est souvent battu en brèche, notamment lorsque le for revendique une compétence exclusive à l'égard de certains litiges, compétence dont l'existence empêchera toute reconnaissance de la décision étrangère.³³⁰⁷ L'idée de réciprocité qui fonde le système de la bilatéralisation apparaît dès lors n'être qu'une justification bien maigre du système, le for se permettant quelques entorses au principe lorsqu'il l'estime nécessaire.³³⁰⁸

La bilatéralisation procède ensuite d'une généralisation qui peut se révéler réductrice entre compétence directe et indirecte. Les objectifs assignés à la règle de compétence directe ne sont en effet pas nécessairement ceux qu'un ordre juridique entend faire respecter par le biais du contrôle de la compétence indirecte.³³⁰⁹ On a vu que la détermination de la compétence directe des tribunaux d'un pays répond nécessairement à une pluralité d'objectifs (*supra*, n° 108). Parmi ceux-ci il en est qui peuvent également fonder le contrôle de la compétence indirecte - on pense par exemple au souci de protection du défendeur. Rien ne dit toutefois qu'il en sera ainsi pour tous les objectifs assignés aux règles de compétence directe.

755. Création d'une règle spécifique de compétence-litispendance - La bilatéralisation des règles de compétence du for ne satisfait pas. Cette méthode n'est toutefois pas la seule envisageable. Procédant sur le même modèle non déductif, certains droits nationaux ont ainsi préféré se passer de toute référence à leurs propres règles de compétence et créer au contraire une ou plusieurs règles spécifiques portant sur la compétence indirecte. A son tour, cette dernière méthode connaît plusieurs variantes. La jurisprudence française par exemple s'est orientée vers une approche *flexible* fondée sur l'exigence générale de l'existence d'un 'lien raisonnable' entre le for étranger et le litige.³³¹⁰

principle projects into the foreign legal system all of the recognition state's jurisdictional assertions, however extravagant they may be" (*Id.*, *Am J. Comp. L.*, 1988, 15).

³³⁰⁷ Dans ce cas, la revendication de compétence par le for étranger ne sera normalement pas honorée, même si elle correspond à une autre règle de compétence commune du for. V. p. ex. en droit allemand, H. SCHACK, 1997, 325, n° 835. En général, critique de la bilatéralisation sous cet aspect, A. T. VON MEHREN, *ac*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 60-61.

³³⁰⁸ Plus de détails, D. HOLLEAUX, *ac*, Paris, Dalloz, 1970, 374-377 (M. Holleaux expliquait qu'"à la différence d'un système fondé sur l'idée de réciprocité, le système de la bilatéralisation, tel qu'il est ordinairement compris, tolère fort bien l'attitude consistant à refuser aux autres ce qu'on se permet soi-même" (377, n° 398). Dans la doctrine allemande, des voix s'élèvent pour ces raisons et d'autres, contre le 'Spiegelbildsprinzip', P. GOTTWALD, *Z.Z.P.*, 1990, 273 e.s. et J. BASEDOW, "Variationen über die spiegelbildliche Anwendung deutsche Zuständigkeitsrechts", *IPRax*, 1994, 183-186.

³³⁰⁹ En ce sens, G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, *lc*, in *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 22-23.

³³¹⁰ Jurisprudence *Simitch*, Cass. fr., 6 février 1985, *R.C.D.I.P.*, 1985, 369 ; *J.D.I.*, 1985, 460, note A. HUET ; *D.*, 1985, 469, note MASSIF. Dans cette affaire, qui portait sur l'exequatur en France d'un jugement anglais ayant alloué, à titre de mesure provisoire au cours d'une instance en divorce, une pension alimentaire à une épouse, la Cour a décidé, dans un attendu de principe, que "le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux", tout en réservant l'hypothèse de la compétence exclusive des tribunaux français. Sur l'interprétation de l'exigence du lien caractérisé constitutif de la compétence internationale indirecte, v. Cass. fr. 5 mai 1998, *R.C.D.I.P.*, 1998, 662, note H. MUIR WATT.

Le droit canadien s'oriente dans la même direction. Dans l'affaire *Morguard* (*Morguard Investments Ltd. v De Savoye* (1991) 76 D.L.R. (4th) 256 et les commentaires de CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, 4ème éd., Toronto, Butterworths, 1997, 56-58 et 280-282 ; J. BLOM, *Can. Bar Rev.*, 1991, 733 e.s. ; P. GLENN, *McGill L.J.*, 1992, 537 e.s.), la Cour Suprême a décidé qu'un jugement devait être reconnu pour autant que le tribunal d'origine "properly, or appropriately, exercised jurisdiction in the action", ce qui suppose que le for d'origine "has a real and substantial connection with the action". Depuis lors confirmé dans *Hunt v T. & N. plc* (1993) 109 D.L.R. (4th) 16. Cette décision qui ne concernait au départ que la reconnaissance de jugements d'autres provinces, a depuis lors été étendue aux espèces internationales, p. ex. *United States of America v Ivey*, (1995) 130 D.L.R. (4th) 674. *M.M. North* et *Fawcett* plaident pour l'adoption d'un tel système flexible en droit anglais (CHESHIRE et NORTH, 1999, 422) et dans le même sens A. BRIGGS, *lc*, *L.Q.R.*, 1992, 549. *Comp. J.* HARRIS, *lc*, *Ox. J. L. S.*,

Une autre variante consiste à dresser une liste des chefs de compétence jugés acceptables, qui seront les seuls à pouvoir légitimer, aux yeux du for, l'exercice de compétence par le for étranger.³³¹¹ Enfin, on peut également imaginer de procéder par élimination en établissant une liste des chefs de compétence jugés inacceptables, qui disqualifieront la procédure étrangère, comme le font certaines conventions.³³¹²

756. Création d'une règle spécifique de compétence-litispendance (suite) – La création de règles spécifiques de compétence indirecte n'est pas sans soulever de difficiles questions. Si elle séduit par une flexibilité qui fait parfois défaut au droit international privé continental, l'approche française pêche par contre par une fâcheuse incertitude. Laisser le juge du for se prononcer sur l'existence d'un lien 'caractérisé' entre le for étranger et le litige, c'est priver les parties de la possibilité de prévoir avec la certitude requise si la décision qu'ils tentent d'obtenir, va effectivement pouvoir sortir ses effets dans le for requis.³³¹³ Or l'abstention, tout comme la reconnaissance des jugements étrangers, est toute entière au service des intérêts des justiciables dont il serait inopportun de décevoir les attentes. On peut en outre se demander s'il existe une différence réelle entre l'exigence du lien caractérisé et l'absence de fraude ou d'artifice.³³¹⁴

Quant à la méthode de la 'liste noire', qui consiste à recenser de façon exhaustive les chefs de compétence jugés inacceptables, elle a l'avantage de garantir une certaine sécurité juridique pour les parties, qui peuvent prévoir si le juge étranger acceptera de s'effacer devant la saisine du for. Elle est également d'une application aisée pour le juge, qui ne doit pas s'interroger sur l'existence d'un quelconque lien 'raisonnable'. La confection d'une telle liste ne devrait pas poser de difficultés insurmontables, un accord semblant se dessiner sur les chefs de compétence les plus exorbitants.³³¹⁵ En outre, cette méthode permet d'éviter le soupçon d'impérialisme qui affecte la vérification de la

1997, 477 (la reconnaissance doit être accordée ou non selon que le tribunal anglais est prêt à accorder une injonction anti-suit contre la procédure étrangère).

³³¹¹ Cette méthode semble convenir plus particulièrement pour le droit conventionnel. Elle a notamment été adoptée pour la Convention de La Haye du 1er février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, v. l'article 10 et pour un commentaire détaillé de cette disposition, A. T. VON MEHREN, *o.c.*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 64-72.

³³¹² P. ex. articles 1 et 2 de la Convention austro-allemande du 6 juin 1959 et l'article 3 de la convention gréco-allemande du 4 novembre 1961. La Convention scandinave est également bâtie sur ce modèle, qui ne reprend que deux fors 'prohibés', à savoir d'une part la présence de biens et d'autre part la présence temporaire du défendeur. V. également l'approche très libérale adoptée par l'article 570 du Code judiciaire : seule la compétence fondée sur la nationalité du demandeur est proscrite – ce qui doit se comprendre comme une réaction contre le privilège de nationalité toujours en vigueur en France. On peut se demander si cette approche minimaliste ne fait pas peser une certaine tension sur l'exception d'ordre public et la tentation de recours à la notion de 'fraude à la loi'. *Cors.* aussi le récent projet de loi fédérale américaine proposé par l'*American Law Institute*, qui procède également par la négative en excluant d'emblée la reconnaissance des jugements étrangers fondés sur certains chefs de compétence limitativement énumérés (§ 6).

³³¹³ M. Schack, dont on connaît la réticence à l'encontre de la formule similaire des 'minimum contacts' (*supra*, n° 56), évoque à propos de l'approche française le spectre d'une "Große Rechtsunsicherheit" (H. SCHACK, *IZVR*, 2002, 359, n° 833). Dans sa préface à l'étude de D. Holleaux, M. Batiïffol insistait déjà sur les « exigences de prévisibilité et de cohérence » (préface, p. VII) pour exprimer des doutes sur la solution préconisée par M. Holleaux, qui préconisait "une appréciation concrète" de chaque cas, toute entière soumise à "l'intérêt procédural [des] plaideur[s], envisagé en particulier sous l'angle des droits de la défense" (p. 380, n° 402).

³³¹⁴ V. en ce sens, les doutes de H. MUIR WATT, note sous Cass. fr., 5 mai 1998, *R.C.D.I.P.*, 1998, 665, qui parle de "leurre" et doute de la possibilité de pouvoir réellement séparer les deux. En matière de litispendance, Cass. fr., 15 juin 1994, *R.C.D.I.P.*, 1996, 127, note B. ANCEL (la Cour reproche à l'arrêt attaqué d'avoir refusé une exception de litispendance au profit d'une instance en divorce algérienne. Elle constate qu'en l'espèce, les tribunaux algériens possédaient un rattachement caractérisé avec la cause, ce qui aurait tout aussi bien pu montrer l'absence de fraude).

³³¹⁵ *Supra* n° 37. On pourrait par exemple s'inspirer de la liste noire de la Convention de Bruxelles ou de celle de la Convention de La Haye.

compétence du for étranger sur base des règles du for. A celles-ci mieux vaut substituer une liste de fors exorbitants universellement admis. Comme le faisait remarquer M. Holleaux, une telle méthode risque toutefois de manquer de la flexibilité requise.³³¹⁶ Les règles de compétence peuvent évoluer, et rendre une éventuelle liste noire rapidement obsolète. M. Holleaux expliquait en outre qu'une règle *a priori* très choquante peut s'avérer tout à fait justifiable dans une espèce particulière, ce que ne permettrait pas de rencontrer un contrôle fondé sur une liste noire arrêtée *ab initio*.³³¹⁷

757. Préférence pour une approche mixte de la compétence-litispendance – Les inconvénients de la création d'une ou de plusieurs règles spécifiques de compétence-litispendance nous incitent à préférer l'adoption d'un *système mixte*, tel que l'on retrouve dans deux codifications récentes. Le législateur québécois a ainsi tenté de combiner la prévisibilité de la bilatéralisation avec la flexibilité offerte par l'appréciation au cas par cas. Selon l'article 3164 du Code civil, "[l]a compétence des autorités étrangères est établie suivant les règles de compétence applicables aux autorités québécoises [...]". Le principe de la bilatéralisation est toutefois nuancé puisque la même disposition précise *in fine* qu'il n'y a reconnaissance "que dans la mesure où le litige se rattache de façon importante à l'Etat dont l'autorité a été saisie". Ce faisant, on a l'impression que le législateur québécois doute de la légitimité de ses propres règles de compétence!³³¹⁸ De plus le principe de la bilatéralisation ne s'appliquera pas dans certains domaines, comme les actions personnelles à caractère patrimonial ou en matière de filiation ou de divorce.

Le système proposé au législateur belge se rapproche de celui en vigueur au Québec par son approche hybride, tout en poussant la réflexion plus loin. Le projet de Code belge de droit international privé procède à un "réajustement" - selon l'expression du rapport explicatif - du contrôle de la compétence indirecte. Poursuivant sur la lancée du Code judiciaire de 1968, qui avait déjà réduit le contrôle de la compétence indirecte au strict minimum, le projet de Code supprime en principe le contrôle, en y substituant un contrôle de la *fraude à la loi* (article 25, § 1(3)). Le Code prévoit toutefois la possibilité pour le juge belge de contrôler directement la compétence du juge étranger dans certaines matières spéciales, par exemple lorsque le juge belge dispose d'une compétence exclusive (article 25, § 1, (7)).³³¹⁹ Enfin, l'article 25, § 1, (8) permet de refuser de reconnaître une décision étrangère lorsque le juge d'origine n'a pu fonder sa compétence que sur la simple présence d'une personne ou de biens sans relation directe avec le litige.

Ce système, aux accents à la fois sophistiqués et minimalistes, séduit. En réservant d'emblée les cas de compétence exclusives, érigés en obstacles absolus à la réception d'un jugement étranger, le projet peut se permettre de ne retenir qu'une règle fort libérale pour le *quod plerumque fit*. Il reste à voir si ce système ne laisse pas une place trop importante à la casuistique, mettant en cela en péril la nécessaire prévisibilité des solutions.

³³¹⁶ En ce sens, D. HOLLEAUX, *ac*, Paris, Dalloz, 1970, 382-383, n° 402-403 (qui ne conçoit l'adoption d'une telle méthode que dans un cadre conventionnel).

³³¹⁷ 383, n° 403.

³³¹⁸ Pour plus de détails, E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *Droit international privé. T. 1 : Théorie générale*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 416-432, n° 175-186. Ces auteurs démontrent que la formule adoptée par le législateur québécois peut conduire à des résultats imprévisibles, notamment parce que la bilatéralisation ne se limite pas aux règles de compétence proprement dites, mais porte également sur la disposition du forum non conveniens prévue par le même Code.

³³¹⁹ V. également l'article 57 pour la répudiation, l'article 72 pour l'adoption, l'article 115 pour les personnes morales et l'article 121 pour l'insolvabilité.

758. **Conclusion - Réserve des cas de compétence exclusive et condition de la fraude-litispendance** - En conclusion, une fois que le juge étranger a statué sur sa propre compétence, il nous semble légitime de permettre au for de l'abstention de procéder à une évaluation de la compétence-litispendance, du moins lorsque l'abstention est pratiquée unilatéralement. Cette évaluation devrait selon nous être fondée sur une définition spécifique de la compétence-litispendance du for étranger. Lorsque l'abstention s'intègre dans une solution conventionnelle, ce contrôle doit de préférence être effectué sur base d'une liste noire.³³²⁰ L'abstention unilatérale peut se dispenser d'un contrôle de la compétence-litispendance, auquel il convient de substituer une clause de sauvegarde visant à réprimer la fraude.³³²¹ On voit déjà que l'abstention n'est pas une démarche en un temps, mais doit se décomposer en plusieurs phases.

* *
*

³³²⁰ On ne reviendra plus sur les questions de procédure et en particulier celle de savoir si la question de la compétence du juge étranger doit être soulevée d'office par le for et si celui-ci est lié par les constatations de fait ou de droit qui fondent la décision du juge étranger de se déclarer compétent, v. en général pour la reconnaissance des jugements étrangers, A. T. VON MEHREN, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 75-85.

³³²¹ Pour laquelle on peut s'inspirer de ce qui se fait en matière de jugement étranger. L'article 25 (3) du projet de Code belge de droit international privé dispose ainsi que ne sera pas reconnue, ni mise à exécution une décision étrangère obtenue « en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, dans le seul but d'échapper au droit applicable en vertu de la présente loi ».

(b) Ordre public et coordination des procédures concurrentes

759. **Introduction** - À côté de l'examen de la compétence indirecte, le respect de l'ordre public du for requis constitue sans nul doute le motif de refus le plus connu en matière d'efficacité des jugements étrangers.³³²² On peut dès lors se demander si ce concept pourrait jouer un rôle en matière de coordination des procédures concurrentes et, le cas échéant, sous quelle forme.

D'emblée on peut exclure d'emprunter à la théorie de l'efficacité des jugements étrangers le contrôle 'classique' de l'ordre public : un tel examen, à supposer qu'il soit jugé nécessaire, serait déplacé. Au moment où se pose la question de la coordination, il ne peut en effet être question de vérifier le contenu ou plutôt l'effet recherché par une décision étrangère encore en gestation. Un contrôle éventuel déduit de l'ordre public devrait nécessairement porter sur d'autres éléments que le 'produit fini' de l'oeuvre judiciaire étrangère.

Même si le contenu du contrôle doit être différent, l'idée que le for second saisi se réserve, pour des situations exceptionnelles, la possibilité de refuser le bénéfice de la coordination, au nom de considérations touchant à l'ordre public, séduit intuitivement. Après tout, si le for pose une telle limite pour l'efficacité de la décision étrangère, pourquoi ne ferait-il pas de même lorsque la coordination de procédures est en jeu? Le droit comparé confirme la pertinence de l'intuition. Un rapide aperçu nous apprend en effet que l'idée de soumettre le mécanisme de coordination à certaines exigences que le for juge essentielles, est fort répandue. Par la force des choses, il ne s'agit pas tant de délimiter les effets du jugement étranger que de s'attacher au cours de la procédure devant le juge étranger. Les exigences posées se rattachent toutes d'une manière ou d'une autre au principe d'une bonne administration de la justice. Tantôt il s'agira de se préoccuper de l'intégrité de la justice étrangère, tantôt la coordination sera refusée en raison du dépassement du délai raisonnable. Tel nous paraît être l'enjeu de l'application de l'ordre public aux conflits de procédures.

Avant d'expliquer quel pourrait être la portée d'une limitation déduite des exigences d'une bonne administration de la justice (§ 2), il faut tout d'abord s'interroger sur la pertinence d'une telle condition (§ 1). On apercevra ainsi que la question appelle une réponse différente selon que l'abstention s'insère ou non dans un mécanisme conventionnel.

(i) La pertinence d'une condition déduite des exigences d'une bonne administration de la justice

760. **Introduction** - Les exemples évoqués tout au long de cette étude ont montré la diversité des situations dans lesquelles on rencontre des conflits de procédures. On peut ainsi imaginer que le demandeur à l'étranger se voit imposer le paiement d'une caution d'un montant tel qu'elle rende impossible la poursuite de la procédure étrangère au profit de laquelle l'abstention est invoquée.³³²³ Le tribunal à qui il est demandé de s'abstenir

³³²² Il figure d'ailleurs parmi les motifs que F. K. JUENGER qualifie d'"universel" (*loc. cit.*, *Am J. Comp. L.*, 1988, (1), 21 e.s.). V. également F. RIGAUX, t. I, 1987, 151, n° 224.

³³²³ V. l'affaire *Pondea* : Cass. fr., 16 mars 1999, *J.D.I.*, 1999, 773, note A. HUET; *R.T.D. civ.*, 1999, 469 et note R. PERROT ainsi que les commentaires de H. MUIR WATT in *Reu. Gén. Procéd. int.*, 1999, 747. *Adde* G. A. L. DROZ,

peut également constater que son homologue étranger interdira au défendeur de se faire représenter par un avocat s'il ne comparait pas personnellement.³³²⁴ Même s'il fait preuve d'un sain esprit de relativité, le for de l'abstention peut dans ces hypothèses, et bien d'autres, hésiter à confier au tribunal étranger le soin de trancher le litige.

Cette hésitation est légitime. L'expérience de la litispendance internationale et du *forum non conveniens* ont en effet montré qu'il pouvait dans certains cas s'avérer peu judicieux d'exiger d'un juge qu'il cède la priorité à un autre. Avant de donner forme à une éventuelle clause d'exception, il faut s'interroger sur sa légitimité. Pour ce faire, on évoquera dans un premier temps les expériences des droits anglais et néerlandais, qui illustrent dans quel contexte le remède est appelé à jouer (A). On se demandera ensuite dans quelle mesure une telle clause est opportune (B).

A. La bonne administration de la justice comme limite à la coordination en droit comparé

761. Introduction - Pour illustrer le rôle que peut jouer une condition déduite de l'ordre public, on peut s'inspirer du droit comparé. Celui-ci offre en effet une riche panoplie de situations dans lesquelles les tribunaux ont jugé nécessaire de limiter l'effort de coordination du fait de considérations empruntées à la bonne administration de la justice. Les exemples suivant permettront de mieux cerner l'intervention éventuelle de l'ordre public dans le jeu de la coordination.

762. Les limites de la litispendance en droit néerlandais - Le premier exemple vient des Pays-Bas. On a vu que les tribunaux néerlandais ne se sont que récemment converti aux joies de la litispendance internationale (*supra*, n° 403). Cette conversion ne s'est pas faite à l'aveuglette. Dès l'entame, les tribunaux se sont réservés une importante marge de manoeuvre pour évaluer la fiabilité de la justice étrangère. Dans sa décision de principe de 1995, qui a mis fin à l'isolement en acceptant que le juge néerlandais puisse faire droit à une exception de litispendance,³³²⁵ la Cour Suprême a en effet apporté une nuance importante en précisant que le demandeur dans la procédure néerlandaise pouvait s'opposer au déclinatoire de litispendance en faisant valoir un *intérêt légitime* ("redelijk belang") à voir la seconde procédure aboutir.

En l'espèce cette réserve a immédiatement été mise à profit pour rejeter le sursis demandé en faveur d'une procédure concurrente engagée par la même demanderesse, citoyenne néerlandaise mariée à un citoyen indonésien, devant les tribunaux indonésiens. La Cour d'Appel avait en effet conclu que l'état de santé précaire de l'épouse nécessitait une conclusion rapide du litige que ne pouvait garantir la justice indonésienne.³³²⁶ Le Hoge Raad n'a pas désavoué les juges d'appel et a confirmé que l'épouse avait fait la preuve d'un intérêt légitime qui l'autorisait à poursuivre sa demande en divorce devant les tribunaux

³³²⁴ "Variations Pordea (A propos de l'arrêt de la Cour de cassation, 1ère Chambre civile, du 16 mars 1999), *R.C.D.I.P.*, 2000, 181-197.

³³²⁵ V. l'affaire *Krombach* qui a donné lieu à une décision de la Cour de Justice (28 mars 2000, *Krombach t. Bambercki*, affaire C-7/98, *Rec.*, 2000, I-1935 ; *R.C.D.I.P.*, 2000, 481) ainsi que de la Cour européenne (arrêt du 13 février 2001). V. H. MUIR WAIT, « Evidence of an Emergent European Culture: Public Policy Requirements of Procedural Fairness Under the Brussels and Lugano Conventions », *Texas Int'l. L. J.*, 2001, 539 e.s.

³³²⁵ HR, 3 juillet 1995, *N.J.*, 1997, n° 54, p. 241; *RudW.*, 1995, 157C; *N.I.P.R.*, 1995, n° 475.

³³²⁶ Point 3.1. : "Dit belang is, mede gelet op de gezondheidstoestand van de vrouw, gelegen in een spoedige beslissing op het echtscheidingsverzoek. Een onherroepelijke beslissing op het echtscheidingsverzoek is kennelijk aanmerkelijk sneller te verwachten dan in de procedure in Suriname".

néerlandais malgré l'existence d'une procédure concurrente de divorce au Surinam. Ce faisant, le Hoge Raad a enfermé l'exception de litispendance dans des limites strictes, puisqu'elle ne pourra jouer au détriment d'un demandeur présentant un 'intérêt raisonnable'.³³²⁷ Cette première illustration permet de cerner les préoccupations qui pourraient justifier le recours à une exception au mécanisme de coordination. Elle met également en relief les dangers d'une telle exception : la formule retenue par le Haut Conseil laisse une grande marge de manoeuvre aux tribunaux, sans qu'apparaisse clairement une quelconque limite au jeu de l'intérêt raisonnable.³³²⁸

763. Exception de justice dans la doctrine du *forum non conveniens* – On doit aux tribunaux anglais d'avoir développé une exception de la bonne administration de la justice digne de ce nom. Dans sa formulation moderne, la doctrine du *forum non conveniens* telle qu'on la conçoit en Angleterre, se pense en deux temps. Dans un premier temps le juge examine et compare la prétention des deux fors à se saisir du litige. Si le for étranger peut faire valoir un titre supérieur, le juge renonce à statuer (*supra*, n° 429). Il refusera toutefois de faire droit à l'exception de for approprié lorsque le demandeur démontre que la procédure étrangère ne respecte pas les conditions fondamentales d'une bonne administration de la justice. Lord Goff expliquait ainsi dans l'arrêt *Spiliada* que "[s]i [...] le tribunal conclut que [...] le for étranger est *prima facie* plus approprié pour prendre connaissance de la cause, il accordera le sursis sauf si des circonstances qui tiennent à la justice font qu'un stay ne peut être accordé".³³²⁹

L'exception de justice apporte ainsi une correction au mécanisme du for approprié pour éviter de mettre en péril le droit des parties à un procès équitable. Les circonstances qui justifient l'accueil de cette exception sont aussi diverses que nombreuses. Outre la question du délai raisonnable, sur laquelle nous reviendrons, les tribunaux ont par exemple été confrontés au défaut d'impartialité et d'indépendance des tribunaux étrangers concurrents,³³³⁰ à l'existence d'un cas de force majeure - telle une guerre civile qui empêche tout fonctionnement du système judiciaire étranger³³³¹ - ou encore à la prescription de l'action selon le droit retenu par le for étranger.³³³²

764. Exception de justice dans la doctrine du *forum non conveniens* (suite) – L'exception de justice est devenue au fil du temps le moyen de défense privilégié du

³³²⁷ Deux décisions plus anciennes avaient déjà anticipé ce retournement de jurisprudence : Rb. Breda, 23 octobre 1956, *N.J.*, 1957, n° 375, note Kolléwijn; *W.P.N.R.*, n° 4258, pp. 116 (une demande en divorce est engagée en Indonésie, mais la procédure en appel est au point mort. Le tribunal reconnaît que le demandeur a un intérêt à recommencer une autre procédure aux Pays-Bas). Sur cette décision v. C. C. A. VOSKUIL, "La litispendance en droit international privé néerlandais", in *De conflictu legum Bundel opstellen aangeboden aan R. D. Kolléwijn en J. Offerhaus*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1962, 510-512 et Rb. Dordrecht, 17 mars 1971, *W.P.N.R.*, n° 5320, p. 229. MM. Verheul et Feteris plaident déjà pour une possibilité de déroger à l'exception de litispendance. Ils visaient la seule hypothèse où le même demandeur engage deux actions parallèles : J.-P. VERHEUL et M.C.W. FETERIS, *Rechtsmacht in het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, II, *Overige verdragen en het comraone ipr*, Apeldoorn, Maklu, 1986, 254.

³³²⁸ En première instance, le juge s'était d'ailleurs fondé sur un tout autre argument pour rejeter l'exception de litispendance, à savoir l'existence en droit néerlandais d'un motif de divorce tiré de l'incompatibilité d'humeur entre époux, motif inconnu du droit indonésien.

³³²⁹ *Spiliada Maritime Corp. v. Carsulex Ltd.* [1987] AC 460 at 478 (f). "If, however, the court concludes [...] that there is some other available forum which *prima facie* is clearly more appropriate for the trial of the action, it will [...] grant a stay unless there are circumstances by reason of which justice requires that a stay should nevertheless not be granted".

³³³⁰ P. ex. *Mohammed v Bank of Kuwait and the Middle East KSC* [1986] 1 W.L.R. 1483 (C.A.) ; *Oppenheimer v Louis Rosenthal & Co.*, [1937] 1 All ER 23 (C.A.).

³³³¹ P. ex. *Middle East Banking CO SA v Al-Haddad* (1990) 70 O.R. (2d) 97.

³³³² Hypothèse évoquée dans l'affaire *Spiliada v Carsulex* [1987] A.C. 460, 487.

demandeur qui doute de la pertinence de son élection de for. La jurisprudence a dès lors eu l'occasion de préciser les contours de l'exception. La Chambre des Lords a ainsi récemment été appelée à se prononcer par deux fois sur la délicate question de la pertinence de l'existence d'un système légal d'assistance judiciaire dans un for au demeurant inapproprié.

Dans la première espèce un citoyen écossais réclamait d'importants dommages et intérêts de son ex-employeur, pour le compte duquel il avait travaillé pendant 5 années comme ingénieur dans une mine d'uranium en Namibie.³³³³ Il alléguait avoir développé un cancer du larynx à la suite de ces années de travail. A première vue tous les éléments de la cause convergeaient vers la Namibie, lieu du travail presté et d'établissement de l'employeur. Le demandeur avait même concédé qu'en application de la jurisprudence *Spliada*, la Namibie constituait le for le plus approprié.³³³⁴

Le demandeur s'opposait toutefois au 'stay' en dénonçant le fait qu'il ne pourrait bénéficier en Namibie d'une quelconque assistance judiciaire, que ce soit sous forme directe ou encore par le biais d'un accord de solidarité avec ses conseils. La Chambre des Lords décida qu'en règle générale, la seule absence d'aide judiciaire ne suffisait pas à faire du for à première vue approprié un for 'injuste'. Lord Goff indiqua qu'il ne pouvait admettre que "l'absence d'aide judiciaire dans la juridiction appropriée justifierait à elle seul le refus du dessaisissement sur base du *forum non conveniens*".³³³⁵ La Cour se montra toutefois prête à tolérer une exception à cette règle pour éviter un déni de justice. La victime avait en effet démontré qu'il lui serait impossible de couvrir les frais d'une nouvelle procédure en Namibie.³³³⁶ De plus le litige faisait naître des questions complexes, tant en droit qu'en fait, qui rendait impossible sa conduite sans une assistance professionnelle et le recours à de nombreux experts.

Lord Goff s'est empressé de nuancer cette décision en précisant qu'elle aurait été toute différente si le demandeur avait voulu profiter d'un plus grand "confort" offert par la justice anglaise en comparaison avec les moyens plus rudimentaires du for approprié.³³³⁷ Toujours est-il que la Haute Cour est allée dans cette affaire à la limite de ce que permet l'exception dite de justice.³³³⁸ Cette décision illustre en tout cas parfaitement la difficulté de l'exercice qui vise à préserver le droit à un procès équitable tout en ne mettant pas à

³³³³ *Eduard Connelly v R.T.Z. Corp., Plc*, [1998] AC 854, [1997] I.L.Pr 805 (H.L.). La décision de la cour d'appel a été publiée sous le nom de *Eduard Connelly v R.T.Z. Co, Plc and RTZ Overseas Services Ltd. (N°1)* [1996] 1 All ER 500 ; [1996] I.L.Pr 245 ; [1996] 2 W.L.R. 251 et N° 2 [1997] I.L.Pr 643. En première instance : [1996] 1 Q.B. 361. Sur cette affaire v. les commentaires de A. BRIGGS, *British Yearb. Int'l L.*, 1997, 357 ; E. PEEL, *L.Q.R.*, 1997, 43 et ENGLISH, *C.L.J.*, 1996, 214. La seconde affaire, *Lubbe v Cape plc* [2000] 1 W.L.R. 1545 (H.L.), sera abordée *infra*.

³³³⁴ [1997] I.L.Pr 805, 816. La compétence du juge anglais était fondée sur le domicile des défendeurs, dont l'entreprise namibienne, employeur du demandeur, était une filiale.

³³³⁵ "I cannot think that the absence of legal aid in the appropriate jurisdiction would of itself justify the refusal of a stay on the ground of forum non conveniens" : *Eduard Connelly v. RTZ Co. Plc and RTZ Overseas Services Ltd.*, [1997] I.L.Pr. 805, 817-29 par Lord Goff of Chieveley.

³³³⁶ Le fait que la compétence des tribunaux anglais n'était ni extravagante, ni exorbitante a certainement contribué à justifier cette décision, v. les observations de Lord Goff à ce sujet, [1997] I.L.Pr 805, 817.

³³³⁷ "If the position had been, for example, that the plaintiff was seeking to take advantage of financial assistance available here to obtain a Rolls Royce presentation of his case, as opposed to a more rudimentary presentation in the appropriate forum, it might well have been necessary to take a different view" : [1997] I.L.Pr 805, 819.

³³³⁸ L'affaire était d'autant plus exceptionnelle que les conseils du demandeur avaient accepté, pour obtenir le rejet de l'exception de for non-approprié, de s'engager à supporter les coûts, estimés à plusieurs millions de livres, d'une procédure au fond en Angleterre, par le biais d'un pacte de *quotum litis*. Les défendeurs en avaient conclu que la saisine du juge anglais était purement spéculative, destinée à forcer la conclusion d'une transaction.

mal le souci de coordination.³³³⁹ Cette difficulté incite à s'interroger sur la légitimité même de l'exception de justice.

B. Légitimité d'une condition de bonne administration de la justice

765. Introduction - L'exposé de droit comparé a permis d'apercevoir que les préoccupations relatives à la qualité de la justice étrangère traversent les différentes manifestations de la coordination. Déjà au 19^{ème} siècle, dans son rapport présenté à l'Institut de droit international, *Sacerdoti* avait posé la question, sans y répondre, de savoir ce qu'il adviendrait de l'exception de litispendance en "l'absence dans l'Etat étranger de ces garanties qui [...] résulteraient des conditions *sine qua non* de la bonne justice".³³⁴⁰

Le principe d'une limitation du jeu de la coordination en cas de méconnaissance des règles élémentaires d'une bonne administration de la justice semble bien admis en droit comparé.³³⁴¹ Encore faut-il se demander si une telle limitation est de bonne politique législative.

766. Exception de justice et degré de déférence - La réponse à cette question est à notre sens fonction du fondement sur lequel on fait reposer la coordination. Plus l'ouverture au fait judiciaire étranger est grande, plus la nécessité se fera sentir de prévoir une clause de sauvegarde qui vise à prévenir la méconnaissance des règles élémentaires de bonne justice. L'exemple de la litispendance européenne, règle 'nue' de coordination s'il en est une, illustre ce constat : en rejetant toute autre considération que celle de la priorité chronologique, on place le juge second saisi dans une situation difficile. Il ne dispose en effet d'aucune sortie de secours si d'aventure il s'avérait que le juge premier saisi ne mérite pas la confiance que l'article 21 oblige à lui témoigner. Le respect inconditionnel que commande la priorité de saisine explique la tension qui pèse sur cette disposition, ainsi que les tentatives de contournement d'une certaine jurisprudence, notamment anglaise, et le mécontentement généralisé qui s'exprime à son endroit.

Au contraire, une règle qui ne ferait place à la coordination que lorsque la concurrence de procédures est jugée abusive, risque moins d'être confrontée à un problème de déni de justice. Le degré de déférence dont le for témoigne alors à l'égard d'une procédure étrangère est bien moindre, ce qui diminue d'autant le risque que fait peser l'incertitude sur la qualité de la justice étrangère.

³³³⁹ Lord Hoffmann a d'ailleurs critiqué la décision dans une opinion dissidente. Il expliqua notamment que le raisonnement suivi par la majorité "means that the action of a rich plaintiff will be stayed while the action of a poor plaintiff in respect of precisely the same transaction will not. It means that the more speculative and difficult the action, the more likely it is to be allowed to proceed in this country with the support of public funds", [1997] ILPr 805, 820.

³³⁴⁰ A. SACERDOTI et CH. LYON-CAEN, "De la litispendance dans les rapports entre les juridictions d'Etats différents. Rapport et projet de conclusions présentés au nom de la Commission, Institut de droit international, Sixième commission, Session de Venise", *Ann. de l'Institut Dr. Intl.*, vol. 15, 1896, 85.

³³⁴¹ Tout comme elle l'est en matière d'effet des jugements étrangers. Cette préoccupation est le plus souvent dissimulée sous le large manteau de l'exception d'ordre public. Les droits de *common law* sont moins réservés, puisqu'ils affichent ouvertement l'exigence liée à la bonne administration de la justice étrangère, v. en droit anglais la condition de la 'natural justice' (Cheshire et North, 1999, 450-453) et aux Etats-Unis l'article 4(a)(1) de l'*Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act*, qui autorise le refus de reconnaissance lorsque le jugement "was rendered under a system which does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law", v. les explications de F. K. JUENGER, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1988, 36-37.

767. **Exception de justice et degré de déférence (suite) – Illustration sur base de la jurisprudence anglaise** – L'histoire de la doctrine anglaise du *forum non conveniens* illustre bien la corrélation entre le degré de déférence et la nécessité de permettre au for de la coordination de privilégier la justice sur la coordination. L'examen de l'évolution de la jurisprudence anglaise apprend en effet que la limitation déduite de l'idée de justice n'est que de facture récente. Au 19^{ème} siècle, lorsque le *forum non conveniens* était conçu comme une simple sanction de l'abus de procédure, il n'était pas encore besoin de subordonner le dessaisissement à une condition stricte liée à l'administration de la justice dans le for étranger. A l'époque des arrêts *McHenry v Lewis* et autres (*supra* n° 412), le concept de 'justice' était certes déjà présent dans la doctrine. Il s'attachait toutefois plus à la procédure du for qu'à la procédure étrangère, le demandeur sur l'exception devant montrer que la poursuite de la procédure devant le juge anglais constituait un abus source d'injustice. Cette conception fort limitée du *forum non conveniens*, qui n'était d'ailleurs que rarement acceptée, n'appelait aucune limitation tirée du respect par le juge étranger des conditions d'une bonne administration de la justice. Si la question ne se posait pas, c'est non pas que la justice étrangère était jugée par essence irréprochable, mais bien parce que le critère retenu pour déterminer la validité du dessaisissement conférait au juge du for une marge telle qu'il pouvait à loisir y intégrer des considérations relatives à la qualité de la justice étrangère.

La nécessité d'une exception ne va apparaître que progressivement avec la libéralisation déjà évoquée (*supra*, n° 421) de la doctrine. Ainsi on trouve dans l'arrêt *Saint Pierre* déjà une trace de la séparation du raisonnement en deux temps.³³⁴² Après avoir expliqué que le *stay* ne sera accordé que lorsque le défendeur a démontré que la poursuite de l'action engendrerait une injustice parce qu'elle serait pour lui oppressive ou vexatoire, la Cour d'Appel ajouta alors que l'accueil du *stay* "ne doit pas causer d'injustice au demandeur".³³⁴³ On trouve là en germe le début d'une limitation du mécanisme tirée de la nécessité d'éviter de mettre en péril les intérêts du demandeur qui a saisi les tribunaux anglais. L'exception ainsi esquissée au fonctionnement du *forum non conveniens* n'avait cependant qu'un champ d'application fort limité. D'abord parce qu'elle intervenait que rarement, le *forum non conveniens* étant encore tout entier soumis au 'droit' du demandeur de saisir les tribunaux anglais. De plus il ne semble pas que la Cour d'Appel ait voulu viser en particulier les conditions procédurales dans le for étranger. Il s'agissait sans doute bien plutôt de permettre au demandeur d'invoquer certaines caractéristiques de la procédure anglaise, dont il estimait injuste de le priver. La jurisprudence ne permet pas de déterminer la portée exacte de cette condition, le défendeur échouant le plus souvent à démontrer l'existence d'un abus, la question de l'exception n'étant dès lors pas abordée.

768. **Exception de justice et degré de déférence – Illustration sur base de la jurisprudence anglaise (suite)** – Ce n'est que lorsque l'ouverture au fait judiciaire étranger se fit plus grande et que le *forum non conveniens* prit sa forme moderne, que les tribunaux ont ressenti le besoin de limiter l'effort de coordination au moyen d'une condition liée à la bonne administration de la justice. Cette condition n'a pris sa forme définitive que vers la fin du 20^{ème} siècle, en même temps que les contours de l'exception du for approprié étaient définis. Il a ainsi fallu attendre l'arrêt *MacShannon*,³³⁴⁴ pour que la formulation du test, proposée par Lord Diplock, sépare clairement les deux phases du raisonnement. La seconde branche du test telle qu'elle était envisagée à l'époque visait

³³⁴² *Saint Pierre v South American Stores Ltd.*, [1938] 1 K.B. 382 (C.A.), *supra*.

³³⁴³ "[...] the stay must not cause an injustice to the plaintiff" : [1938] 1 K.B. 382, 398 (C.A.).

³³⁴⁴ *MacShannon v Rockware Glass, Ltd.*, [1978] A.C. 795.

toutefois encore, comme dans la jurisprudence *Saint Pierre*, à permettre au demandeur de s'opposer au sursis à statuer en alléguant la perte d'un avantage dont il bénéficierait devant le juge anglais, par exemple un mécanisme permettant de forcer l'adversaire à collaborer à la charge de la preuve (*discovery*) ou encore l'espoir d'obtenir un dédommagement plus élevé.³³⁴⁵ En ce sens, l'exception invitait le juge à procéder à une comparaison entre les deux procédures en vue de déterminer si la perte d'un avantage pour le demandeur ne le condamnait pas à une injustice. On mesure la différence avec l'exception d'injustice évoquée dans ce chapitre, cette dernière visant non pas les qualités intrinsèques ou supposées de la justice du for, mais bien les défauts rédhibitoires de la justice étrangère.

L'exception de justice prendra sa forme définitive avec l'arrêt *Spiliada*.³³⁴⁶ Dans cette affaire la Chambre des Lords réaffirma que le 'stay' ne serait pas accordé en faveur d'un for étranger clairement plus approprié lorsque "pareil sursis à statuer heurterait les exigences de la justice".³³⁴⁷ L'interprétation donnée à cette exception changea cependant radicalement : il ne s'agissait plus de tenir compte de tel ou tel avantage dont le demandeur pourrait bénéficier devant le juge anglais. L'exception ne pourra dorénavant entrer en jeu que si le demandeur établit "par des éléments objectifs qu'il n'obtiendra pas justice devant le juge étranger".³³⁴⁸

La Cour prit soin de définir plus précisément les contours de l'exception : elle expliqua que celle-ci ne visait pas à permettre au demandeur de s'opposer au dessaisissement uniquement sur base de la perte d'un avantage juridique ou personnel liée à la procédure anglaise, même si cet avantage était légitime. Une telle conception, expliqua la Cour, "serait en contradiction avec l'approche objective" assignée à l'exception du for plus approprié.³³⁴⁹ Il faudra donc plus que la simple perte d'un avantage pour obtenir le rejet de l'exception. Lord Goff précisa d'ailleurs qu'en règle générale, le dessaisissement ne pouvait être refusé "en raison du simple fait que le demandeur serait privé d'un avantage" lié à la procédure anglaise.³³⁵⁰ Le changement radical de la portée de l'exception de justice s'explique lorsque l'on se rappelle la portée de la jurisprudence *Spiliada* (*supra*, n° 430) : avec cette décision la Chambre des Lords a en effet définitivement abandonné la conception traditionnelle du *forum non conveniens*, qui n'était pas sans favoriser quelque peu la justice nationale. Maintenant que le partage entre les deux fors se déroule sur des bases strictement objectives, on comprend que les juges anglais aient estimé nécessaire de se réserver une porte de sortie.

³³⁴⁵ La Cour expliquait que "the stay must not deprive the plaintiff of a legitimate personal or juridical advantage which would be available to him if he invoked the jurisdiction of the English court" ("l'accueil de l'exception ne doit pas avoir pour effet de priver le demandeur d'un avantage légitime, qu'il soit personnel ou juridique, dont il aurait pu se prévaloir devant le tribunal anglais"), [1978] AC 795, 812.

³³⁴⁶ *Spiliada Maritime Corp. v Cansulex Ltd.*, [1987] AC 460, *supra*.

³³⁴⁷ "if there is some other available forum which prima facie is clearly more appropriate for the trial of the action, [the court] will ordinarily grant a stay, unless there are circumstances by reason of which justice requires that a stay should nevertheless not be granted" : [1987] AC 460, 478.

³³⁴⁸ Le 'stay' n'est pas à l'ordre du jour "if it is established objectively by cogent evidence that the plaintiff will not obtain justice in the foreign jurisdiction" ([1987] AC 460, 478).

³³⁴⁹ "Simply to give the plaintiff his advantage at the expense of the defendant is not consistent with the objective approach" de la doctrine, ([1987] AC 460, 482).

³³⁵⁰ "As a general rule, I do not think that the court should be deterred from granting a stay, or from exercising its discretion against granting the leave under R.S.C. Order 11, simply because the plaintiff will be deprived of such an advantage", ([1987] AC 460, 482).

769. **Exception de justice et degré de déférence – nécessité d'une clause de correction** - La séparation progressive entre les deux étapes du raisonnement dans la jurisprudence anglaise montre à notre sens que l'exception de justice ne se comprend que si le mécanisme de coordination repose sur un minimum de déférence à l'égard du for étranger.³³⁵¹

Le lien suggéré entre le degré de déférence et la nécessité d'une clause de sauvegarde permet de conclure que le mécanisme de coordination que nous proposons fondé en principe sur la chronologie procédurale, appelle une clause de correction. Si l'on s'en tient effectivement à la priorité temporelle, il semble en effet nécessaire de conférer au juge second saisi une certaine marge d'appréciation pour éviter que le for de la coordination ne condamne les parties, par l'accueil de l'exception, à une justice indigne de ce nom.

L'introduction d'une exception de justice s'explique donc avant tout par un souci de réalisme : puisque l'on ne peut exclure que la justice étrangère soit, pour une raison ou une autre, déficiente, il faut permettre au for de la coordination d'en tenir compte.³³⁵² Il est facile de voir à quelles difficultés l'absence d'une telle exception pourrait mener : si le besoin s'en faisait ressentir, le for de la coordination n'aurait d'autre alternative que de recourir à une interprétation restrictive de l'une ou l'autre condition, comme par exemple celle de l'identité des litiges, pour échapper aux effets pervers de la coordination. Pour éviter de telles dérives,³³⁵³ il semble plus judicieux de prévoir une clause échappatoire pour le for de la coordination.³³⁵⁴

La porte de sortie ainsi offerte au for second saisi peut prendre plusieurs formes. Le législateur peut tout d'abord opter, comme l'a fait la Cour de cassation française, pour une exception d'abstention facultative. Le juge second saisi est alors simplement invité à s'effacer devant son homologue étranger premier saisi, sans qu'aucune obligation ne lui soit faite de ce faire. La latitude qui lui est laissée, devrait permettre de tenir compte

³³⁵¹ L'absence en droit écossais d'une exception de justice confirme cette hypothèse. Telle qu'elle a été consacrée dans l'arrêt *Société du Gaz de Paris v S.A. Les Amateurs Français*, 3 décembre 1925, 1926 S.C. 13 (H.L.), la doctrine écossaise du *forum non conveniens* se montre plus restrictive que la pratique anglaise. Le dessaisissement n'y est justifié que lorsque la poursuite de la procédure écossaise porterait atteinte à l'équité et à la justice. Cette conception limitée de la déférence fait peser un poids moins lourd sur le for de la coordination, qui dispose de par le mécanisme même mis en place d'une plus grande marge de manoeuvre.

³³⁵² On ajoutera qu'il est un autre domaine dans lequel le besoin de limiter, d'une façon ou d'une autre, la confiance faite au juge étranger, se fait sentir. Il s'agit des clauses d'élection de for. Lorsque le for dérogé est d'avis que le tribunal élu par les parties n'est pas en mesure de remplir la mission qui est la sienne, il hésitera à renvoyer les parties devant le for qu'ils ont élu. L'argument et la méthode utilisée pour écarter la clause d'élection de for variera selon les juridictions, v. l'étude d'ensemble de G. KAUFMANN-KOHLER, "Compétence internationale et bouleversements politiques", in *Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag*, P. BÖCKLI et K. EICHENBERGER (éds.), Zürich, 1983, 161-174. Pour le droit allemand, v. R. SCHÜTZE, *R.I.W.*, 1982, 775 et H. SCHACK, *IZVR*, 2^{ème} éd., 177, n° 448, qui cite LG Hamburg, *IPRspr.*, 1980, n° 137A (clause pour l'Iran) et BAG, *J.Z.*, 1979, 647 (Liban). Dans la jurisprudence belge, v. Comm. Anvers, 9 septembre 1940, *Jur. P. Anvers*, 1940, 258) ainsi que J. LAENENS, *De bevoegdheidsconvenanten naar Belgisch recht*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1981, 113, n° 401. *Cors.* également la loi du 7 août 1961 qui neutralisait les clauses d'élection de for en faveur des tribunaux du Congo indépendant. Selon l'article unique de cette loi, « Les dispositions conventionnelles attributives de compétence aux juridictions du Congo belge ne font pas obstacle à ce que les tribunaux belges soient saisis » (Loi du 7 août 1961, *M.B.*, 19 août 1961).

³³⁵³ Dont le droit international privé est coutumier, par exemple à l'occasion de la réflexion dans les années 1970 sur les règles de conflit 'rigides'.

³³⁵⁴ L'existence éventuelle d'une exception à la priorité de saisine fondée sur l'idée du for approprié (*supra*, n° 649), ne nous semble pas à même de rendre compte des préoccupations sous-jacentes à l'exception de justice. La seconde a en effet trait aux difficultés éventuelles liées à la qualité de la justice étrangère, alors que la première vise au contraire à pallier les déficiences éventuelles des règles de compétence du juge premier saisi.

d'éventuelles difficultés liées à la qualité de la justice étrangère.³³⁵⁵ Notre préférence va toutefois à une clause de sauvegarde prévue expressément. Celle-ci permettra en effet de conserver à la coordination son caractère impératif – tout en conférant une certaine *souplesse* au mécanisme. Cette flexibilité serait toutefois d'emblée limitée à une difficulté précise, ce qui obligera le for de l'abstention à motiver un éventuel refus.

Sur le plan de la politique législative, nuancer le mécanisme de la coordination par le biais d'une clause de sauvegarde, par nature ouverte, permet donc d'être plus strict dans la définition de la portée et de la nature du mécanisme. Le caractère apparemment 'arbitraire' d'une règle fondé sur la priorité de saisine provoquera à notre sens moins de résistances si la règle est pourvue d'une porte de sortie. Enfin, puisque le besoin d'une clause de sauvegarde se fera de toute façon sentir, le législateur a tout intérêt à en délimiter d'emblée les contours sans obliger les tribunaux à recourir à des stratagèmes pour contourner une règle trop stricte.

770. L'exception de justice, une exception tardive ? – Le réalisme impose d'assortir le mécanisme de coordination d'une clause de sauvegarde, dont l'enjeu serait d'éviter que le 'renvoi' devant la justice étrangère ne conduise à un déni de justice. N'est-il toutefois pas quelque peu artificiel d'opérer une distinction entre le mécanisme de coordination et le jeu de l'exception d'ordre public ? En particulier, ne serait-il pas plus indiqué de se préoccuper de l'état de la justice étrangère dans la phase préliminaire du raisonnement, lors du contrôle de 'l'accessibilité' du tribunal étranger (*supra*, n° 453) ?

On éviterait ainsi, en cas d'injustice avérée dans le for étranger, d'obliger le for de la coordination à se pencher sur l'épineuse question de la priorité chronologique. Le droit américain offre un exemple d'une telle inversion des termes du raisonnement. Les exigences liées à la bonne administration de la justice sont en effet en droit américain intégrées à la première partie du raisonnement, dans laquelle le juge vérifie que le for étranger présenté comme plus approprié constitue un for "adéquat". Selon la Cour Suprême, il n'en est ainsi que si ce for est non seulement compétent pour prendre connaissance de la cause, mais si les moyens de droit qu'il met à la disposition des parties sont satisfaisants.³³⁵⁶

Si elle intervient à une phase différente du raisonnement, la condition de l'adéquation du for étranger n'en correspond pas moins à ce que nous entendons par exception de justice.³³⁵⁷ Dans les deux cas, il s'agit de vérifier que le for étranger offre aux parties les conditions jugées essentielles d'une justice équitable. La question de l'enchaînement des interrogations s'est également posée en droit anglais, où une certaine jurisprudence a jugé bon de s'interroger sur les conditions minimales de justice qu'offre le for étranger *avant* de procéder à l'appréciation du caractère approprié des fors concurrents.³³⁵⁸

³³⁵⁵ On remarquera que le législateur néerlandais n'a pas jugé utile de reprendre à l'article 12 du code de procédure civile révisé, reconnaissance l'exception de litispendance, l'exception déduite de l'intérêt légitime du demandeur devant les tribunaux néerlandais (*supra*, n° 760). Ceci se comprend dans la mesure où ce texte offre au juge néerlandais second saisi la possibilité de surseoir à statuer sans constituer une obligation.

³³⁵⁶ *Piper Aircraft, Co v Reyno*, 454 U.S. 235, 254 (1981) : "if the remedy provided by the alternative forum is so clearly inadequate or unsatisfactory that it is no remedy at all [...] the court may conclude that dismissal would not be in the interest of justice".

³³⁵⁷ M. Nuyts constate ainsi que même si elles interviennent à des phases différentes du raisonnement, la condition de l'adéquation du for étranger posée en droit américain et celle liée à l'accès à une justice effective limitant en droit anglais le jeu du forum non conveniens, recouvrent, en substance, des exigences très similaires (p. 246, n° 214).

³³⁵⁸ P. ex. *Mohammed v Bank of Kuwait and the Middle East KSC* [1996] 1 W.L.R. 1483 (C.A.). En l'espèce la Cour d'Appel a considéré la question de savoir si les tribunaux du Koweït répondaient aux conditions minimales de justice dans la première partie de l'examen, v. les critiques de A. BRIGGS, *British Year. Int'l L.*, 1996, 587 et E.

771. **L'exception de justice, une exception tardive ? (suite)** – L'inversion des termes du raisonnement n'altère pas la portée du mécanisme de coordination. Qu'elle constitue une condition d'application de l'exception de coordination comme en droit américain, ou une limitation qui vient en corriger le résultat, dans les deux cas l'idée est la même : limiter la coordination en posant certaines conditions déduites du respect de garanties procédurales minimales. En faveur de l'inversion, on pourrait invoquer une appréciable économie de moyens.

Pour des raisons de clarté, il nous semble toutefois préférable de conserver à l'exception de justice son caractère d'exception. Ceci permet d'insister sur le caractère dérogoratoire de la condition de bonne administration de la justice. Il importe en effet d'éviter que le tribunal second saisi s'engouffre dans cette brèche pour mettre à mal le souci de coordination. On verra que les tribunaux ont parfois utilisé l'argument de la bonne administration de la justice pour procéder à des comparaisons entre justices nationales, s'éloignant ainsi de l'idée de protection du demandeur contre les injustices flagrantes (*infra*, n° 775). Souligner le caractère exceptionnel de la limitation déduite de la bonne administration de la justice permet au contraire d'en circonscrire la portée et d'éviter de telles dérives.

De plus se pose une question de charge de la preuve, non dénuée d'importance : en confinant les exigences d'une bonne administration de la justice au statut d'exception, il est possible d'en imputer la charge de la preuve exclusivement au demandeur qui s'oppose au dessaisissement. Ceci semble de bonne politique législative. La solution inverse imposerait en effet au défendeur de livrer une preuve négative, à savoir que le for étranger n'est pas affecté de dysfonctionnements qui mettent en péril le droit des parties à un procès équitable. En définitive, la solution du droit anglais nous semble la meilleure.

772. **Exception de justice et droit conventionnel** - L'exception de justice telle qu'elle vient d'être définie, a-t-elle sa place dans un mécanisme de coordination prévu par une convention internationale? Lorsque la coordination est le fruit d'un effort unilatéral de coopération judiciaire d'un Etat, on comprend qu'il se réserve la possibilité de subordonner l'application du mécanisme au respect de certaines conditions. Doit-il en être de même lorsque l'Etat s'engage par traité avec un autre, pour permettre aux tribunaux de refuser leur collaboration lorsque les conditions minimales d'une bonne justice ne sont pas remplies?

Le processus de sélection des partenaires conventionnels devrait permettre d'opérer un premier tri fondé sur l'examen des garanties offertes par le système étranger.³³⁵⁹ Pourquoi en effet s'engager dans des négociations avec un Etat lorsque l'on entretient des doutes sur la qualité de la justice qu'offrent ses tribunaux? Ce serait assurément prendre un risque et rendrait obligatoire le recours à de nombreuses conditions qui diminuerait d'autant la valeur de l'accord obtenu.³³⁶⁰ On peut toutefois se demander si le mécanisme

PÉEL, *L.Q.R.*, 1997, 43. Ces auteurs relevent que la distinction entre les deux branches de l'examen est importante en raison de la différence d'appréciation de la charge de la preuve, qui repose sur le défendeur dans la première branche et sur le demandeur dans la seconde.

³³⁵⁹ Sur le processus de sélection des Etats pour un traité de droit international privé, v. H. VAN HOUTTE, "La modélisation substantielle", in *La mondialisation du droit*, E. LOQUIN (éd.), Travaux du centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux n° 19, Paris, Litec, 2000, (207), 210 e.s.

³³⁶⁰ On pense à la condition de 'bilatéralisation' à laquelle certains voudraient subordonner l'efficacité de la future Convention de La Haye, v. article 42 du projet. On sait que cette condition a grandement handicapé la Convention de La Haye de 1971.

de sélection des parties contractantes est à lui seul suffisant pour évacuer toutes les craintes.

Les conventions internationales ne prévoient généralement pas de clause de sauvegarde permettant au juge second saisi d'écarter la priorité de principe accordée à son collègue étranger premier saisi. Seul le projet de Convention de La Haye fait exception à la règle, qui prévoit une condition liée au respect d'un délai raisonnable par le juge au profit duquel l'exception de litispendance est invoquée.³³⁶¹ Il faut sans doute voir dans cette condition l'énième manifestation de la timidité des Etats parties aux négociations : elle vient s'ajouter à la nature mixte de la Convention et à la faiblesse des règles de reconnaissance et d'exécution qui constituent autant de signes que les futurs Etats contractants entendent conserver une emprise certaine sur le jeu de la coopération judiciaire.

A cette première exigence particulière vient s'ajouter, comme dans d'autres conventions, celle du pronostic de reconnaissance. Or, comme on l'a vu, ce pronostic suppose que le for de l'abstention vérifie que les conditions posées à la reconnaissance de la future décision étrangère soient remplies. Partant le for de l'abstention pourra exciper d'une probable violation de l'ordre public pour refuser de donner suite à la demande de coordination. Il faut enfin rappeler que dans certaines conventions, l'exception de litispendance est seulement *facultative*, ce qui permet encore une fois au for de l'abstention de tenir compte d'éventuelles difficultés que révélerait la conduite de la procédure étrangère.

773. Exception de justice et droit conventionnel (suite) - Au total, le droit conventionnel permet donc, le plus souvent par des voies détournées, au for de la coordination d'exercer un certain contrôle sur la qualité de la justice offerte par le tribunal concurrent. On comprend fort bien que ce contrôle ne soit pas expressément prévu : il serait pour le moins délicat pour un Etat d'insister à la table des négociations sur une exception qui trahit le peu de confiance qu'il accorde aux tribunaux de son ou de ses partenaires. Il n'en demeure pas moins que, comme déjà expliqué, il nous semble préférable de réserver expressément l'hypothèse du tribunal étranger déficient plutôt que de s'en remettre à un pouvoir d'appréciation général, et donc susceptible d'interprétation extensive, voire abusive. La solution retenue par les négociateurs de La Haye nous semble la plus judicieuse.

En réservant expressément la question du délai raisonnable, les Etats ont reconnu que la coordination pouvait se heurter à une question de qualité de la justice. Dans le même temps, la limitation apportée à la coordination exclut à notre sens que le juge second saisi s'engage dans des investigations générales sur le travail du juge premier saisi. L'accroc éventuel au mécanisme de coordination est ainsi à la fois ouvertement reconnu et immédiatement encadré dans des limites strictes. La solution mérite d'être suivie.³³⁶²

774. Exception de justice et droit conventionnel (suite) - On aura compris que tout est affaire de confiance réciproque et de volonté politique, deux Etats s'engageant à respecter mutuellement la primauté de saisine pouvant estimer nécessaire de prévoir une exception au souci de coordination dont ils font par ailleurs preuve. On se demandera

³³⁶¹ *Infra*, n° 806 sur cette clause. On remarquera que l'exception de for approprié prévue par la même Convention ne réserve pas l'exigence du délai raisonnable.

³³⁶² Sous réserve de nos commentaires relatifs au 'fond' du problème, *infra*, n° 787.

toutefois quelle peut être la légitimité du refus d'un tribunal de céder la priorité à un collègue étranger lorsque la convention qui lie les deux Etats concernés, ne prévoit aucune exception à l'obligation de coordination. Certes, on a vu que les tribunaux pourraient éventuellement profiter du caractère facultatif de la coordination pour échapper à ce qu'ils estiment être une déficience de la justice étrangère. Il n'en sera toutefois pas toujours ainsi.

775. Exception de justice et litispendance européenne – Il est en effet une règle particulière de coordination qui ne laisse en principe aucune place au refus du juge second saisi de céder la priorité au tribunal premier saisi. On aura bien sur reconnu l'exception de litispendance européenne, dans ses multiples avatars. L'automatisme de principe de cette règle n'est pas sans poser difficulté. L'expérience a en effet montré que, même si le rapprochement progressif des systèmes judiciaires nationaux et l'existence du cadre de référence posé par la Convention européenne des droits de l'homme, permettra dans la majorité des cas d'éviter les accidents, de sérieuses différences séparent encore les Etats membres. Les deux affaires récentes déjà évoquées, qui mettaient en jeu la réserve d'ordre public prévue à l'article 27 de la Convention [devenu article 34 du Règlement], illustrent la difficile position du juge second saisi. Dans la première, se posait la question de savoir si un tribunal allemand pouvait légitimement refuser d'accorder effet à une décision française portant condamnation par contumace d'une personne, qui n'avait pas été autorisée à se faire représenter par un avocat du fait de son absence devant la Cour d'Assises.³³⁶³ La seconde soulevait un problème d'accès au tribunal, une partie ayant été condamnée par un tribunal anglais à verser une importante caution qu'elle était dans l'impossibilité de fournir.³³⁶⁴

Les mêmes questions pourraient se poser non plus au stade de la reconnaissance, mais lorsque les deux procédures sont encore en cours. Pourrait-on tolérer un recours à l'ordre public pour faire exception à la litispendance? Le texte de la disposition n'apporte aucune réponse à cette question. Il se contente d'indiquer que le dessaisissement n'est pas une simple faculté pour le juge second saisi. La Cour de Justice a également insisté sur le caractère impératif du dessaisissement : au nom de la prévention des jugements contradictoires, elle s'est ainsi refusée à autoriser le juge second saisi à contrôler la compétence de son concurrent.³³⁶⁵ Il semble dès lors difficile de lui conférer la possibilité de s'interroger sur les garanties offertes par ce dernier. Il reste qu'au contraire de la compétence indirecte, l'ordre public constitue, au moins jusqu'à nouvel ordre,³³⁶⁶ un

³³⁶³ C.J.C.E., 28 mars 2000, *Krombach t. Bamberski*, aff. C.R.G.D.I.P., 2000, 481 et les commentaires de J. GUNDEL, "Der einheitliche Grundrechtsraum Europa und seine Grenzen : zu EMRK-konformen Interpretation des Ordre-Public-Vorbehalts des EuGVÜ durch den EuGH", *Eur. Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2000, 442-448 ; R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, "Límites a la construcción de un 'orden público europeo' en materia de derechos fundamentales. A propósito de la sentencia del TJCE Krombach c. Bamberski de 28 de marzo de 2000", *Revista de derecho comunitario europeo*, 2000, 593-617 ainsi que de M. R. MOURA RAMOS, « Public Policy in the Framework of the Brussels Convention. Remark on two Recent Decisions by the European Court of Justice », *Yearb. P.I.L.*, 2000, 25-39.

³³⁶⁴ Affaire *Portéa* précitée.

³³⁶⁵ C.J.C.E., affaire *Overseas* précitée, *supra*, n° 180.

³³⁶⁶ La Commission avait suggéré sa disparition dans la note dite Gradin, v. l'article 37bis de la proposition (J.O.C.E., 31 janvier 1998, C-33/20) Cette suggestion avait été applaudie par une partie de la doctrine (notamment par P. VLAS, "Het voorstel voor een 'Europese Titel' in het licht van de Europese Bevoegdheids- en Executieverdragen", in in *Betekening in het buitenland en de Europese titel*, Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders, Arnhem, Gouda Quint, 1996, qui se demandait si "deze weigeringsgrond nog wel gehanteerd mag worden in intra-communautaire verhoudingen"). D'autres commentateurs étaient plus sceptiques, v. A. BURNS, "Der anerkennungsrechtliche ordre public in Europa und den USA", *J.Z.*, 1999, 278 e.s. et A. STADLER, "Die Revision des Brüsseler und des Luganer Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtliche Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen -

motif de refus de reconnaissance. Le for de la litispendance pourrait dès lors paradoxalement être amené dans un premier temps à renoncer à statuer pour ensuite refuser de reconnaître la décision du juge premier saisi, s'il apparaîtrait que celle-ci contrevient à son ordre public. On conçoit qu'une telle éventualité confinerait au déni de justice.

L'espace judiciaire européen se trouve ainsi une nouvelle fois confronté à des considérations tout à fait légitimes, mais dont la prise en compte conduirait à porter atteinte à une disposition centrale de l'équilibre européen.³³⁶⁷ Il serait trop facile d'évacuer le dilemme par une pirouette en minimisant l'importance de la question, qui 'ne se poserait pas en pratique'. On nous permettra toutefois d'examiner cette question en détail à l'occasion de l'étude du problème particulier du délai raisonnable (*infra*, n° 807).

(ii) La portée de l'exception de justice

776. Introduction - Les pages qui précèdent ont montré qu'il pouvait être utile de ménager une porte de sortie au for de la coordination. Comme le faisait remarquer Lord Diplock dans l'affaire *The Abidin Daver*, "On ne peut exclure qu'il existe encore certains pays dont les tribunaux ne garantiront pas une pleine justice aux plaideurs étrangers dans certains types de litige, que ce soit pour des raisons idéologiques ou politiques ou à cause du manque d'expérience ou d'efficacité des tribunaux ou d'un retard excessif dans la conduite de la justice ou encore l'inexistence de certains remèdes".³³⁶⁸

Sur le plan des principes au moins, on s'accordera donc pour permettre aux tribunaux de repousser l'exception d'abstention dans des circonstances exceptionnelles. Il faut cependant se demander quelle doit être la portée d'un tel mécanisme. On ne peut en effet ignorer le risque que fait peser l'exception de justice sur le souci de coordination. Les tribunaux pourraient ainsi être tenté de reprendre d'une main ce qu'ils ont donné de l'autre.

L'évolution récente de la jurisprudence anglaise illustre les dangers de l'accueil d'une exception de justice. L'affaire *Connolly*, déjà évoquée, avait lorsqu'elle fut tranchée tout de la proverbiale exception qui confirme la règle, tant elle paraissait se situer à l'extrême limite de ce que les tribunaux pouvaient tolérer sans remettre en question le principe du dessaisissement.³³⁶⁹ Les plaideurs eurent cependant vite fait de s'engouffrer dans la brèche ouverte par l'arrêt de la Chambre des Lords. Peu de temps après cette décision, cette

Vollstreckbarerklärung und internationale Vollstreckung", in *Revision des EuGVÜ – Neues Schiedsverfahrensrecht*, P. GOTTWALD (éd.), Bielefeld, Gieseking Verlag, 1999, (27), 45. Comme le faisaient remarquer MM. Walter et Baumgartner, "Whether such simplifications will be politically feasible remains to be seen. There has been strong support for keeping a public policy defense" (G. WALTER en S. P. BAUMGARTNER, *l.c.*, in G. WALTER en S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2000, (1), 3, note 17). Le Règlement 44/2001 conserve la réserve d'ordre public, tout en lui conférant une portée plus réduite sur le modèle des Conventions de La Haye.

³³⁶⁷ *Comp. supra* n° 182 à propos de la tension entre autonomie de la volonté et litispendance.

³³⁶⁸ "The possibility cannot be excluded that there are still some countries in whose courts there is a risk that justice will not be obtained by a foreign litigant in particular kinds of suits whether for ideological or political reasons or because of inexperience or inefficiency of the judiciary or excessive delay in the conduct of the business of the courts or the unavailability of appropriate remedies" : *The Abidin Daver*, [1984] AC 398, 411.

³³⁶⁹ A la suite de la décision de la Chambre des Lords, le Lord Chancellor anglais a même évoqué la possibilité d'une intervention législative pour neutraliser la jurisprudence *Connolly*, v. la lettre citée par C. J. G. MORSE, « Not in the Public Interest ? *Lubbe v. Cape Plc* », *Texas Int'l L.J.*, 2001, (541), 549-550.

même cour du ainsi à nouveau se pencher sur les limites de l'exception de justice. En l'espèce le litige opposait d'anciens employés d'un conglomérat minier actif en Afrique du Sud, à qui ils demandaient compensation pour les maux dont ils souffraient suite à leur exposition à l'amiante extraite des mines. Tout comme dans l'affaire *Cornelley*, il ne faisait pas de doute que les tribunaux sud-africains étaient mieux placés que les tribunaux anglais pour connaître de l'affaire.³³⁷⁰

Pour convaincre le juge anglais de ne pas se dessaisir, les victimes invoquaient dès lors l'absence d'aide judiciaire en Afrique du Sud, qui rendait illusoire la conduite d'une procédure dans ce pays. On a pu alors se demander si cette jurisprudence laissait subsister un rôle pour le principe du for inapproprié, ou si des considérations tenant à la garantie d'une bonne justice ne l'avaient pas totalement supplanté.³³⁷¹ Cette interrogation vaut tout autant pour le mécanisme général de coordination, dont on peut craindre qu'il ne souffre d'une exception de justice trop largement entendue. Cette question s'est posée très tôt aux tribunaux anglais et américains. L'exemple de ces deux jurisprudences nous permettra de mieux cerner la portée de l'exception de justice. On examinera dans un premier temps les considérations qui à notre sens ne peuvent justifier une exception à la coordination pour ensuite s'attacher à en préciser positivement la portée, notamment en ce qui concerne la portée particulière du délai raisonnable.

A. Délimitation négative de l'exception de justice : le refus des comparaisons matérielles

777. **Préliminaires** – On a déjà constaté le peu d'empressement dont faisait preuve la jurisprudence à l'égard de la coordination des procédures concurrentes (*supra*, n° 434). Comment ne pas dès lors craindre que l'exception de justice ne soit l'occasion pour les tribunaux de restreindre à peu de frais l'effort de coordination ? Plus encore qu'une réticence des tribunaux, on peut s'attendre à ce que les parties voient dans l'exception de justice le levier qui leur permettra de triompher de la coordination. Pour mesurer la pression qui pèsera sur cette exception, il suffit d'évoquer le sort de l'exception d'ordre public dans le conflit de lois ou la doctrine des effets des jugements étrangers : échappatoire par excellence au jeu normal des règles de droit international privé, l'exception d'ordre public est invoquée plus souvent qu'à son tour par des plaideurs soucieux d'écarter l'application du droit étranger ou de repousser un jugement étranger.

Les expériences anglaise et américaine confirment la faveur dont jouit l'exception de justice auprès des plaideurs. Ceux-ci invoquent en effet les circonstances les plus variées démontrant à leurs yeux l'incapacité du tribunal étranger à rendre justice. C'est ainsi qu'on a vu certains s'appuyer sur le fait que la loi nationale désignée par les règles de conflit du for étranger serait moins 'favorable' que celle désignée par la règle du for,³³⁷² en particulier parce qu'elle ne permettrait pas d'obtenir une indemnisation du dommage d'un niveau équivalent.³³⁷³ On a encore pu alléguer que le for étranger ne présentait pas

³³⁷⁰ [2000] 2 Lloyd's Rep. 391 par Lord Bingham (H.L.). Il n'en allait pas ainsi au début de l'affaire puisqu'à l'époque seules quelques unes des 3000 victimes s'étaient portées plaignante.

³³⁷¹ Certains commentateurs ont ainsi évoqué le passage d'un principe du *forum conveniens* à celui de *fiscus conveniens*.

³³⁷² P. ex. *Piper Aircraft Co v Reyno*, 454 U.S. 235, 255.

³³⁷³ P. ex. *Ministry of Health v Shiley*, 858 F. Suppl. 1426, 1441 (D.C. Cal. 1994) ; *Warr v M/Y Mavidome*, 961 F. Supp. 1357 (S.D. Cal. 1997) ; *Wolf v Boeing Co*, 810 P.2d 943, 949 (1991). V. déjà *Piper Aircraft* at 255. En Angleterre l'argument a été évoqué dans l'affaire *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.* [1987] AC 460, 483 ; *E duard Cornelley v R.T.Z. Corp., Plc*, [1998] AC 854, 873.

de garanties suffisantes parce que le demandeur ne pourrait s'appuyer sur certaines techniques de procédure, comme par exemple la possibilité de forcer l'adversaire à produire certains documents,³³⁷⁴ celle de pouvoir associer son conseil aux risques de la procédure³³⁷⁵ ou encore le privilège de présenter sa demande à un jury.³³⁷⁶

778. Refus des comparaisons entre justices nationales - L'accueil sans réserve de ces arguments aurait vite fait de vider le *forum non conveniens* de sa substance puisqu'il suffirait au demandeur d'insister sur les différences séparant les deux ordres juridiques, de quelque nature qu'elles soient, pour obtenir le rejet de l'exception. Deux raisons de principe militent au contraire contre toute comparaison entre les justices nationales pour déterminer si les conditions d'une bonne justice sont remplies.

Comme on l'a fait remarquer,³³⁷⁷ une comparaison des avantages et désavantages respectifs de chacun des systèmes n'a de sens que si le tribunal adopte le point de vue d'une des parties. L'avantage supposé pour une partie correspond en effet nécessairement au désavantage pour l'autre. Ce serait toutefois aller à l'encontre de l'égalité des armes, qui exige que le tribunal s'élève au-dessus des points de vue particuliers des deux adversaires.

Les tentatives de comparaison portent ensuite atteinte à l'esprit de *relativité* sans lequel le contentieux international ne peut fonctionner.³³⁷⁸ Comment prétendre en effet qu'un tel système est 'meilleur' qu'un autre, que la justice y sera 'mieux' rendue en raison de l'existence de telle ou telle caractéristique? Pourquoi les parties seraient-elles mieux protégées parce qu'elles peuvent faire appel à tel système de production de preuves et non un autre? Sans tomber dans un relativisme absolu, qui priverait la recherche de droit comparé d'une grande partie de son sens, il faut se garder de conférer à tel ou tel élément de la procédure du for une valeur absolue. L'existence même d'une pluralité de systèmes témoigne bien de la difficulté d'un quelconque classement hiérarchique. En outre, la comparaison d'éléments pris isolément ne fait certainement pas justice à l'équilibre que chaque système s'efforce d'atteindre. Ainsi la méfiance traditionnelle des ordres juridiques continentaux face au pacte de *quorum litis*³³⁷⁹ et l'absence d'esprit d'entreprise parmi les professions juridiques classiques ne mettent pas pour autant à mal la possibilité pour les justiciables moins fortunés de plaider leur cause. Cette absence est en effet largement compensée par l'existence de systèmes d'aide judiciaire financés par les deniers publics.³³⁸⁰

³³⁷⁴ Procédure de discovery: p. ex. *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.* [1987] AC 460, 482; *Murray v British Broadcasting Corp.*, 81 F. 3d 287, 292 (2d Cir. 1996) ou *The Xin Yang* [1996] 2 Lloyd's Rep. 217 (C.A.).

³³⁷⁵ Le pacte de *quorum litis*, p. ex. *Magnin v. Telebyrne Continental Motors*, 91 F. 3d 1424 (11th Cir. 1996); *De Melo v Lederle Lab.*, 801 F. 2d 1058 (8th Cir. 1986) et *Cornelly v RTZ Corp. plc.*, précité.

³³⁷⁶ *Peabody Holding Co v Costan Group plc*, 808 F. Supp. 1425 (E.D. Mo 1992), *Magnin*, précité, 91 F. 3d 1424 (11th Cir 1996).

³³⁷⁷ J. G. COLLIER, "Staying Actions and Forum Non Conveniens. English Law Goes Scotch", *C.L.J.*, 1987, 33. Dans le même sens, Lord Goff in *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.* [1986] 3 All ER 859: « an advantage to the plaintiff will ordinarily give rise to a comparable disadvantage to the defendant ».

³³⁷⁸ M. Nuyts évoque également la "justice procédurale de droit international privé" pour approuver le refus de comparaison (p. 247, n° 215) et cite P. LAGARDE, o.c., *Recueil des cours*, 1986, t. 196, 144, n° 145.

³³⁷⁹ Méfiance qui disparaît progressivement, comme en témoigne l'évolution récente des droits anglais et néerlandais sur la question.

³³⁸⁰ On rappellera que les Etats signataires de la Convention européenne des droits de l'homme sont soumis à certaines obligations positives à ce sujet, v. l'arrêt *Airey c Irlande* du 9 octobre 1979, Série A, n° 32. V. également la proposition établie par la Commission européenne pour une Directive du Conseil visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières, par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire et à d'autres aspects financiers des procédures civiles du 18 janvier 2002, COM(2002)13 final.

779. Refus des comparaisons entre justices nationales (suite) - La jurisprudence anglaise - Au vrai, faire dépendre le sort de l'exception de justice de comparaisons proprement 'matérielles' entre les systèmes, ferait immanquablement tomber dans les travers de 'l'impérialisme juridique' et du 'juridico-centrisme'. On ne peut dès lors que se féliciter que les tribunaux anglais ne se soient pas engagés sur cette voie. Au contraire, l'examen de la jurisprudence révèle qu'ils font preuve d'une grande réserve sur la question. La Chambre des Lords a en effet expressément condamné toute entreprise de comparaison entre les systèmes judiciaires en cause. Lord Diplock expliquait déjà dans l'affaire *Abidin Daver* qu'une telle comparaison serait "inappropriée".³³⁸¹

Lord Goff a confirmé l'abandon de toute comparaison dans l'affaire *Spiliada*.³³⁸² Relevant que certaines juridictions offraient au demandeur des avantages considérables en matière d'administration de la preuve ou de compensation plus élevée, le juge expliqua que l'absence d'avantages équivalents dans le for étranger présumé plus approprié ne devait pas empêcher le tribunal anglais de se dessaisir, s'il était convaincu que le for étranger serait à même de rendre pleine justice.³³⁸³ Le juge anglais souligna également que, si de nombreuses différences séparaient les justices nationales sur le point de savoir quelle collaboration on pouvait attendre des parties en matière d'administration de la preuve, "il ne fait pas de doute que chaque système a ses vices et ses vertus [...] et en règle générale, je ne peux accepter qu'on prétende que justice ne sera pas rendue lorsqu'une partie est forcée d'accepter" l'un ou l'autre système étranger.³³⁸⁴ Lord Goff fit également peu de cas des différences en matière d'indemnisation : en principe la possibilité d'obtenir une compensation financière supérieure dans le for anglais ne suffira pas à empêcher le dessaisissement.³³⁸⁵

Les principes énoncés par Lord Goff furent immédiatement mis en pratique dans l'affaire *De Dampierre* déjà évoquée (*supra*, n° 5). En l'espèce l'épouse s'opposait au dessaisissement du juge anglais en invoquant le fait que le droit français pouvait se révéler très désavantageux en ce qui concerne l'attribution d'une éventuelle pension alimentaire.³³⁸⁶ La Chambre des Lords refusa de faire droit à cet argument. Elle constata au contraire que

³³⁸¹ *The Abidin Daver*, [1984] 1 A.C. 410 : "it is quite inappropriate for English judges to undertake any such supposed comparison or to allow the exercise of their discretion to stay an English action to be influenced by it". V. également *Amin Rasheed Shipping Corp. v Kuwait Insurance Co.*, [1984] AC 50, 67.

³³⁸² [1986] 3 All ER 859-860.

³³⁸³ [1986] 3 All ER 859 : "I do not think that the court should be deterred from granting a stay of proceedings [...] simply because the plaintiff will be deprived of such an advantage, provided that the Court is satisfied that substantial justice will be done in the available appropriate forum".

³³⁸⁴ [1986] 3 All ER 859 : "No doubt each of these systems has its virtues and vices ; but, generally speaking I cannot see that, objectively, injustice can be said to have been done if a party is, in effect, compelled to accept one of these well-recognised systems applicable in the appropriate forum overseas". Il s'agit d'une position bien établie, v. dans le même sens, *Trendtex Trading Corp. v Crédit Suisse*, [1981] 3 All ER 520, [1982] AC 679 (la Chambre des Lords approuve la décision du juge du fond, [1980] 3 All ER 721, qui s'était dessaisi en faveur du juge suisse, alors même que la procédure suisse ne prévoyait pas de système de discovery tel que le connaissait le droit anglais).

³³⁸⁵ [1986] 3 All ER 860 : "I do not think that an English court would, in ordinary circumstances, hesitate to stay proceedings brought by one of them against the other in this country merely because he would be deprived of a higher award of damages here". V. également *Radbakeristma Hospitality Service Private Ltd. v EIH Ltd. ; Ewest SA v EIH Ltd.*, [1999] Lloyd's Rep. 249 (alléguer une différence dans le montant d'indemnisation espéré ne suffit pas pour empêcher un dessaisissement).

³³⁸⁶ *De Dampierre v De Dampierre*, [1988] 1 A.C. 92 (H.L.).

la seule circonstance que le 'renvoi' vers le for français priverait l'épouse d'un avantage particulier, ne suffisait pas à renverser la présomption en faveur du for approprié.³³⁸⁷

Les décisions les plus récentes ont confirmé le refus des comparaisons matérielles : dans l'affaire *Cornelley*, Lord Goff déduisit de la jurisprudence antérieure un "principe général" selon lequel "si le tribunal étranger est mieux placé pour connaître de la cause, le demandeur devra en règle générale accepter ce for tel qu'il le trouve, même si sous certains aspects, il est moins avantageux que le for anglais".³³⁸⁸

780. Refus des comparaisons entre justices nationales (suite) - La jurisprudence américaine - La jurisprudence américaine, quoique moins ferme, va généralement dans le même sens. Dans l'affaire *Piper Aircraft*,³³⁸⁹ la Cour d'Appel avait refusé de faire à droit à une exception de for approprié invoquée au profit des tribunaux écossais, en notant qu'un 'renvoi' devant ces tribunaux amènerait un changement de la loi applicable au fond qui serait profondément désavantageux pour les demandeurs, puisqu'ils perdraient le bénéfice de la responsabilité objective prévue par le droit américain.³³⁹⁰ La Cour Suprême refusa de s'engager dans cette voie. Elle expliqua que l'influence éventuelle du *forum non conveniens* sur le droit applicable au fond "ne doit pas en règle générale, être considéré comme un élément décisif ni même important dans l'évaluation du caractère approprié des fors".³³⁹¹ Et la Cour de préciser que s'il en était autrement, "le dessaisissement pourrait s'avérer impossible alors même que le for élu par le demandeur est inapproprié".³³⁹²

La réticence à tenir compte d'arguments déduits de la comparaison avec la justice étrangère ne se limite pas à la question du droit applicable. Les tribunaux américains ont également refusé de voir dans certaines caractéristiques de leur procédure, comme l'institution du jury populaire, le système des 'contingency fees' ou encore la procédure d'obtention des preuves une condition essentielle d'une bonne justice.³³⁹³

³³⁸⁷ La réserve dont font preuve les tribunaux est approuvée par la doctrine. M. Fawcett note par exemple que "for an English court to investigate such a matter and to pronounce a judgment on it is not consistent with the mutual regard which the courts of friendly states, each of which has a well developed system for the administration of justice, owe, or should owe, to each other": J. J. FAWCETT, "Trial in England or Abroad: The Underlying Policy Considerations", *Oxford J.L.S.*, 1989, (205), 213.

³³⁸⁸ *Edward Cornelley v R.T.Z. Corp., Plc*, [1998] AC.854, 872, [1997] ILPr 805, 817: "if a clearly more appropriate forum overseas has been identified, generally speaking the plaintiff will have to take that forum as he finds it, even if it is in certain respect less advantageous to him than the English forum". Dans le même sens, *Lubbe v Cape Plc, Lubbe v Cape*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 383, 390: "The plaintiff will not ordinarily discharge the burden lying upon him by showing that he will enjoy procedural advantages, or a higher scale of damages or more generous rules of limitation if he sues in England; generally speaking the plaintiff must take a foreign forum as he finds it, even if it is in some respect less advantageous to him than the English forum" (Lord Bingham). V. cependant *BMG Trading Ltd. v A. S. McKay*, [1998] I.L.Pr 691 (C.A.) (il y a déni de justice lorsque les limites auxquelles le droit étranger soumet la compensation du dommage sont dérisoires).

³³⁸⁹ *Piper Aircraft Co. v Reyno*, 454 U.S. 235, 102 S. Ct. 252; 70 L. Ed (2d) 419 (1981).

³³⁹⁰ Décision de la Cour d'appel: 630 F.2d 149, 163-164 (3d Cir. 1980). En première instance (479 F.Supp. 727, 738 (1979)), la District Court avait refusé d'accorder une importance décisive à ce facteur.

³³⁹¹ 454 U.S. 235, 247; 102 S. Ct. 252, 261: "The possibility of a change in substantive law should ordinarily not be given conclusive or even substantial weight in the forum non conveniens inquiry".

³³⁹² 454 U.S. 235, 249; 102 S. Ct. 252, 262: "If substantial weight were given to the possibility of an unfavorable change in law, however, dismissal might be barred even where trial in the chosen forum was plainly inconvenient".

³³⁹³ Inexistence du jury: *Magnin v Telehyne Continental Motors*, 91 F. 3d 1424 (11th Cir. 1996); *Lockman Found v Evangelical Alliance Mission*, 930 F.2d 764 (9th Cir 1991); absence de procédure de pre-trial discovery: *Doe v Hylan Therapeutics Div.*, 807 F. Supp. 1117 (S.D.N.Y. 1992); *Murray v British Broadcasting Corp.*, 81 F. 3d 287, 292 (2d Cir. 1996); prohibition des pactes de quodum litis: *De Melo v Lederle Lab.*, 801 F. 2d 1058 (8th Cir. 1986); *Coakes v Arabian Am Oil*, F. 2d 572 (5th Cir. 1987).

781. Refus des comparaisons entre justices nationales (suite) - La jurisprudence allemande - On notera également que les tribunaux allemands n'ont pas non plus cédé aux sirènes de la comparaison entre procédures nationales. Comme on le verra, la jurisprudence allemande tolère une exception limitée au mécanisme de la litispendance internationale, qui vise principalement l'hypothèse du dépassement du délai raisonnable à l'étranger (*infra*, n° 798). Les plaideurs profitent parfois de cette exception pour exposer les différences séparant la procédure allemande de la procédure étrangère, qui seraient selon eux sources d'injustice.

Dans une affaire portant sur la saisie en Allemagne d'avois bancaires appartenant à une entreprise égyptienne, le saisissant faisait valoir que la procédure égyptienne, engagée antérieurement, n'offrait pas d'équivalent au mécanisme allemand de la "Urkundenprozess", et ne permettait pas de concentrer toutes les questions devant le même juge. La Cour d'Appel de Francfort rejeta l'argument en faisant observer qu'il ne suffisait pas, pour démontrer l'injustice qu'engendrerait la conduite de la procédure étrangère, de comparer les mérites respectifs des deux procédures.³³⁹⁴

782. Refus des comparaisons entre justices nationales - suite et fin - Il nous semble que l'enseignement, très riche, des jurisprudences anglaise et américaine mérite d'être suivi.³³⁹⁵ Il permet de délimiter de façon négative l'exception de justice, en rejetant toute une série de prétentions qui n'ont pas lieu de peser sur la décision. L'exclusion des comparaisons matérielles s'accorde d'ailleurs bien avec l'évolution récente du régime des jugements étrangers. Il fut un temps où le for de la reconnaissance s'arrogeait le droit de contrôler la loi appliquée par le juge étranger, pour vérifier si celle loi était bien compétente d'après les règles locales de conflit. Cette exigence, affirmée en droit français dans l'arrêt *Münzer*, visait avant tout à prévenir les risques de fraude.

Indirectement au moins, elle participait également de l'idée qu'il fallait protéger les plaideurs contre l'application d'une loi étrangère défavorable. C'est ce que confirme l'expérience allemande où le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger visait expressément à prévenir un 'préjudice' ('Nachteil') dans le chef des ressortissants allemands. Selon l'article 328 (1)(3) du ZPO, la reconnaissance des jugements étrangers

³³⁹⁴ OLG Frankfurt, 8 décembre 1986, *N.J.W.-RR.*, 1988, 572 ; *R.I.W.*, 1987, 151 ; *IPRax*, 1988, 24 ; *IPRspr.*, 1986, n° 168 ; la Cour décide que le demandeur "kann sich für das Maß des zumutbaren nicht auf einen Vergleich mit deutschen Prozessverhältnissen berufen", *IPRspr.*, (381), 384. V. Aussi BGH, 26 janvier 1983, *N.J.W.*, 1983, 1269 ; *Fam.R.Z.*, 1983, 366 ; *IPRax*, 1984, 152 ; *IPRspr.*, 1983, n° 165 (le BGH rejete l'argument d'un époux allemand qui prétendait que la procédure italienne de divorce ne satisfaisait pas aux conditions élémentaires d'une bonne justice parce que la question du Versorgungsungleich ne pouvait être résolue en même temps et par le même juge que celle du divorce - *IPRspr.*, 1983, n° 165, 424, 429. Selon le BGH, il s'agissait là d'un privilège accordé en droit allemand, mais qui n'était pas nécessairement présent dans les espèces internationales).

³³⁹⁵ V. également *Westec Aerospace Inc. v Raytheon Aircraft*, 173 D.L.R. (4th) 498 (Cour d'Appel de la Colombie britannique) : le demandeur évoquait, pour s'opposer au 'stay' sollicité par son adversaire au profit de la procédure concurrente pendante au Kansas, qu'une procédure devant un jury de cet Etat américain lui serait nécessairement préjudiciable, puisqu'elle concernait un différend avec une entreprise locale que les membres du jury ne manqueraient pas de favoriser. En première instance le juge canadien avait tenu compte de ce facteur qu'il appelait "the avoidance of a jury trial in Kansas in an action brought by a large American defence contractor in its home town". En appel, la Cour reconnut que cette circonstance "might be cause for some concern", mais qu'on ne pouvait en tenir compte à moins de violer la courtoisie internationale, principe informant toute la jurisprudence canadienne ("it is difficult, if not impossible, to reconcile [the plaintiff's] argument with the concept of comity which is the animating principle of contemporary Canadian jurisprudence in this area" : 173 D.L.R. (4th) 498, 513).

était exclue en matière familiale, si ce jugement dérogeait, au détriment d'une partie allemande, aux règles de conflits de lois allemandes.³³⁹⁶

Comme on l'a noté, la définition de l'idée de 'préjudice' a causé bien des soucis à la doctrine allemande.³³⁹⁷ Les diverses interprétations proposées se rejoignent toutefois pour accorder au juge allemand la possibilité de tenir compte de la valeur favorable ou défavorable du jugement étranger pour le justiciable allemand. Par le biais du contrôle de la loi appliquée, on se rapprochait des comparaisons – bien hypothétiques d'ailleurs – entre procès nationaux dont l'ombre plane sur l'exception de justice. Fort heureusement, le contrôle de la loi appliquée, que ce soit dans sa version 'abstraite' telle que l'on la connaît en droit français, ou 'concrète' du droit allemand, disparaît progressivement de la doctrine des effets des jugements étrangers. Le législateur allemand a ainsi éliminé en 1986 toute référence au 'préjudice' que subirait une partie du fait de l'application d'une loi étrangère.³³⁹⁸

Quant au contrôle de la loi appliquée en droit français, la jurisprudence l'a quasiment neutralisé par le biais de la notion d'équivalence fonctionnelle entre loi appliquée et loi désignée par la règle française de conflit. Qu'elle ait également disparu de l'espace judiciaire européen³³⁹⁹ témoigne bien de la relativité croissante des règles nationales de conflit de lois, relativité qui empêche d'ériger le respect de celles-ci en obstacle à la reconnaissance.³⁴⁰⁰ Il en va à notre sens tout autant des mérites respectifs des règles matérielles ou de procédure, qui ne sauraient en principe fonder un refus de faire droit à la coordination.

Une fois les comparaisons entre justices nationales exclues, il reste maintenant à s'interroger sur la portée à conférer à l'exception de justice.

B. L'exception de justice, sanction du déni de justice

783. Introduction - L'exception de justice qui vient corriger le mécanisme de coordination ne peut être le lieu d'une comparaison, par essence biaisée, entre les 'avantages' que chaque partie entend retirer de la conduite du litige dans tel ou tel for. Si l'on veut éviter de remettre en question le postulat d'équivalence qui sous-tend la coordination, il faut réserver le jeu de l'exception de justice à des situations véritablement exceptionnelles. Pour en préciser la nature, on proposera dans un premier temps une définition générale, qui s'articule autour du concept de déni de justice. Dans un second temps, on vérifiera la pertinence de cette définition à la lumière du problème particulier du délai raisonnable.

³³⁹⁶ V. E. RIEZLER, "La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Droit allemand", in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne. Exposé et comparaison des solutions en vigueur dans les deux pays*, Tübingen / Paris, CB Mohr / Sirey, 1954, (481), 486-487.

³³⁹⁷ V. la note de G. HOLLEAUX, sous Cour Administrative de Stuttgart, 8 novembre 1954, *R.C.D.I.P.*, 1955, (741), 763-768.

³³⁹⁸ H. SCHACK, *IZVR*, 2002, 374-375, n° 870. La condition ne figure d'ailleurs plus dans la loi suisse sur le droit international privé, v. article 27.

³³⁹⁹ V. l'article 34 du Règlement 44/2001.

³⁴⁰⁰ V. B. AUDIT, 1997, 396 et P. MAYER, 1998, 255, n° 388.

1. Le déni de justice comme fondement de l'exception de justice

784. **Exception de justice et exigences du procès équitable** - On aura compris, à la lumière des exemples évoqués jusqu'ici, que l'exception de justice vise à éviter que le souci de coordination des procédures concurrentes ne nuise aux exigences du procès équitable. Pour capturer l'essence de celles-ci, on a proposé de subordonner le jeu de la coordination au respect par le for étranger des garanties prévues par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ou d'une disposition équivalente.³⁴⁰¹ La suggestion a été présentée à la Chambre des Lords dans l'affaire *Lubbe*.³⁴⁰² Les juges anglais n'ont toutefois pas jugé utile de s'étendre sur la question. Dans la même affaire, le juge Bingham a évoqué à plusieurs reprises le concept de "déni de justice". En l'espèce le juge avait constaté que les parties ne disposaient pas des moyens pouvant leur assurer une représentation adéquate devant les tribunaux sud-africains. Il en déduisit que le dessaisissement du juge anglais pour cause de *forum non conveniens* conduirait à un *déni de justice*.³⁴⁰³

785. **Exception de justice et déni de justice** - Le concept de déni de justice nous semble préférable à celui de 'bonne administration de la justice' ou encore à l'incorporation des garanties prévues par une disposition telle que l'article 6 de la Convention européenne pour délimiter les contours de l'exception de justice.³⁴⁰⁴ En pratique, le résultat sera souvent le même, puisque ces concepts sont intimement liés. On peut même dire qu'il y aura déni de justice lorsque les garanties offertes par l'article 6 ne sont pas remplies.

Pour autant, rattacher l'exception au concept de déni de justice en souligne immédiatement le caractère proprement exceptionnel. Au delà de l'aspect purement sémantique, on signalerait ainsi au for de la coordination que seuls doivent retenir son attention les cas dans lesquels le demandeur serait véritablement privé du droit de faire valoir sa cause en justice. De même on éviterait ainsi de rattacher l'exception à ce qui n'est après tout qu'une conception particulière du droit à un procès équitable. On ne peut exclure que dans certaines circonstances, le procès ne réponde pas à certaines exigences particulières d'une disposition telle que l'article 6 de la CEDH, tout en ne conduisant pas nécessairement à un déni de justice flagrant.³⁴⁰⁵ La charge de la preuve pesant sur le demandeur s'opposant au dessaisissement s'en trouverait également alourdie : il ne lui suffirait pas de montrer que le for étranger n'offre pas telle ou telle garantie qu'il juge essentielle. Encore faudrait-il qu'il démontre de façon convaincante que cette méconnaissance met en péril son droit de faire trancher la contestation par un juge.

³⁴⁰¹ Piste que semble emprunter A. NUYTS, 255, n° 224.

³⁴⁰² *Lubbe v Cape Plc*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 383, 394 ; [2000] 1 W.L.R. 1545 (H.L.) et les commentaires de P. T. MUCHLINSKY, "Corporations in International Litigation. Problems of Jurisdiction and the UK Asbestos Cases", *I.C.L.Q.*, 2001, 1 e.s. Dans l'affaire *Connelly*, le juge Bingham, siégeant alors à la Cour d'Appel, avait déjà fait le rapprochement entre l'exception de justice et l'article 6 de la CDH ainsi que l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques : *Edward Connelly v R.T.Z. Corp., Plc*, [1997] ILPr 643, 651. Il ne voyait toutefois dans ces dernières qu'une référence supplémentaire et non une limitation.

³⁴⁰³ [2000] 2 Lloyd's Rep. 393 : "If these proceedings were stayed in favour of the more appropriate forum in South Africa, the probability is that the plaintiffs would have no means of obtaining the professional representation and the expert evidence which would be essential if these claims were to be justly decided. This would amount to a denial of justice".

³⁴⁰⁴ M. Bauer plaiderait également pour une possibilité de rejeter l'exception de justice lorsque celle-ci "conduirait en fait à un déni de justice", H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands. Etude comparative*, Paris, Dalloz, 1965, 185, n° 202.

³⁴⁰⁵ Il faut ajouter qu'il peut paraître spécieux d'analyser à la lumière de l'article 6 la conduite d'un procès lorsque le juge étranger n'est pas lié par cette disposition.

La formulation restrictive qu'emporte le rattachement au concept de déni de justice se marie bien avec le souci de réserver l'exception de justice à des situations pour le moins exceptionnelles. On la préférera à l'expression utilisée à l'article 14 du projet de Code belge : en faisant référence à la "bonne administration de la justice", cette disposition laisse entendre que le bénéfice de la coordination peut également être refusé lorsque la procédure étrangère, sans provoquer un véritable déni de justice, ne donne pas entière satisfaction. Ce serait ouvrir la porte à une extension peu judicieuse de l'exception, qui pourrait remettre en cause l'idée de coordination.

786. Exception de justice et déni de justice (suite) - Avec le concept de déni de justice, c'est l'idée d'une *injustice flagrante* qui signale les limites de la coordination. Ici aussi les jurisprudences anglaise et américaine peuvent servir de guide. Les rares espèces où l'exception de justice a été accueillie indiquent bien quel esprit doit présider à son interprétation. Dans l'arrêt *Connelly*, Lord Goff citait par exemple une décision ancienne qui mettait aux prises deux citoyens allemands à l'époque nazie.³⁴⁰⁶ En l'espèce le tribunal anglais avait considéré qu'au vu de son ascendance juive, le demandeur pouvait légitimement craindre de ne pas obtenir pleine justice devant les tribunaux allemands. Il en sera de même lorsque le système judiciaire étranger ne répond pas à des conditions minimales d'indépendance et d'impartialité³⁴⁰⁷ ou qu'il est paralysé par une situation de guerre, civile ou autre, qui empêche le bon fonctionnement des tribunaux.³⁴⁰⁸ Enfin on peut évoquer la situation dans laquelle le demandeur ne pourra obtenir une décision au fond du tribunal étranger en raison de l'expiration d'un délai de prescription.³⁴⁰⁹ Dans certaines circonstances, il serait alors injuste de renvoyer le demandeur devant un tribunal dont on sait qu'il ne lui ouvrira pas ses portes.³⁴¹⁰

On perçoit facilement la distance qui sépare ces espèces des situations déjà évoquées dans lesquelles le demandeur allègue que le tribunal étranger ne lui offre pas les mêmes espoirs que le for. Dans la plupart des cas, l'appréciation du risque de déni de justice ne devrait pas poser de difficultés particulières au for de la coordination. La jurisprudence pourrait utilement s'inspirer de ce qui se fait en matière de clause d'élection de for, que les tribunaux refusent parfois d'honorer lorsque le for élu par les parties ne présente pas

³⁴⁰⁶ *Oppenheimer v Louis Rosenthal & Co.*, [1937] 1 All ER 23, cité in *Edward Connelly v R.T.Z. Corp., Plc*, [1997] ILPr 805, 816.

³⁴⁰⁷ Dans l'affaire *Canadian Overseas Ore Ltd. v Compania de Acero del Pacifico, SA*, 528 F. Supp. 1337 (S.D.N.Y. 1982) se posait la question de l'indépendance des tribunaux chiliens lors de la dictature militaire. V. aussi *Merendez Rodriguez v Pan Am Life Ins., Co.*, 311 F.2d 429 (5th Cir. 1962) (à propos du régime cubain, alors que les demandeurs étaient des réfugiés cubains).

³⁴⁰⁸ *Kadic v Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995) (tribunaux de l'ex-Yougoslavie) ; *Middle East Banking Co. SA v Al-Haddad* (1990) 70 O.R. (2d) 97 ; *Perkins v Benguet Consolidated Mining Co.*, 342 U.S. 437 (1952) (la Cour Suprême ne sanctionne pas un tribunal d'Ohio qui avait refusé de se dessaisir au profit des tribunaux Philippines, parce qu'à l'époque de la décision la Philippine était occupée par le Japon) ; *Fioriata v United States Steel Intl.*, 311 F. Supp. 117, 120 (S.D.N.Y. 1969) (le demandeur se voit refuser l'accès au Bahamas dont les tribunaux ne peuvent dès lors être considérés comme accessibles) et *Odita v Elder Dempster Lines*, 28 F. Supp. 547 (S.D.N.Y. 1968) (le demandeur ne peut entrer au Royaume-Uni).

³⁴⁰⁹ P. ex. *Sussman v Bank of Israël*, 990 F. 2d 71 (2d. Cir. 1993) ; *Mercier v Sberaton Int'l Inc.*, 935 F.2d 419 (1st Cir. 1991).

³⁴¹⁰ V. les développements de A. NUYTS, p. 251, n° 221 et de CH. CHALAS, n° 721 e.s.

les garanties nécessaires à une bonne justice.³⁴¹¹ Les jurisprudences nationales qui consacrent un for du déni de justice pourraient également servir d'exemple.³⁴¹²

787. Exigence de réserve des tribunaux lors de l'examen de l'exception de justice - Une fois la clause de sauvegarde rattachée au concept de déni de justice, encore faut-il préciser les limites de l'examen par le for de la coordination. L'exception de justice ne doit pas être l'occasion pour le juge second saisi de s'arroger le droit de contrôler, voire de condamner le tribunal étranger pour un manquement quelconque. Le seul enjeu de l'exception réside dans l'application du mécanisme de coordination, et non dans la possibilité d'adresser un blâme au juge étranger. La différence est bien connue, il suffit de penser à la réception d'une décision étrangère dont on rappelle classiquement qu'elle n'a jamais été l'occasion de censurer ou de blâmer le tribunal étranger.³⁴¹³

De la même manière, le for de l'abstention ne peut aller au-delà du simple refus ou de l'accueil de l'abstention et doit veiller à ne pas s'immiscer dans le fonctionnement de la justice étrangère.³⁴¹⁴ L'examen de l'exception de justice doit donc s'accompagner d'une certaine *réserve*, inhérente au respect du fait judiciaire étranger. Le for de l'abstention limitera son examen à ce qui est strictement nécessaire, sans prononcer de jugement général sur le système étranger.³⁴¹⁵

Cette réserve se traduira concrètement par un examen minutieux des allégations du demandeur. L'expérience a en effet montré que bien souvent les plaideurs se contentent d'assertions pour le moins vagues et générales dénonçant tel ou tel aspect du système judiciaire étranger, sans préciser plus avant dans quelle mesure l'élément invoqué affecterait concrètement la résolution de leur litige.³⁴¹⁶ Le tribunal veillera à ne pas se contenter de telles allégations pour exiger au contraire des preuves précises et détaillées.

³⁴¹¹ V. l'article de synthèse de G. KAUFMANN-KOHLER, "Compétence internationale et bouleversements politiques", in *Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag*, P. BÖCKLI et K. EICHENBERGER (éds.), Zürich, 1983, 161-174.

³⁴¹² V. en droit suisse l'article 3 de la loi fédérale de 1987 et les commentaires de S. OTHENIN-GIRARD, "Quelques observations sur le for de nécessité en droit international privé suisse (art. 3 LFIP)", *R.S.D.I.E.*, 1999, 251 e.s. En général sur le déni de justice, v. CH. DE VISSCHER, « Le déni de justice en droit international », *Recueil des cours*, 1935-II, t. 52, 363 e.s.

³⁴¹³ P. ex. MM. Rigaux et Fallon, DIP, T. I, 152, n° 225. On peut toutefois se demander s'il en va de même lorsque le juge requis est investi du pouvoir de révision.

³⁴¹⁴ Un débordement que les tribunaux anglais qualifieraient sans doute d'atteinte à la courtoisie internationale, alors qu'on parlerait plus volontiers sur le vieux continent d'excès de compétence internationale, v. p. ex. MM. Rigaux et Fallon, DIP, T. I, 152, n° 225 à propos de la reconnaissance des jugements étrangers. L'idée est dans les deux cas la même.

³⁴¹⁵ Les tribunaux anglais et américains l'ont très bien compris, qui refusent de s'accorder un droit de regard général sur la conduite des affaires judiciaires étrangères, v. p. ex. *Blanco v Banco Industrias de Venezuela SA*, 997 F.2d 974 (2d. Cir. 1993), dans lequel la Cour note que "we have repeatedly emphasized that it is not the business of our courts to assume the responsibility for supervising the integrity of the judicial system of another sovereign nation". Dans le même sens, *Ravelo Monero et al. v Luis Rosa et al.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 13556 (N.D. Cal. Aug. 27, 1998) (le tribunal est réticent à se prononcer sur des allégations de corruption formulées à l'encontre des tribunaux de la République dominicaine : "The Court is hesitant to pass judgment on the integrity of another sovereign's courts", p. 12). Certains tribunaux vont très loin, ainsi cette Cour d'Appel américaine qui au nom de la courtoisie internationale a refusé de se prononcer sur l'état du système judiciaire indien : "such an assumption would directly conflict with the principle of comity", *Jhinad v Ferrandina*, 536 F.2d 478, 484-485 (2d. Cir. 1976).

³⁴¹⁶ P. ex. *Blanco v Banco Industrias de Venezuela SA*, 997 F.2d 974 (2d. Cir. 1993), dans lequel les demandeurs n'avancèrent que des "alleged general deficiencies and corruption" du système vénézuélien. ; *El Fadl v Central Bank of Jordan*, 75 F. 3d 668 (D.C. Cir. 1996), dans lequel le demandeur se contente de généralités à propos de la prétendue corruption affectant le système judiciaire jordanien. V. également *Mercier v Sheraton Int'l*, 935 F.2d 419 (1st Cir. 1991) et *Holmes v Syntex Lab., Inc.*, 202 Cal Rptr. 773 (Ct. App. 1984) et aussi *AAR Intern., Inc. v Vacances Heliades S.A.*, 100 F.Supp.2d 875 (N.D.Ill., 2000) dans lequel le tribunal relève l'argument suivant du défendeur sur l'exception "[...] that Greece is ranked well below the United States on the 'Transparency International Corruption Perception Index' ». Et le tribunal d'en déduire que « Apparently I am supposed to exercise

L'application de l'exception de justice pose des problèmes évidents de preuve, l'importance de la question imposant de ne pas se satisfaire d'affirmations générales non étayées. Il en est d'autant plus ainsi que, par hypothèse, le for de la coordination sera appelé à se prononcer avant que le 'mal' ne soit fait, c'est-à-dire alors que la procédure étrangère suit toujours son cours. Bien souvent les deux parties feront appel à des 'experts', qui présenteront des conclusions contradictoires, entre lesquelles il ne sera pas facile de trancher. On mesure la difficulté de la tâche, s'agissant de prévoir sur base d'expériences passées quel sort le système étranger réservera à la contestation. Cette difficulté constitue une raison supplémentaire d'observer une certaine réserve dans l'application de l'exception de justice. Dans le doute, il faut à notre sens faire confiance au for concurrent.

788. Exception de justice et rôle des parties - Le demandeur qui est à l'origine des deux procédures concurrentes, peut-il lui aussi invoquer une éventuelle exception de justice pour s'opposer au dessaisissement en faveur d'un juge qu'il a lui même choisi?³⁴¹⁷ La question s'est posée en jurisprudence à l'occasion d'un litige opposant le propriétaire d'un club de base ball de la République Dominicaine à plusieurs de ses joueurs, qui l'accusaient de harcèlement sexuel.³⁴¹⁸ Les joueurs avaient d'abord demandé réparation devant les tribunaux dominicains. A la faveur d'un déplacement aux Etats-Unis, ils renouvelèrent leur plainte devant les tribunaux locaux. Pour s'opposer à la demande de dessaisissement formulée par leur patron, les joueurs avançaient que les tribunaux dominicains étaient corrompus. Le juge américain n'eut pas à se prononcer sur une éventuelle forclusion dans leur chef, parce qu'ils se contentaient d'allégations fort générales, sans préciser en quoi la corruption pourrait nuire à leur demande.

En réalité il serait peu judicieux de priver une partie de la possibilité de se plaindre de la qualité de la justice étrangère qu'elle a elle même saisi : si la configuration procédurale particulière doit inciter à une prudence renforcée, on ne peut exclure que le demandeur puisse légitimement craindre pour le bon déroulement du procès. Le fait qu'il ait préféré s'en remettre à la justice du for après avoir saisi un tribunal étranger sera parfois même une indication des difficultés qui affectent ce dernier.

En définitive, le concept de déni de justice nous semble constituer une base satisfaisante pour limiter la priorité du juge premier saisi. Ainsi définie, l'exception de justice permettra d'éviter de condamner les parties à une procédure que l'on sait peu respectueuse des droits fondamentaux, tout en évitant de faire peser une trop lourde hypothèque sur l'objectif de coordination. Il reste maintenant à vérifier l'adéquation de cette définition générale à la question particulière du délai raisonnable.

2. Le problème du délai raisonnable

789. Introduction - La coordination entre procédures concurrentes trouve ses limites dans les conditions d'une bonne administration de la justice. Une des exigences essentielles du procès équitable est que les parties obtiennent justice dans un délai

jurisdiction because some people perceive that 'Greece' is 'corrupt'. There is not a whisper of evidence that the Athens Court is corrupt ».

³⁴¹⁷ La même question se pose lorsque le défendeur sur l'exception avait signalé son intention de se soumettre à la compétence des tribunaux étrangers par le biais d'une clause d'élection de for.

³⁴¹⁸ *Yan Carlos Ravelo Monregro et al. v Luis Rosa et al.*, 1998 Dist LEXIS 13556 (N.D. Cal. Aug. 27, 1998).

raisonnable. On doit dès lors se demander dans quelle mesure le for de la coordination doit tenir compte du manque de célérité, présumé ou avéré, de la justice étrangère première saisie.³⁴¹⁹

Le souci de ne pas mettre en péril le droit à une prompte justice par le biais de la coordination a récemment trouvé une application particulière au sein de l'espace judiciaire européen avec le phénomène de ce que l'on a appelé la 'torpille (torpédo) belge ou italienne'. La question dépasse toutefois le cadre de la litispendance européenne. Elle s'est par exemple posée en droit commun allemand. Ainsi la Cour fédérale allemande y a-t-elle été confrontée à l'occasion d'un litige opposant deux époux dont l'un avait introduit une demande de divorce en Italie.³⁴²⁰ Conformément au droit commun allemand, la demande ultérieure de divorce du mari fut rejetée par le tribunal de première instance en raison de l'existence d'une procédure engagée antérieurement en Italie. En appel, le mari se plaignit de ce que la procédure italienne, engagée quelque 4 ans auparavant, ne semblait pas devoir aboutir dans un avenir proche. La question se posait dès lors de savoir si le jeu de l'exception de litispendance internationale devait être limité dans le temps. Devait-on maintenir le principe de la coordination, au risque de reporter l'échéance du litige à une date indéterminée et ainsi de mettre en péril le droit du justiciable à une prompte justice?

790. Application de la solution générale – Qu'il s'agisse d'une question de délai raisonnable ne modifie pas fondamentalement les données du problème. La question du dépassement du délai raisonnable ne constitue qu'un aspect particulier de la prévention du déni de justice. Le risque éventuel posé par le 'renvoi' devant le juge étranger tient ici aussi à la qualité de la justice étrangère. Si l'on s'en tient à la solution générale dégagée plus haut, on permettra donc au for de la coordination de faire une entorse au principe de l'abstention s'il s'avère que l'exigence du délai raisonnable en souffrirait. Un dépassement du délai raisonnable peut tout aussi bien constituer un déni de justice que la partialité avérée d'un juge étranger. Ne pas permettre au for de la coordination de tenir compte d'une telle éventualité ferait naître le risque que les juges cherchent refuge dans une solution d'expédient pour rejeter la coordination lorsqu'ils pressentent que celle-ci condamnerait les parties à poursuivre les débats sans espoir d'une solution dans un délai raisonnable.³⁴²¹

Puisqu'on ne peut exclure une déficience du juge étranger, il faut permettre au for de la coordination de tenir compte de cette éventualité.³⁴²² Ceci étant dit, la mise en oeuvre

³⁴¹⁹ La doctrine suisse rattache également cette question à l'ordre public : G. WALTER, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz. Ein Lehrbuch*, 2^{ème} éd., Berne, Verlag Paul Haupt, 1998, 453 et B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 311.

³⁴²⁰ BGH, 26 janvier 1983, *IPRax*, 1984, 152 ; *N.J.W.*, 1983, 1269 ; *IPRspr.*, 1983, n° 165.

³⁴²¹ V. par exemple TF Suisse, ATF 109 II 180, 183 (demande de divorce alors que l'épouse avait déjà introduit une demande similaire en Italie. Décision rendue avant la codification du droit international privé suisse. Le Tribunal, s'écartant de sa jurisprudence antérieure, décide qu'il n'y a pas identité entre une demande de séparation et une demande de divorce (sur cette question, *supra*, n° 458). Selon Mme. Wittibschlager (1994, 130, note 724), cette décision s'explique avant tout par le fait que le divorce ne pouvait être obtenu en Italie qu'après une séparation de 5 ans, un délai jugé trop long. L'auteur cite également une décision de l'Obergericht Zürich, 28 juin 1982, *Z.R.*, 83, n° 20, où, dans une hypothèse similaire, la Cour a refusé de donner suite à une exception de litispendance "aus Billigkeitsgründen").

³⁴²² Il ne s'agirait nullement d'imposer à l'Etat étranger le respect d'un délai raisonnable prescrit par une disposition à laquelle il n'a pas souscrit, mais d'empêcher le for de la coordination de participer, ne fut-ce qu'indirectement, à la violation de l'obligation de respect de délai raisonnable à laquelle il a lui souscrite, sur ce mode v. l'arrêt de la Cour européenne dans l'affaire *Soering*, CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, Série A n° 161 ; *J.D.I.*, 1990, 734, obs. P. TAVERNE.

d'une éventuelle exception à la coordination liée au respect du délai raisonnable peut s'avérer délicate. Le dépassement du délai raisonnable peut en effet être invoqué à plusieurs stades qui n'appellent pas nécessairement la même réponse. La question peut toute d'abord être soumise au for de la coordination en vue de *prévenir* le 'renvoi' devant un tribunal dont il est à craindre qu'il n'offre pas de garanties suffisantes pour une solution rapide du litige (A). Le problème du délai raisonnable peut d'autre part être évoqué une fois que le mal est fait (B). L'opportunité et les modalités concrètes d'une exception au mécanisme de coordination varient à notre sens selon que l'on se place à l'un ou à l'autre de ces moments.

A. *Approche 'préventive' du délai raisonnable*

791. Introduction - On a expliqué qu'il serait judicieux d'assortir le mécanisme de coordination d'une clause générale de sauvegarde permettant au for second saisi de refuser au tribunal étranger le bénéfice de la coordination lorsqu'il apparaît que celle-ci ferait peser le risque d'un déni de justice sur les parties. Cette clause pourrait-elle être invoquée par une partie qui craint que la justice étrangère ne le fasse attendre au point de dépasser les limites du raisonnable? Ce faisant, la clause interviendrait pour *prévenir* une forme particulière de déni de justice qui trouverait sa source dans l'excessive lenteur du for concurrent.

Il est deux manières de tenir compte, de façon préventive, de l'exigence du respect du délai raisonnable. On va voir que dans les deux cas, il apparaît peu judicieux de permettre au for second saisi de se dégager préventivement de l'effort de coordination.

(i) Un refus préventif de la coordination au nom du délai raisonnable ?

792. L'exemple de la jurisprudence américaine - On a déjà évoqué l'attrait, on hésite à écrire la séduction, qu'exercera la clause de sauvegarde sur les plaideurs, qui y verront une ultime planche de salut pour échapper au jeu de la coordination. On ne s'étonnera donc pas de constater que les tribunaux ont dû répondre à l'argument de certains qui accusaient d'emblée la justice étrangère, concurrentement saisie, de coupables lenteurs. Ainsi une Cour d'Appel américaine a refusé une exception de for inapproprié invoquée par une entreprise établie en Inde, dans un litige que tout reliait à ce pays. Pour ce faire, la Cour s'est fondée sur la probabilité que la résolution du litige par les tribunaux indiens s'étende sur une période de plus de 20 ans, ce qui avait pour effet de rendre le for indien 'inadéquat'.³⁴²³ Cette prévision se fondait sur différents témoignages d'experts (les fameux 'affidavits'). La Cour reconnut qu'en principe un retard de quelques années ne prêtait pas à conséquence, mais indiqua qu'un retard excessif constituerait une négation du droit à la justice.³⁴²⁴

793. Délai raisonnable et litispendance en droit commun suisse - La jurisprudence américaine évoquée rejoint l'appréciation auquel le juge suisse second saisi doit se livrer. Selon l'article 9 de la loi suisse, le juge suspend en effet la cause s'il est à prévoir que la juridiction étrangère première saisie rendra sa décision "dans un délai

³⁴²³ *Bhatnagar v Surrendra Overseas Ltd.*, 52 F.3d 1220, 1227-28 (3d Cir. 1995).

³⁴²⁴ 52 F.3d 1220, 1227-28 (3d Cir. 1995).

raisonnable”³⁴²⁵ Concrètement, le juge suisse renoncera dès lors à accueillir l’exception lorsqu’il est démontré que la procédure étrangère n’aboutira pas dans un délai “convenable”³⁴²⁶ Cette disposition, qui semble avoir été inspirée par la jurisprudence allemande,³⁴²⁷ ne manque pas de laisser perplexe. Avec M. Berti on peut s’accorder pour dire que l’appréciation par le juge suisse sera “délicate”³⁴²⁸ Elle a d’ailleurs été fortement critiquée.³⁴²⁹

En pratique la portée de cette condition a été réduite par la jurisprudence déjà évoquée du Tribunal Fédéral relative au pronostic de reconnaissance : comme on l’a expliqué, le tribunal a décidé que la litispendance ne pouvait être écartée que lorsqu’il apparaît qu’il n’y a “aucune chance pour que la juridiction étrangère rende, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse [...]”³⁴³⁰ Ce faisant, le tribunal aura au moins renversé la charge de la preuve, en imputant au défendeur sur l’exception de litispendance la charge de montrer que la condition du délai raisonnable ne pourra être satisfaite. Il ne pourra sans doute s’acquitter de cette tâche qu’en montrant une complète désorganisation du système judiciaire étranger. Comme le note M. Walter, le sursis est dès lors devenu la règle et le rejet l’exception.³⁴³¹

794. Difficultés de l’appréciation préventive du délai raisonnable – Même réduit à une appréciation générale comme en droit suisse, l’exercice de prédiction auquel le juge second saisi devra se livrer n’en reste pas moins périlleux. S’il peut être malaisé de prévoir que le juge étranger ne répondra pas aux exigences fondamentales d’impartialité et d’indépendance, il est sans doute encore plus difficile de prévoir, alors que la procédure vient d’être engagée, que le juge étranger tardera manifestement à trancher le litige. Comme le note un commentateur américain, on peut tout d’abord se demander si compte tenu de l’arriéré judiciaire qui affecte de nombreuses juridictions, il appartient à un tribunal de reprocher à un autre son manque de célérité.³⁴³² Si l’on dépasse ces

³⁴²⁵ “In angemessener Frist”.

³⁴²⁶ La jurisprudence suisse précédant la codification semblait déjà s’être engagée sur cette voie, v. surtout ATF 109 II 180, 183, à propos d’une procédure italienne de divorce qui traînait en longueur.

³⁴²⁷ C’est ce qu’indique O. VOGEL, “Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhältnis”, S.J.Z., 1990, (77), 82. Sur cette jurisprudence, *infra*, n° 797. Mme. Wittibschlager note qu’à la différence de la jurisprudence allemande, qui voit dans le délai raisonnable une limite à l’effet de la litispendance, le législateur suisse en a fait une condition de l’exception (1994, 130).

³⁴²⁸ S. BERTI, “Artikel 9”, in *Internationales Privatrecht*, H. HONSELL et al. (éds.), Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1996, 88.

³⁴²⁹ P. ex. M. Vogel, qui reproche au législateur de s’être inspiré d’une jurisprudence étrangère sortie de son contexte : s’il s’agissait de réprimer les abus de droit, la disposition fait double emploi avec d’autres (O. VOGEL, *loc. cit.*, S.J.Z., 1990, (77), 82). Du même, *Grundriss des Zivilprozessrechts der Schweiz*, 5^{ème} éd., Stämpfli, Berne, 1997, 211 (où il va même plus loin et qualifie cette condition de “unsinnig”).

³⁴³⁰ ATF, 118 II 188, 191-192.

³⁴³¹ *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, Bern, Paul Haupt, 1997, 453, note 24. V. également M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 131 (selon qui la condition du délai raisonnable est “absorbée” par le pronostic général de reconnaissance, sans que l’on doive lui attribuer une signification particulière) et I. SCHWANDER, “Ausländische Rechtshängigkeit nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen”, *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht. Festschrift für O. Vogel*, I. SCHWANDER et al. (éds.), Fribourg, Universitätsverlag, 1991, 42 (en cas de doute il faut privilégier le sursis à statuer). M. Dutoit est le plus explicite sur la question (B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2^{ème} éd., Bâle/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1997, art. 9, n° 4), il explique que “le juge suisse fera confiance au juge étranger et partira en principe de l’idée que cette condition sera réalisée, et cela d’autant plus que la notion de ‘délai convenable’ est d’une absolue imprécision”.

³⁴³² D. EPSTEIN, “An Examination of the ‘Adequacy of the Alternative Forum’ Factor in Forum Non Conveniens Determination”, *loc. cit.*, (295), 300. V. également S. BERTI, “Artikel 9”, in *Internationales Privatrecht*, H. HONSELL et al. (éds.), Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1996, 88 (qui précise que l’appréciation du caractère raisonnable de la durée du procès étranger peut s’avérer “délicate, en particulier sous l’angle de la comitas internationale”. Dans le même sens, O. VOGEL, *loc. cit.*, S.J.Z., 1990, 83 : “Der Völkerrechtliche Grundsatz der Courtoisie gebietet [...] die

querelles de voisinage, force est de constater que l'entreprise de prédiction bute sur de sérieuses difficultés pratiques : le juge devra le plus souvent se fier aux données, nécessairement contradictoires, que lui fournissent les parties pour évaluer la rapidité probable de son collègue.³⁴³³ Les statistiques dont il disposera le cas échéant, fourniront au mieux une indication générale et non pas une évaluation précise de la situation dans un cas donné.³⁴³⁴ Il est peu de juridictions qui sont exemptes de tout arriéré judiciaire.³⁴³⁵ Ne sera-t-il dès lors pas facile au plaideur d'avancer quelques statistiques soigneusement sélectionnées pour 'prouver' le retard excessif qui affectera la procédure étrangère?³⁴³⁶

Plus fondamentalement, il y a quelque chose d'absurde à vouloir prédire l'exception. Car c'est bien de cela qu'il s'agit quand on parle de déni de justice : un 'simple' retard ne suffira pas à remettre en question la coordination, à moins d'exiger de la justice étrangère un effort que l'on n'imposerait pas à la justice du for. Il faudra un retard considérable, qui sort de la 'norme', pour que l'on puisse parler d'injustice. Or la tentative de prévision, aussi fondée soit-elle, permettra difficilement d'envisager l'hypothèse catastrophe. Sauf à imaginer un effondrement complet du système judiciaire étranger, auquel cas l'exception 'générale' de déni de justice peut suffire, on n'aperçoit pas comment un juge pourrait prétendre prédire que le système judiciaire étranger ne sera pas en mesure de satisfaire à l'impératif d'une prompte justice. Le contraire n'est envisageable que si l'on s'autorise à s'appuyer sur des allégations générales du style 'il est notoire que les tribunaux de tel pays sont lents', une appréciation qui ne témoigne pas d'un souci de précision et d'exactitude.

795. Difficultés de l'appréciation préventive du délai raisonnable (suite) – Il nous semble dès lors peu judicieux de permettre au for de l'abstention de s'engager dans un effort de prédiction fondé sur des données générales, statistiques ou autres.³⁴³⁷ L'exception de justice serait dévoyée de sa fin si l'on entreprenait de prévoir sur de telles bases le temps que durera une procédure étrangère. La courtoisie internationale bien comprise incite au contraire à présumer que cette procédure se déroulera de façon satisfaisante. Ce n'est que dans des situations exceptionnelles que l'on pourra se permettre de renverser cette présomption. Pour cela le demandeur devra montrer qu'il est hors de doute que la procédure étrangère dépassera les limites du raisonnable.³⁴³⁸

Vermutung, das Prozesse in anderen Ländern jedenfalls nicht weniger in angemessener Frist erledigt werden als in der Schweiz".

³⁴³³ Dans l'espèce américaine déjà évoquée, les experts mandatés par les parties avaient produit des déclarations contradictoires sur la célérité de la justice indienne.

³⁴³⁴ La doctrine suisse conseille pourtant aux tribunaux de faire appel aux "données d'expérience" pour évaluer la durée du procès étranger : I. SCHWANDER, *l.c.*, in *Festschrift für O. Vogel*, I. SCHWANDER et al (eds.), Fribourg, Universitätsverlag, 1991, (395), 412 (qui évoque les "Erfahrungswerten über die Prozessdauer im ausländischen Staat") ; du même, *Einführung in das internationale Privatrechts*, 1990, 313, n° 672 ; M. WITTBISCHLAGER, 1994, 131 ("Erfahrungswerte über die Prozessdauer im Ausland [...]"). M. Walter recommande de s'en remettre aux données statistiques pour évaluer la "durée moyenne" ("die durchschnittliche Dauer") du procès étranger : G. WALTER, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, Bern, 1997, 453.

³⁴³⁵ V. les données rassemblées dans CH. PLATTO (éd.), *Economic Consequences of Litigation Worldwide*, La Haye, International Bar Association/Kluwer Law International, 1999, 445 p.

³⁴³⁶ D'autant plus lorsqu'il prend en compte, pour calculer la durée probable de la procédure étrangère, toutes les voies de recours dont dispose le justiciable, comme ce fut le cas dans l'affaire américaine déjà évoquée.

³⁴³⁷ En ce sens, J.-M. REYMOND, *L'exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile suisse*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 51, qui se demande "[...] comment apprécier par avant le temps nécessaire à une procédure étrangère pour aboutir à un jugement, étant admis qu'un laps de temps trop long peut constituer un déni de justice".

³⁴³⁸ Une partie de la doctrine suisse insiste à juste titre sur l'importance des circonstances individuelles et en particulier la complexité du litige et l'attitude des parties : P. VOLKEN, *l.c.*, in *IPRG-Kommentar...*, 78.

On pense à l'hypothèse de l'effondrement complet du pouvoir judiciaire étranger. La jurisprudence de la Cour fédérale allemande offre un autre exemple³⁴³⁹ : dans une espèce tranchée en 1960, une femme demandait le divorce en Allemagne après l'avoir antérieurement sollicité en Angleterre. La Cour fédérale rejeta l'exception de litispendance soulevée par le mari allemand en notant que le juge anglais avait suspendu la procédure pour une durée indéterminée, dans l'attente que l'épouse consente à restituer l'enfant du couple. Selon la Cour, accueillir la litispendance aurait constitué un déni de justice puisque l'épouse refusait d'obtempérer à l'injonction anglaise, ce qui rendait illusoire la poursuite de la procédure anglaise. Si l'on peut émettre des doutes sur la pertinence de cette décision, elle illustre bien le type de situation qui constitue ab initio un obstacle à l'obtention d'une décision dans un délai raisonnable. Dans les autres cas, il faudra bien faire confiance au juge étranger. Il ne peut être question de permettre au for de la coordination de se fonder sur des impressions générales pour rejeter celle-ci.

Il est toutefois une autre manière de tenir compte, de façon préventive, de l'exigence de célérité.

(ii) Appréciation préventive du délai raisonnable et délai préfix

796. Coordination internationale sous condition résolutoire - Si l'on tient à permettre au demandeur de s'opposer d'emblée au 'renvoi' en invoquant un défaut de célérité du juge étranger, il est une autre solution que le périlleux exercice de prédiction. On peut en effet concevoir que le for de la coordination assortisse le sursis à statuer d'un délai dans lequel le juge étranger devrait se prononcer. Une telle condition opérerait à la manière d'une condition résolutoire, les parties recouvrant la possibilité de saisir le for de la coordination s'il apparaissait que le tribunal étranger ne s'est pas prononcé dans le délai imparti.

L'idée n'est pas neuve. Elle avait déjà été suggérée par la délégation norvégienne lors des négociations qui ont abouti à la Convention de La Haye de 1971. Cette délégation avait à l'époque proposé de prévoir une exception à la règle de litispendance pour éviter que ne s'écoule un délai exagéré avant que justice ne soit rendue. L'autorité qui était invitée à surseoir à statuer aurait selon cette suggestion eu la possibilité d'"établir un délai d'un an au minimum, à l'expiration duquel [elle] peut, nonobstant les dispositions de cet article, statuer, si à ce moment là [le for étranger] saisi en premier lieu n'a pas encore [rendu] une décision au fond"³⁴⁴⁰. Cette proposition n'a pas reçu l'approbation des autres délégations. La Norvège a d'ailleurs retiré sa suggestion lorsqu'il apparut que la règle de litispendance prévue par la Convention serait purement facultative pour le juge second saisi.³⁴⁴¹

L'idée a été reprise, notamment par M. Lagarde. Après la communication de M. Holleaux au comité français, l'internationaliste français avait suggéré de donner au juge qui accueille l'exception de litispendance la possibilité de fixer un délai au demandeur soit pour faire diligence devant le tribunal étranger, soit pour rapporter dans un délai d'un an ou de 18 mois un jugement étranger.³⁴⁴²

³⁴³⁹ BGH, 26 octobre 1960, *N.J.W.*, 1961, 124 ; *FamRZ.*, 1961, 70 ; *Z.Z.P.*, 1961, 225 et *IPRspr.*, 1960-61, n° 200.

³⁴⁴⁰ Proposition de la délégation norvégienne, Document de Travail n° 4 du 14 octobre 1964, *Actes et Documents de la Session Extraordinaire*, 1966, 91-92.

³⁴⁴¹ Procès-verbal n° 17, séance du 1er avril 1966, *Actes et Documents de la Session Extraordinaire*, 1966, 219.

³⁴⁴² *L.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1973, 228-229.

La pratique de la coordination sous condition résolutoire a connu quelques applications en jurisprudence. Ainsi la Cour d'Appel du second Circuit a-t-elle subordonné son dessaisissement pour cause de *forum non conveniens* à la possibilité pour le demandeur de saisir à nouveau le tribunal américain si le tribunal japonais ne faisait pas diligence, dans les 60 jours, sur la demande de mesures provisoires qui lui était soumise.³⁴⁴³

797. Difficultés de la coordination sous condition résolutoire - L'idée du dessaisissement conditionnel est séduisante. Elle permet de tenir compte préventivement de l'exigence du délai raisonnable, sans tomber dans la difficulté liée à la prévision de la durée de la procédure étrangère. L'idée n'est toutefois pas exempte de difficultés. Elle se situe tout d'abord à la limite de ce que la courtoisie internationale peut tolérer. Indirectement, le juge qui assortit la mesure de coordination d'une condition de délai, invite en effet son collègue étranger à ne pas traîner en route. L'exigence ainsi posée ne pourrait dès lors être formulée que comme permettant aux parties de poursuivre leur litige devant le for en cas de dépassement du délai et non comme une remontrance déguisée à l'adresse du juge étranger.

En outre, se pose la question de la longueur du délai 'assigné' au juge étranger pour rendre justice. Comme le note M. Volken, la question de savoir quand un délai peut être dit 'approprié' n'est pas une affaire de certitude.³⁴⁴⁴ Un même délai pourrait s'avérer trop long dans certaines affaires et trop court dans d'autres. La justice n'est pas une science exacte; la longueur des débats dépend avant tout des circonstances de la cause. La tentation serait d'ailleurs grande d'exiger à cette occasion du juge étranger ce que l'on hésite à exiger des tribunaux locaux comme le montre la législation péruvienne. Selon l'article 2066 du Code civil péruvien, la litispendance n'opère en effet qu'à la condition que le juge étranger rende une décision dans les trois mois!³⁴⁴⁵ Voilà qui est faire preuve de bien de sévérité à l'égard du juge étranger. S'il s'agit de protéger les parties contre les lenteurs éventuelles de la procédure étrangère, le législateur péruvien se montre pour le moins exigeant. On peut craindre que cette disposition ne rende le jeu de la litispendance "complètement illusoire".³⁴⁴⁶

798. Difficultés de la coordination sous condition résolutoire (suite) - Ces difficultés pourraient inciter le législateur à confier au juge le soin de déterminer *in concreto* le délai maximum imparti au juge étranger. Il serait ainsi possible de tenir compte des particularités de chaque espèce. Il reste qu'assortir la coordination d'un délai, même adapté aux circonstances de la cause, pourrait inciter le demandeur à retarder autant que faire se peut l'évolution de la procédure étrangère, afin d'obtenir la possibilité de faire jouer l'expiration du délai. Des manoeuvres de la part des parties ne peuvent en effet être exclues. Devra-t-on en outre tenir compte des voies de recours que le demandeur mettra éventuellement à profit? Que se passera-t-il si le défendeur prétend que le 'retard' constaté dans la procédure étrangère est à imputer à son adversaire? Ceci pourrait singulièrement compliquer la tâche du juge à qui l'on opposerait que la condition résolutoire est remplie. Les mêmes difficultés surgiraient s'il apparaissait que le délai

³⁴⁴³ *Borden, Inc. v. Meiji Milk Products, Co.*, 919 F. 2d 822 (2d. Cir. 1990). V. également *Leo Oppenheimer v. Caraboya Rubber & Navigation Comp.*, 145 App. Div. 830, 130 N.Y.S. 587 (1911) (le tribunal américain surseoit à statuer en déférence à une procédure anglaise concurrente, tout en limitant la durée du sursis à un an).

³⁴⁴⁴ P. VOLKEN, *l.c.*, in *IPRG-Kommentar...*, 78 : "Einmal gibt es auch in der Schweiz keinen sicheren Anhaltspunkt darüber, was zeitlich 'angemessen' ist".

³⁴⁴⁵ Traduction parue à la *R.C.D.I.P.*, 1986, 192.

³⁴⁴⁶ G. A. L. DROZ, *oc.*, *Recueil de cours*, 1991-IV, t. 229, 65, n° 52.

imparti est écoulé, mais que la procédure étrangère est sur le point d'aboutir, par exemple parce que le juge a pris l'affaire en délibéré. S'en tenir dans cette hypothèse à la rigueur du délai fixé ne manquerait pas de provoquer un regrettable gaspillage.

Ces quelques exemples montrent bien la difficulté de l'exercice. Au vrai on peut penser qu'il est dangereux de vouloir enfermer la justice, oeuvre humaine par excellence, dans un calendrier en forme de corset. Il en résulterait inmanquablement des débordements. En outre, c'est la portée même du mécanisme qui appelle d'importantes réserves : à moins de se contenter d'approximations et d'un degré de généralité qui peut offenser le sens de la justice, il faut bien avouer que le concept même de 'délai raisonnable' est insusceptible d'une détermination *a priori*. Ce concept a révélé toute sa richesse comme sanction *a posteriori* d'un retard manifeste. Il est moins approprié lorsqu'il s'agit de se lancer dans un exercice de prospective.

En définitive, la méthode préventive ne nous semble pas pouvoir d'être retenue pour apporter une limite temporelle au mécanisme de l'abstention. Tout au plus pourrait-on envisager, lorsque l'on accède à une exception de ce genre, d'inviter les parties à coopérer de bonne foi à la poursuite de la procédure devant le juge étranger. Ceci ne veut pas dire que le délai raisonnable ne peut jouer aucun rôle en matière de coordination, comme on va le voir maintenant.

B. *Le délai raisonnable comme sanction*

799. **Introduction** - On a vu qu'il serait peu judicieux de permettre au for de l'abstention d'invoquer la crainte d'un dépassement *futur* du délai raisonnable dans le chef du juge étranger pour refuser la coordination. La question des limites temporelles éventuelles du mécanisme de coordination peut également se poser *a posteriori* lorsqu'il apparaît que le for étranger à qui l'affaire a été confiée, laisse traîner les choses d'une manière telle qu'on ne puisse entrevoir aucune issue au litige dans un délai raisonnable. On peut se demander s'il faut alors permettre au demandeur qui avait antérieurement saisi le for de l'abstention, de solliciter de celui-ci qu'il revienne sur sa décision et accepte de prendre connaissance du litige. La même question peut se poser lorsque, excédé par le retard qui affecte la procédure étrangère, un plaideur reporte ses espoirs vers les tribunaux du for qui n'avaient pas auparavant été saisis.³⁴⁴⁷

Dans les deux cas, la question est la même : une partie peut-elle, en s'appuyant sur la clause générale de sauvegarde, venir (ou revenir) devant le for pour lui demander de passer outre la coordination?

La question s'est posée en jurisprudence, notamment devant la Cour fédérale allemande à l'occasion d'une demande formulée par une entreprise turque qui prétendait obtenir une importante commission de son adversaire, une entreprise allemande, pour les services qu'elle alléguait avoir rendu lors de la conclusion d'un contrat de livraison avec le ministère turc de la défense.³⁴⁴⁸ Le vendeur allemand opposait à cette demande une exception de litispendance tirée de l'existence devant les tribunaux turcs, d'une instance engagée par l'intermédiaire et visant le même but. Celui-ci faisait valoir qu'il ne fallait pas

³⁴⁴⁷ P. ex. BGH, 29 novembre 1985, *R.I.W.*, 1986, 217 ; *IPRax*, 1986, 293, où un investisseur allemand s'est tourné vers les tribunaux de son pays 8 ans après avoir réclamé une somme d'argent de son partenaire devant les tribunaux italiens. Aucune date n'avait encore été fixée pour une audience de plaidoiries !

³⁴⁴⁸ BGH, 10 octobre 1985, *N.J.W.*, 1986, 2195 ; *R.I.W.*, 1986, 218 ; *IPRspr.*, 1985, n° 167.

attendre grand chose du tribunal turc, la procédure étant en l'espèce engagée depuis près de 10 ans! Il demandait que les juges allemands fassent exception à la règle du juge premier saisi. Se posait dès lors la question de savoir s'il fallait donner suite à l'exception de litispendance au risque de condamner les parties à une attente prolongée synonyme de déni de justice.

Cette question doit d'abord être examinée de façon générale (a), avant de s'interroger sur la situation particulière du droit conventionnel (b).

(a) Le délai raisonnable comme sanction en droit commun

800. Le droit au juge l'emporte sur l'objectif de coordination – Sur le plan des principes, cette question nous semble devoir être résolue en faveur du droit des parties à obtenir justice. Comme on l'a déjà expliqué, la prévention des procédures concurrentes ne peut être érigée en objectif ultime du droit international privé (*supra*, n° 22). Lorsqu'il est manifeste que le droit des parties à un procès équitable est en péril, les inconvénients des procédures concurrentes ne sont que de peu de poids. Il en est d'autant plus ainsi que le retard accumulé à l'étranger signifiera bien souvent que la litige s'est perdu dans les méandres de la procédure et qu'une décision n'est dès lors plus à espérer. Il ne faut donc plus craindre de voir apparaître des décisions contradictoires.³⁴⁴⁹ Seul subsiste le souci d'économie de procédure, qui devra toutefois céder le pli à l'impératif de justice.

Le primat du procès équitable ne se heurte pas aux difficultés, déjà évoquées, de prévoir le retard qui affectera la procédure étrangère, puisque par hypothèse le 'mal' est déjà fait. Le retard dont souffre la procédure étrangère pourra être facilement constaté, sans que le for ne doive se fier à des allégations plus ou moins générales sur la fiabilité de la justice étrangère.

801. Les conditions de l'exception du délai raisonnable – L'expérience allemande – Le principe d'une limitation temporelle à l'exception de coordination peut être facilement accepté. Il sera toutefois plus difficile de s'accorder sur les modalités précises de son fonctionnement. Pour illustrer les questions que soulève l'exception du délai raisonnable, on évoquera l'expérience de la jurisprudence allemande, où la problématique a reçu une attention particulière.³⁴⁵⁰

Les tribunaux allemands ont dès 1960 accepté d'introduire un tempérament à la rigueur de l'exception de litispendance. Dans une espèce tranchée cette année là, la Cour fédérale allemande a toléré que l'on passe outre l'exception de litispendance internationale dans une espèce où la procédure anglaise engagée antérieurement était paralysée depuis 4 ans.³⁴⁵¹ Il fallu toutefois attendre deux décisions de principe prononcées dans les années 1980 pour que la jurisprudence prenne sa forme définitive.³⁴⁵² Dans la première espèce, un allemand souhaitait obtenir le divorce de son épouse italienne. Celle-ci invoquait la saisine antérieure d'un tribunal italien, qui vidait de son sens la procédure allemande.

³⁴⁴⁹ V. en ce sens l'observation du BGH, 26 octobre 1960, *N.J.W.*, 1961, 124 ; *Fam.R.Z.*, 1961, 70 ; *Z.Z.P.*, 1961, 225 ; *IPRSpr.*, 1960-61, n° 200 : pour justifier le refus d'accueillir une exception de litispendance au profit d'une instance engagée antérieurement en Angleterre, le BGH fit observer que l'espèce ne présentait aucun danger de voir apparaître des décisions contradictoires, puisque la procédure anglaise était paralysée.

³⁴⁵⁰ Sur cette jurisprudence, S. ISENBURG-EPPLE, *o.c.*, 1992, 91-98.

³⁴⁵¹ BGH, 26 octobre 1960, *N.J.W.*, 1961, 124 ; *Fam.R.Z.*, 1961, 70 ; *Z.Z.P.*, 1961, 225 ; *IPRSpr.*, 1960-61, n° 200.

³⁴⁵² BGH, 26 janvier 1983, *N.J.W.*, 1983, 1269 ; *Fam.R.Z.*, 1983, 366 ; *IPRax*, 1984, 152 ; *IPRSpr.*, 1983, n° 165.

Après avoir minutieusement établi que le tribunal italien avait effectivement été saisi antérieurement et que la décision qu'il devait rendre pourrait en toute probabilité être reconnue en Allemagne, la Cour fédérale se pencha sur l'ultime argument du mari, qui se plaignait de la durée excessive de la procédure italienne. Les époux avaient déjà obtenu la séparation de corps. Selon le droit italien en vigueur à l'époque, le divorce ne pouvait toutefois être prononcé que 5 ans après l'homologation de la séparation.

Aux yeux de la Cour, le fait que le demandeur en divorce languissait déjà depuis 4 ans justifiait que l'on passe outre la priorité du juge italien premier saisi. Les juges déduisirent du principe de bonne foi³⁴⁵³ une limite temporelle à l'effet de la litispendance internationale en expliquant que le droit de l'époux à obtenir justice dans un délai raisonnable était mis en péril d'une façon déraisonnable.³⁴⁵⁴ La Cour insista sur le fait que le demandeur allemand n'avait pas pris l'initiative de la procédure italienne, qui lui avait été imposée par son épouse.³⁴⁵⁵

Cette décision fut diversement accueillie. Les uns se félicitèrent de cette "étape décisive dans le développement de la procédure civile",³⁴⁵⁶ et firent remarquer qu'il était nécessaire de limiter dans le temps l'effet de la litispendance internationale si l'on voulait éviter que le droit à un procès équitable ne devienne une "farce".³⁴⁵⁷ D'autres commentateurs se montrèrent plus critiques : sans mettre en question l'existence d'une limite temporelle à la litispendance, M. *Luther* s'est ainsi élevé contre son application à l'espèce, qu'il jugeait pour le moins déplacée.³⁴⁵⁸

802. Les conditions de l'exception du délai raisonnable – L'expérience allemande (suite) – Avec cet auteur on peut en effet se demander si les circonstances de l'espèce justifiaient réellement l'accroc porté à la coordination internationale : non seulement l'Italie avait un titre plus important à se prononcer, puisque les époux y avaient toujours habité, mais de plus le délai d'attente imposé par le droit italien était presque écoulé, une décision du tribunal italien pouvant être espérée dans l'année.³⁴⁵⁹ Ces critiques ont sans doute porté leurs fruits, car le Bundesgerichtshof s'est montré autrement plus réservé dans une décision ultérieure, refusant de passer outre la saisine antérieure des tribunaux turcs malgré une attente de près de 10 ans.³⁴⁶⁰

³⁴⁵³ "der Grundsatz von Treu und Glauben".

³⁴⁵⁴ La décision s'appuie sur le droit du demandeur à obtenir une décision sur sa demande en divorce, le "Rechtsschutz" dans la terminologie allemande. Celle-ci était mise en péril d'une façon qui portait atteinte à la "Zumutbarkeit".

³⁴⁵⁵ BGH, 26 janvier 1983, *IPRspr.*, 1983, n° 165, 429-430.

³⁴⁵⁶ R. GEIMER, "Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit und Justizgewährungsanspruch", *N.J.W.*, 1984, 527.

³⁴⁵⁷ R. GEIMER, *l.c.*, *N.J.W.*, 1984, 527, 529.

³⁴⁵⁸ E. LUTHER, "Die Grenzen der Sperrwirkung einer ausländischen Rechtshängigkeit", *IPRax*, 1984, (141), spéc. 143. M. *Luther* expliquait ainsi que le droit allemand prévoit également une séparation d'une durée minimum pour obtenir le divorce et qu'il était donc peu judicieux de reprocher au juge italien son attente prolongée. V. aussi E. SCHUMMANN, "Der Einwand internationaler Rechtshängigkeit am Beispiel paralleler deutsch-türkischer Ehescheidungsverfahren", *IPRax*, 1986, 14-15, spéc. p. 15, qui évoque la «jurisprudence douteuse du BGH» ("bedenkliche") et conseille une grande réserve dans son application. Il ajoute que cette jurisprudence n'a aucune "dogmatische Grundlage". Selon M. *Schumann*, il ne saurait être question de limite à la litispendance que dans des "situations de détresse" ("Notsituationen"). A ses yeux la durée anormalement longue de la procédure étrangère ne suffit pas à elle seule pour justifier la reprise de la procédure du for.

³⁴⁵⁹ M. *Luther* en conclut que le BGH a fait primer les intérêts d'un citoyen allemand sur ceux de l'Italie : *l.c.*, *IPRax*, 1984, 143.

³⁴⁶⁰ BGH, 10 octobre 1985, *N.J.W.*, 1986, 2195 ; *R.I.W.*, 1986, 218 ; *IPRspr.*, 1985, n° 167.

Dans cette décision, la Cour suprême insista sur le caractère *exceptionnel* de la limite temporelle.³⁴⁶¹ Les juges évoquèrent la paralysie complète de la procédure étrangère³⁴⁶² comme circonstance justifiant une telle mesure. Pour obtenir le bénéfice de celle-ci, le demandeur ne pourra, selon la Cour, se contenter d'indiquer la durée excessive de la procédure étrangère. Il devra apporter la preuve de circonstances exceptionnelles qui montrent que le jeu de la litispendance porte une atteinte intolérable au droit à la protection équitable.³⁴⁶³

La Cour conclut en soulignant qu'au contraire du litige italo-allemand tranché en 1983, l'intermédiaire turc s'était dans le présent litige lui-même adressé aux tribunaux de son pays. Il n'y avait dès lors pas de raison de faire exception au jeu de la litispendance.

Cette décision contraste profondément avec l'arrêt rendu par la même Cour en 1983. Comme on l'a noté, le BGH s'est attaché à réduire autant que possible la portée de l'exception.³⁴⁶⁴ La Haute Cour poursuivit d'ailleurs son entreprise de limitation de l'exception ainsi reconnue à l'occasion d'une nouvelle affaire italo-allemande.³⁴⁶⁵ Dans cette décision elle expliqua tout d'abord qu'elle n'avait pas eu pour but de poser un principe d'application générale selon lequel l'exception de litispendance n'aurait plus cours en cas de retard excessif de la procédure étrangère.³⁴⁶⁶ Elle distingua ensuite deux types de situation : lorsque le même plaideur est à l'origine des deux procédures, il est malvenu de se plaindre de la durée excessive de l'une d'elle pour s'opposer au sursis dans la seconde. Selon la Cour il lui suffit alors pour échapper à la litispendance de mettre fin à la procédure qu'il juge trop lente. La question d'une éventuelle limite à la priorité du juge premier saisi ne se posera dès lors que lorsque chacune des parties a pris l'initiative d'une procédure.

Même ainsi limitée, l'exception de justice n'en subsista pas moins. Elle fut invoquée avec plus ou moins de fortune par les plaideurs désireux d'échapper à un déclinatoire de litispendance.³⁴⁶⁷ La doctrine 'classique' confirme d'ailleurs que l'exception de litispendance connaît une limitation, même si les auteurs soulignent la nécessité d'observer une certaine *réserve* dans le maniement de l'exception.³⁴⁶⁸ On a vu en outre que

³⁴⁶¹ "Ausnahmen sind bislang nur in seltenen Fällen anerkannt worden" : *IPRspr.*, 1985, n° 167, 447, 449.

³⁴⁶² "Stillstand der Rechtspflege".

³⁴⁶³ "Eine lange Verfahrensdauer allein reicht in der Regel nicht aus. Es müssen besondere Umstände hinzutreten, die die Sperrwirkung des ausländischen Verfahrens als eine unzumutbare Beeinträchtigung des Rechtsschutzes erscheinen lassen" : *IPRspr.*, 1985, n° 167, 447, 449.

³⁴⁶⁴ V. S. ISENBURG-EPPLE, *o.c.*, 1992, 92. Cet auteur ajoute que la correction apportée en 1985 par le BGH à sa jurisprudence de 1983 est la bienvenue car celle-ci était "fautive" ("verfelten Urteil", p. 99).

³⁴⁶⁵ BGH, 29 novembre 1985, *R.I.W.* 1986, 217 ; *IPRax*, 1986, 293 ; European Commercial Cases, 1987, 273 et les commentaires de ISENBURG-EPPLE, 92-95.

³⁴⁶⁶ M. Geimer évoquait cependant en 1984 une jurisprudence d'une portée générale : *l.c.*, *N.J.W.*, 1984, 527.

³⁴⁶⁷ P. ex. OLG Frankfurt, 8 décembre 1986, *N.J.W.-RR.*, 1988, 572 ; *R.I.W.*, 1987, 151 ; *IPRax*, 1988, 24 ; *IPRspr.*, 1986, n° 168 (exception de litispendance accueillie en faveur de l'Égypte, malgré les allégations de lenteur du demandeur à l'encontre des tribunaux de ce pays. La Cour note que la limitation apportée à la litispendance par la jurisprudence du BGH n'est qu'une "règle d'exception" qui ne vise que les situations d'urgence ("eine Auffangsregelung für den Notfall" : *IPRspr.*, 384) ; OLG Düsseldorf, 20 mars 1985, *N.J.W.*, 1986, 2202 ; *IPRax*, 1986, 29 ; *IPRspr.*, 1985, n° 164 (exception de litispendance accueillie au profit d'une procédure turque en l'absence d'indications d'une lenteur fautive dans le chef du tribunal turc) ; sur cette décision, E. SCHUMMANN, "Der Einwand internationaler Rechtshängigkeit am Beispiel paralleler deutsch-türkischer Ehescheidungsverfahren", *IPRax*, 1986, 14-15 ; KG Berlin, 21 décembre 1993, *Fam R.Z.*, 1995, 1074 (le Kammergericht accepte de faire exception à la litispendance parce que la procédure belge de divorce est enlisée depuis trois ans).

³⁴⁶⁸ P. ex. H. SCHACK, 1996, 298, n° 759.

le législateur suisse s'était inspiré de la solution allemande pour circonscrire le devoir d'abstention du juge suisse second saisi, même si la formule retenue laisse à désirer (*supra*, n° 791).

803. Mise en oeuvre de l'exception de délai raisonnable – L'expérience allemande montre qu'il n'est pas facile de trouver le juste équilibre entre souci de coordination des procédures concurrentes d'une part et garantie des droits fondamentaux de l'autre, et en particulier de l'accès au juge. On ne peut se contenter d'une formule générale qui laisserait au juge le soin de remplir les blancs.

Pour aider le juge second saisi dans l'application concrète de l'exception de justice, il faut au contraire s'interroger sur la mesure du délai raisonnable. On a déjà souligné le caractère essentiellement *casuistique* de l'impératif du délai raisonnable. Il faudra en effet à chaque fois tenir compte des circonstances particulières de l'espèce, et notamment de la complexité de l'affaire et de l'enjeu du litige.³⁴⁶⁹ Parmi ces circonstances, le comportement des parties n'est pas dénué d'importance.³⁴⁷⁰ Le comportement du demandeur à l'étranger ne sera pas en effet sans influencer la conduite du procès, notamment dans les ordres juridiques où règne le principe dispositif.³⁴⁷¹

Il est une donnée en particulier qui est spécifique aux conflits de procédures, à savoir la configuration des procédures. Il nous semble en effet que l'appréciation doit être différente lorsque la même partie est à l'origine des deux procédures. On a vu que dans cette hypothèse, la Cour fédérale allemande avait, sinon rejeté, du moins fortement limité la possibilité pour le double demandeur de se plaindre de la lenteur du tribunal étranger. Cette sévérité paraît justifiée dans la mesure où ce plaideur dispose encore de la possibilité de mettre fin à la procédure enlisée, ce qui aura pour effet de faire disparaître l'obstacle de la litispendance.³⁴⁷² Bien souvent toutefois, le désistement d'instance nécessitera une décision du juge – qui peut se faire attendre tout autant que la décision au fond – voire l'accord de l'adversaire. La saisine concurrente ultérieure peut en outre se révéler l'ultime geste de désespoir d'un demandeur confronté à la paralysie des tribunaux qu'il a saisi, paralysie qui le prive de la décision qu'il peut légitimement exiger.³⁴⁷³ Dans ces cas, il n'est aucune raison d'exclure le jeu de l'exception de justice.

L'appréciation du caractère raisonnable ou approprié de la progression enregistrée par le juge étranger pourrait s'inspirer des jalons posés pour l'interprétation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.³⁴⁷⁴ On tiendra dès lors compte des retards structurels qui affectent la procédure étrangère, tels les délais dont certaines législations imposent le respect aux époux avant de demander le divorce.³⁴⁷⁵ Il faudra

³⁴⁶⁹ Sur la pertinence de l'enjeu du litige dans l'appréciation du délai raisonnable, v. les arrêts *Kiefer c. Suisse* du 28 mars 2000 et *Deuicka c. Pologne* du 4 février 2000.

³⁴⁷⁰ La jurisprudence relative à l'article 6 de la CEDH impose d'ailleurs de ne pas négliger cette donnée, par exemple les arrêts *Zimmerman-Steiner c. Suisse* du 13 juillet 1983, Série A n° 66 ; *Aquariva c. France* du 21 octobre 1995, Série A n° 33 A, p. 14 et *Selmani c. France* du 28 juillet 1999.

³⁴⁷¹ L'on sait que pour la Cour européenne, seules des lenteurs imputables à l'Etat peuvent amener à constater un dépassement du délai raisonnable, arrêt *Venditelli c. Italie* du 18 juillet 1994, Série 1 n° 293 ; arrêt *Mornet c. France* du 27 octobre 1993, Série A n° 273-A. *Cons.* toutefois l'arrêt *Savvidou c. Grèce* du 1^{er} août 2000.

³⁴⁷² *Comp.* H. SCHACK, 1996, 298, n° 759, qui écrit que "Bei gleichen Parteirollen muß sich der Kläger in aller Regel an dem einmal gewählten Rechtsschutz festhalten lassen".

³⁴⁷³ P. ex. HR, 3 juillet 1995, *N.J.*, 1997, n° 54.

³⁴⁷⁴ Du moins en ce qui concerne les affaires civiles.

³⁴⁷⁵ Le droit belge n'ouvre ainsi la possibilité d'obtenir un divorce par consentement mutuel qu'aux époux mariés depuis au moins deux ans (art. 276 C. civ.).

également tenir compte de l'existence de différents ordres juridictionnels ainsi que les éventuelles périodes d'inactivité susceptibles d'être imputées aux autorités judiciaires.³⁴⁷⁶

En définitive, l'appréciation de la rapidité de la procédure étrangère doit se faire de façon réaliste et concrète, sans a priori. Il n'est dès lors pas possible de fixer un délai maximum endéans lequel le juge étranger devrait se prononcer. Ce serait faire peu de cas des spécificités de chaque espèce. Il appartiendra dès lors au juge second saisi de se prononcer et d'apprécier concrètement la clause de sauvegarde.

804. Suites du rejet de la litispendance – Encore faut-il résoudre la question des suites de l'exception du délai raisonnable. Le for de l'abstention qui met fin au jeu de la litispendance poursuivra l'examen du litige – du moins s'il avait accordé un sursis à statuer, comme on l'a déjà recommandé (*supra*, n° 692). Lorsqu'un dessaisissement avait été prononcé, le demandeur sera contraint d'engager une nouvelle procédure, en espérant que son droit d'action ne soit pas encore prescrit.

Une fois la procédure auparavant suspendue remise sur les rails, il n'est pas exclu que le tribunal étranger sorte de sa léthargie. L'hypothèse est d'autant moins théorique que le défendeur pourrait chercher à réactiver la procédure étrangère dont il est à l'origine, notamment dans l'espoir de paralyser la reconnaissance d'une future décision.

Dans sa décision de principe de janvier 1983, la Cour fédérale allemande avait déjà envisagé cette hypothèse.³⁴⁷⁷ La Cour avait expliqué que si le tribunal étranger venait à prononcer le divorce, cette décision pourrait être invoquée au titre de l'exception de chose jugée pour mettre fin à la procédure concurrente allemande.³⁴⁷⁸ Implicitement, la Cour a donc laissé entendre qu'il n'y avait pas place pour une nouvelle application de l'exception de litispendance. Ceci peut se comprendre; la solution contraire ferait de la procédure du for une véritable procession d'Echternach! Quant à la possibilité de reconnaître effet à la décision étrangère, elle doit également être approuvée.³⁴⁷⁹

(b) Le délai raisonnable comme sanction en droit conventionnel

805. Introduction - La clause de sauvegarde doit permettre au for de l'abstention d'éviter le déni de justice qui pourrait résulter du dépassement du délai raisonnable dans le chef du juge étranger. Il ne faut pas s'étonner que la question des lenteurs, supposées ou avérées, de la justice étrangère se soit posée dans le contexte de la litispendance prévue en droit commun allemand. Selon une jurisprudence constante, l'exception de litispendance s'impose en effet au tribunal allemand second saisi, sans que celui-ci ne dispose du même pouvoir d'appréciation que ses collègues français ou néerlandais. La rigidité de l'exception de litispendance a nécessairement conduit la Cour fédérale à permettre une exception au dessaisissement. On peut se demander s'il doit en être de même avec l'autre exemple classique de règle impérative, la litispendance européenne. La rigueur et l'automatisme de la règle de litispendance européenne rendent en effet d'autant plus aigu le problème d'un éventuel déni de justice, puisque le juge second saisi ne

³⁴⁷⁶ Arrêt *Satomet c. France* du 2 août 2000.

³⁴⁷⁷ 26 janvier 1983, *supra* n° 799.

³⁴⁷⁸ *IPRspr.*, 1983, n° 165, (424), 431.

³⁴⁷⁹ *Supra*, chapitre sur l'exception de chose jugée. M. Geimer approuvait cette solution au nom de l'Entscheidungsharmonie : *l.c.*, *N.J.W.*, 1984, 529. De façon un peu courte, M. Lüber craignait lui que la décision de la haute cour fédérale ne conduise à une contradiction de décisions : *l.c.*, *IPRacc.*, 1984, (141), 143.

dispose en principe d'aucune marge de manoeuvre. Par extension, c'est la pertinence d'une exception de justice en droit conventionnel qu'il convient d'examiner.

La question n'est pas nouvelle, ni purement théorique. Elle a par exemple été évoquée devant le Landgericht de Francfort dans un litige portant sur les suites d'un accident de cheval dans le Tyrol du Sud.³⁴⁸⁰ En l'espèce la victime avait d'abord saisi les tribunaux italiens de Bolzano d'une demande d'indemnisation. Elle s'était ensuite adressée aux tribunaux allemands, sur quoi le défendeur souleva une exception de litispendance. La victime chercha alors à convaincre le tribunal de Francfort que la procédure italienne, qui était tributaire d'une enquête menée par un juge d'instruction, dépassait les limites du délai raisonnable et qu'il fallait dès lors passer outre l'interdit de l'article 21.

Le problème des lenteurs de la justice étrangère s'est posé de façon aigue dans le cadre du contentieux de la propriété intellectuelle. On a même été jusqu'à parler dans ce contexte des 'torpilles' belges et italiennes, pour désigner la stratégie de certains plaideurs qui chercheraient à profiter de l'effet 'guillotine' de la litispendance européenne pour saisir une juridiction réputée lente.³⁴⁸¹ Le but poursuivi est de repousser la solution du litige autant que faire se peut, dans l'espoir sans doute de forcer l'adversaire à transiger.³⁴⁸² Le plus souvent, la 'torpille' prendra la forme d'une action *dénégatoire*. Dans le contexte du contentieux de la propriété intellectuelle, il s'agira d'une action entendant faire constater par le juge que la fabrication ou la vente d'un produit ne constitue pas une contrefaçon d'un brevet donné. Ce faisant, le justiciable entend profiter de l'effet 'guillotine' de la litispendance européenne pour barrer la route à son adversaire dont il redoute qu'il veuille l'assigner devant un autre tribunal dans une action en contrefaçon.³⁴⁸³

A la possibilité de couper l'herbe sous le pied de l'adversaire en sélectionnant soi-même le théâtre de la joute judiciaire, s'ajoute l'effet dilatoire qui résulte de la saisine d'un tribunal 'réputé' pour sa lenteur.³⁴⁸⁴ Cette stratégie transforme l'article 21 de la

³⁴⁸⁰ LG Frankfurt, 22 février 1988, *IPRax*, 1990, 234, note H.P. MANSEL p. 214 ; *IPRspr.*, 1989, n° 210a.

³⁴⁸¹ V. dans la littérature C. DE MEYER, "Bedenkingen bij het fenomeen van de 'Belgische Torpedo'", *I.R.D.I.*, 1999, 76-84; M. FRANZOSI, "Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo", *E. I. P. R.*, 1997, 382-38X et V. JANDOLI, "The 'Italian Torpedo'", *I.I.C.*, 2000, 783-796 ; J. PITZ, « Torpedos unter Beschuß », *GRUR Int.*, 2001, 32-37 ; P. VÉRON, « Torpedo's Miss their Mark in France », *Patent World*, juin-juillet 1999, 10-11. Comme le fait remarquer M. VÉRON, l'image de la torpille est "un peu approximative au plan du vocabulaire de la bataille navale": P. VÉRON, "Trentes ans d'application de la Convention de Bruxelles à l'action en contrefaçon de brevet d'invention", *J.D.I.*, 2001, (805), 824. En réalité, l'expression ne fait sans doute pas référence à une forme de torpillage, mais bien au système de freinage à bicyclette de la marque 'torpedo', qui bloque la roue motrice par rétroaction de la pédale, un système on ne peut plus efficace pour un arrêt brutal, comme l'explique L. VAN BUNNEN, « Examen de jurisprudence (1996-2001). Brevets d'invention », *R.C.J.B.*, 2001, (205), 244, n° 33.

³⁴⁸² Cette stratégie a apparemment les faveurs des conseils spécialisés dans le contentieux de la propriété intellectuelle, sans doute parce qu'une résolution tardive de ce genre de litige peut peser d'un poids considérable sur une entreprise confrontée à ce qu'elle estime être des faits de contrefaçon – la protection dont elle jouit en vertu des brevets dont elle est titulaire est, au contraire des procédures judiciaires, strictement limitée dans le temps. L'importance des 'torpilles' dans ce contentieux s'explique également par le souci d'échapper aux mesures provisoires extra-territoriales dont on sait qu'elles ont pris dans ce cadre une extension considérable, sur les liens entre les deux phénomènes, v. P. VÉRON, *loc. cit.*, *J.D.I.*, 2001, (805), 823-829.

³⁴⁸³ V. par exemple le récit que livre le juge Laddie dans *Sepracor, Inc. v Hoechst Marion Roussel Ltd.*, [1999] Fleet Street Reports 746, 750 (Patent Court) d'une tentative d'obtenir des tribunaux belges une déclaration de non-contrefaçon, de façon à bloquer une éventuelle procédure en Allemagne, spéc. pp. 749-750 où le juge explique que selon les éléments à sa disposition, la procédure belge s'étendra sur plus de 5 ans. Selon le juge, la torpille "is a means for preventing a patentee from obtaining effective relief by starting litigation in a Brussels Convention country, which is believed or hoped to have slow court procedures".

³⁴⁸⁴ Une réputation qui, au sein de l'espace judiciaire européen, est allée successivement aux tribunaux italiens et puis belges. Sur l'état de l'arriéré judiciaire dans ce dernier pays, v. E. KRINGS, "Rapport sur l'application de la loi du 3 août 1992 et sur l'arriéré judiciaire", in *Le nouveau droit judiciaire privé. Commentaires*, Les dossiers du Journal des Tribunaux n° 5, Bruxelles Larcier, 1994, 2-22 et plus récemment "L'arriéré judiciaire", *J.T.*, 1997, 137-164 ainsi

Convention de Bruxelles en un véritable obstacle à l'administration de la justice.³⁴⁸⁵ On ne s'étonnera pas que la stratégie de la torpille ait déjà fait couler beaucoup d'encre.

806. Incompatibilité de l'appréciation préventive du risque de déni de justice avec le droit conventionnel - L'origine conventionnelle de la règle de coordination est-elle de nature à enlever toute justification à la clause de sauvegarde dont nous avons esquissé les contours? La question appelle une réponse nuancée selon le contexte. S'il s'agit de permettre au tribunal second saisi de passer outre la coordination parce que des soupçons pèsent sur l'efficacité de l'appareil judiciaire étranger, une clause de sauvegarde nous apparaît encore plus déplacée qu'en droit commun. Aux nombreuses difficultés pratiques d'application 'préventive' d'une telle clause (*supra*, n° 790) s'ajoute la sensibilité différente qu'entraîne le contexte conventionnel : entre États contractants il serait pour le moins déplacé de se fonder sur un quelconque pronostic quant à la rapidité de la procédure étrangère.

La conclusion d'une convention constitue en effet un geste de confiance mutuelle qui ne peut s'accommoder du doute que trahirait l'application préventive d'une clause de sauvegarde. Tolérer une telle application serait permettre aux tribunaux de revenir sur la confiance dont les États se sont témoignés. Il nous semble dès lors exclu de permettre à un juge de se lancer dans des supputations sur la durée probable d'une procédure étrangère pour justifier une exception à la coordination. Il en va d'autant plus ainsi lorsque le litige s'inscrit dans l'espace judiciaire européen. Non seulement le texte de l'article 21 n'envisage-t-il aucune dérogation à la loi du juge premier saisi. Mais de plus, comme on a déjà eu l'occasion de le souligner, la jurisprudence de la Cour de Justice ne permet pas au juge second saisi de s'interroger sur la validité de la saisine de son collègue. A fortiori ne pourrait-il s'engager dans un exercice de prévision qui l'amènerait à décider a priori que le juge étranger ne sera pas à même de trancher le litige dans un délai raisonnable. Un tel geste irait à l'encontre de l'économie même de la Convention, qui repose toute entière sur l'interdiction du contrôle de la compétence indirecte et son corollaire, la confiance entre les juges nationaux.

807. Exception de justice et droit conventionnel général - La situation est toute autre lorsque le dépassement du délai raisonnable est *avéré*. Il ne s'agit plus alors de douter par avance de la fiabilité d'un tribunal étranger partenaire, mais de constater, dans une espèce concrète, que ce tribunal a failli à sa mission. Malgré l'existence d'une obligation conventionnelle de priorité, il sera difficile au tribunal second saisi de fermer sa porte aux plaideurs alors que le tribunal étranger n'est manifestement pas à même de répondre à l'impératif d'une justice prompte. Le Bundesgerichtshof n'a d'ailleurs pas vu dans l'existence d'une règle de litispendance d'origine conventionnelle un obstacle à la prise en compte d'une durée excessive de la procédure étrangère. La décision de principe du 26 janvier 1983 déjà citée mettait en effet en jeu l'article 11 de la Convention italo-allemande du 9 mars 1936, qui ne prévoit pas d'exception au mécanisme de litispendance. La Cour fédérale allemande s'est contentée de relever de façon laconique que la convention ne s'opposait pas à sa décision.³⁴⁸⁶ Comme le relève M. *Geimer*, lorsque deux États concluent

que "Extraits du rapport de la commission concernant l'arriéré judiciaire à Bruxelles (7 décembre 1999)", *J.T.*, 2000, 247-256.

³⁴⁸⁵ On pourrait alors parler de 'forum retarditis' ! M. *Véron* explique toutefois à juste titre que l'engagement d'une procédure en déclaration de non-contrefaçon n'est pas nécessairement dilatoire. Elle peut au contraire constituer une manœuvre judiciaire visant à crever l'abcès et à éviter la multiplication des procédures devant les tribunaux de plusieurs pays d'Europe : *loc. cit.*, *J.D.I.*, 2001, 824.

³⁴⁸⁶ Décision précitée, *IPRspr.*, 1983, 165, 430.

une convention prévoyant la reconnaissance réciproque de leurs décisions, ils y sont poussé par l'existence d'un appareil judiciaire efficace. Dès lors que cette condition fait défaut, on ne peut prétendre appliquer les accords conclus comme si de rien n'était.³⁴⁸⁷

Cette première justification peut sembler peu satisfaisante. Elle laisse en effet un arrière goût de justice faite à soi-même que l'on voudrait croire disparue de la scène internationale. En réalité on peut justifier la solution retenue par la Cour allemande, et plus généralement l'exception faite aux règles de litispendance conventionnelles, par le biais de la technique des conflits de conventions. Car il nous semble évident que s'oppose ici à l'obligation conventionnelle de s'effacer devant le juge premier saisi l'impératif du respect du procès équitable lui aussi imposé par une convention et non des moindres. Le souci d'éviter le déni de justice que constituerait le dessaisissement au profit d'une procédure étrangère manifestement trop lente est en réalité un devoir imposé aux Etats européens par la Convention européenne des droits de l'homme. Face ce conflit entre deux obligations conventionnelles, il est une méthode de règlement qui nous semble s'imposer, à savoir celle qui consiste à écarter tout danger de déni de justice.³⁴⁸⁸ En pratique, on privilégiera dès lors le respect dû au procès équitable, même si ceci va au détriment de l'objectif de coordination des procédures concurrentes.

On pourrait également en appeler à une hiérarchie des normes internationales, les normes conventionnelles qui garantissent des droits fondamentaux devant recevoir l'application la plus large.³⁴⁸⁹ Dans les deux cas, le résultat est le même : il aboutit à privilégier le texte international fondateur, une solution dont la pertinence ne nous semble pas devoir être démontrée à l'aide d'une savante analyse juridique.³⁴⁹⁰ Le droit au procès équitable, et celui d'obtenir justice dans un délai raisonnable, ne sauraient souffrir d'une volonté trop rigide de prévenir les procédures concurrentes.

Les Etats parties à la CEDH ne pourraient d'ailleurs se réfugier derrière la litispendance européenne pour justifier un dépassement du délai raisonnable, la Cour européenne ayant clairement établi que « l'inobservation d'une disposition de la Convention européenne par un Etat n'est pas excusée par la considération que cet Etat avait pris des engagements contraires ».³⁴⁹¹

En définitive, il nous semble hors de doute que la clause de sauvegarde pourrait à juste titre être invoquée dans l'hypothèse exceptionnelle où le juge premier saisi a manifestement failli à sa mission de rendre prompte justice. Il reste à examiner si cette

³⁴⁸⁷ R. GEIMER, *loc. cit.*, *N.J.W.*, 1984, 529-530 : "Denn die Parteien gingen von einer effizienten Rechtspflege in beide Vertragsstaaten aus. Diese ist Vertragsgrundlage". V. toutefois les critiques des auteurs italiens cités par S. ISENBURG-EPPEL, *op. cit.*, 1992, 95 et notamment Tortorici, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1983, (527), 528, selon qui la décision du BGH d'introduire une exception à la règle conventionnelle est "senza dubbio contra legem".

³⁴⁸⁸ Méthode présentée par C. BRIERE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, Bibliothèque de droit privé t. 347, LGDJ, Paris, 2001, (421 p.), 231-233.

³⁴⁸⁹ Sur cette hypothèse, v. C. BRIERE, *op. cit.*, Paris, LGDJ, 2001, 277 e.s. qui conclut p. 340, n° 455 que la jurisprudence française admet que « la priorité doit être accordée, sur tout autre convention de droit privé, à la Convention européenne des droits de l'homme ». Elle en appelle pour justifier cette conclusion à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et en particulier à l'arrêt *Soering* précité.

³⁴⁹⁰ On pourrait également invoquer à l'appui de cette solution le principe du moindre sacrifice des obligations internationales de l'Etat dont les tribunaux sont saisis, proposé par M. LAGARDE dans son compte-rendu de l'ouvrage de F. MAJOROS, *Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et pratique. II : partie spéciale : le droit des conflits de convention*, *R.C.D.I.P.*, 1982, (231), 233.

³⁴⁹¹ Comme l'explique P. MAYER, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *R.C.D.I.P.*, 1991, (651), 657, qui en appelle également à l'arrêt *Soering*.

conclusion générale vaut également pour les deux régimes particuliers que constituent le projet de Convention de La Haye et l'espace judiciaire européen.

808. Exception de justice et projet de Convention de La Haye – La question de la légitimité d'une limitation déduite du procès équitable ne pose que peu de difficulté en ce qui concerne le projet de Convention de La Haye. L'article 21 (3) du projet permet en effet au juge second saisi de statuer sur le litige nonobstant l'existence d'une litispendance lorsque le tribunal étranger "n'a pas rendu une [...] décision dans un délai raisonnable". Cette précision est apparue pour la première fois dans un document de travail présenté par le Groupe de travail sur le refus d'exercice de compétence.³⁴⁹² La proposition du Groupe de travail a ensuite été reprise dans le document de synthèse reprenant l'état des discussions en juin 1999,³⁴⁹³ ainsi que dans toutes les versions ultérieures du projet. L'introduction d'une telle clause a le mérite de clarifier les choses. Elle évite le conflit de convention en incorporant directement dans le texte de la litispendance la sanction du manque de célérité.³⁴⁹⁴ L'existence de cette disposition témoigne de la volonté des rédacteurs de la Convention de ne pas permettre que le mécanisme de la litispendance puisse conduire à certaines dérives, et en particulier à un déni de justice. L'intention se comprend, la Convention étant appelée à s'appliquer à l'ensemble du contentieux international privé.³⁴⁹⁵ Il reste à espérer que les tribunaux nationaux feront preuve d'une certaine réserve dans l'interprétation du concept de délai 'raisonnable'. On peut d'ailleurs se demander si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pourra servir de guide à l'interprétation de ce concept. La future Convention de La Haye réunira potentiellement des Etats qui n'ont pas souscrit au texte européen. Il reste que, comme déjà expliqué, les Etats parties aux deux conventions ne pourront se permettre de négliger la jurisprudence de Strasbourg. On ne peut exclure que les tribunaux d'autres Etats prennent également appui sur cette jurisprudence, au titre de référence générale.

809. Exception de justice et espace judiciaire européen – L'introduction d'une clause spécifique dans le texte de La Haye est sans doute au moins en partie le résultat de l'expérience acquise au sein de l'espace judiciaire européen. Comme on le sait, la litispendance européenne ne prévoit pas de porte de secours en cas de déni de justice. La question du dépassement du délai raisonnable par le juge premier saisi ne peut toutefois être évitée.³⁴⁹⁶

³⁴⁹² Document n° 127 du 15 juin 1999. Lors de la même session, la France et l'Allemagne avaient proposé une rédaction sensiblement différente. Selon le document de travail n° 148 du 11 juin 1999, la litispendance aurait été subordonnée à la condition que le tribunal puisse prévoir que "le tribunal premier saisi rendra dans un délai raisonnable une décision susceptible d'être reconnue [...]". La proposition présentée par la Suisse en 1998 (Document de Travail n° 60 du 6 mars 1998), clairement inspirée du droit suisse, allait dans le même sens. On peut se féliciter que cette rédaction en l'ait pas emporté.

³⁴⁹³ Document de travail n° 241 de juin 1999.

³⁴⁹⁴ Peut-être regrettera-t-on que la clause de sauvegarde soit limitée à la question du délai raisonnable et n'embrasse pas le problème plus général du déni de justice.

³⁴⁹⁵ Selon l'article 42 du projet, tous les Etats peuvent adhérer à la future Convention, sous réserve d'un éventuel mécanisme de coordination.

³⁴⁹⁶ Le BGH a pourtant refusé de se prononcer sur la question en 1985 : BGH, 29 novembre 1985, *R.I.W.*, 1986, 217 ; *IPRax*, 1986, 293 ; *Eur. Commercial Cases*, 1987, 273. En l'espèce un prêteur allemand tentait d'obtenir le remboursement d'un prêt important consenti à un citoyen allemand. Il avait d'abord saisi le tribunal de Cataia. Dépité du manque de progrès de cette procédure, il reporta ses espoirs sur les tribunaux allemands. Il s'opposait au sursis demandé par son adversaire pour cause de litispendance en invoquant le retard considérable qu'avait pris la procédure italienne : après 8 ans de procès, aucune date n'avait encore été fixée pour une audience de plaidoiries ! Le BGH refusa expressément de se prononcer sur la possibilité de mettre une limite temporelle au jeu de la litispendance européenne. Une décision de ce type n'était selon la Cour pas nécessaire parce que les circonstances de la cause ne révélaient pas une paralysie complète de la procédure étrangère : pour obtenir la fin du sursis à statuer, il suffisait en effet pour le demandeur qu'il mette fin à la procédure italienne dont il avait pris l'initiative. Il n'y avait donc pas lieu de faire application de la jurisprudence inaugurée par le BGH quelques deux

Pour illustrer l'importance de la question, on peut évoquer l'affaire, déjà citée, de l'accident de cheval au Tyrol.³⁴⁹⁷ Après avoir constaté qu'en l'espèce la procédure italienne n'avait pas à son sens dépassé les limites du raisonnable, le Langericht de Francfort exclut en l'espèce de déroger à l'article 21 même en cas de dépassement du délai raisonnable.³⁴⁹⁸ Le tribunal rejeta ensuite le parallèle tracé par le défendeur avec la jurisprudence de la cour fédérale allemande déjà évoquée, qui tolère une limite temporelle à la litispendance en droit commun, en notant que cette jurisprudence avait été développée en dehors de la Convention de Bruxelles. De plus elle portait généralement sur des affaires d'état, qui mettaient en jeu des considérations différentes. La Cour d'Appel fit cependant entendre une autre voix.³⁴⁹⁹ Après avoir constaté que la durée de la procédure italienne n'était pas excessive eu égard à la complexité du litige, elle décida qu'en principe l'article 21 ne se laissait pas concilier avec une exception de justice.³⁵⁰⁰ Toutefois la Cour laissa entendre qu'on pouvait tolérer une exception à la règle d'airain de l'article 21 sur base du principe de bonne foi ("Treu und Glauben") lorsqu'un litige d'une grande importance économique fait l'objet d'un retard complètement inacceptable.³⁵⁰¹ En l'espèce ces conditions n'étaient toutefois pas remplies.³⁵⁰²

Voilà réunies à l'occasion du même litige deux visions contradictoires sur la question des limites temporelles à la litispendance européenne : d'une part une position 'orthodoxe', qui s'en tient à la lettre de l'article 21 qu'elle refuse de faire plier même en cas de dépassement du délai raisonnable, et d'autre part une jurisprudence qui pourrait s'accommoder d'un accroc à cette même disposition dans des circonstances exceptionnelles. Là où la doctrine semble pencher pour la première thèse, la seconde emporte les faveurs de la jurisprudence.

810. Exception de justice et espace judiciaire européen - Les hésitations de la doctrine - Les commentateurs qui se sont penchés sur la question rejettent en effet majoritairement l'introduction d'une limitation à l'effet de la litispendance européenne. Après avoir exposé le développement de la jurisprudence allemande, Mme. *Isenburg-Epple* estime ainsi que tolérer que le for second saisi revienne sur le sursis à statuer violerait le but et l'économie de la Convention de Bruxelles.³⁵⁰³ Elle rappelle qu'une telle possibilité n'est pas prévue dans le texte de la Convention et qu'elle serait contraire à l'idée d'intégration qui préside à l'espace judiciaire européen. Expliquant que les plaideurs qui

ans auparavant (*supra*, BGH, 29 janvier 1983). Ce faisant la Cour évita de se prononcer sur la délicate question de la limitation éventuelle de la litispendance européenne, tout en laissant la porte ouverte à une autre réponse dans la situation où chacune des parties a pris l'initiative d'une des procédures. En appel dans cette affaire : OLG München, 31 octobre 1984, *IPRax*, 1985, 338.

³⁴⁹⁷ LG Frankfurt, 22 février 1988, *IPRax*, 1990, 234, note H.P. Mansel p. 214, *IPRspr.*, 1989, n° 210, reprise dans le *Répertoire de jurisprudence communautaire*, Série D, I-21-B.13, *supra*, n° 803.

³⁴⁹⁸ "Zum anderen würde es Sinn und Zweck des Art.21 EuGVÜ zuwiderlaufen, wenn man das Übereinkommen im Hinblick auf eine möglicherweise längere Verfahrensdauer in einem anderen Vertragsstaat außer Kraft setzen würde" : *IPRspr.*, 1989, 475.

³⁴⁹⁹ OLG Frankfurt, 15 juin 1989, *IPRspr.*, 1989, n° 210b, p. 476.

³⁵⁰⁰ "Denn wegen einer Verschleppung des Rechtsstreits kann sich ein Kläger grundsätzlich nicht auf eine Unbeachtlichkeit der durch Art. 21 I GVÜ begründeten Zuständigkeit des Erstgerichts berufen" : *IPRspr.*, 1989, n° 210b, 476.

³⁵⁰¹ *IPRspr.*, 1989, n° 210b, 477 : « Ein Abweichen von art.21 I GVÜ könnte unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben allenfalls bei Rechtsstreiten mit überragender wirtschaftlicher Bedeutung und völlig unzumutbarer Dauer in Erwägung gezogen werden ».

³⁵⁰² La Cour ajouta que la jurisprudence du BGH n'était pas décisive puisqu'elle concernait des espèces de divorce, alors que la Convention de Bruxelles s'applique principalement au contentieux patrimonial.

³⁵⁰³ S. ISENBURG-EPPLE, *op. cit.*, 1992, 99.

prennent l'initiative de saisir un juge étranger devront s'accommoder du rythme adopté par ce juge, elle conclut toutefois que si en théorie le droit à un procès équitable pourrait constituer une limite au jeu de la litispendance, il n'appartient pas aux juges de trancher cette question, qu'elle renvoie au législateur européen.³⁵⁰⁴

M. Koch se montre également intransigeant : pour lui la question ne se pose que lorsque les deux procédures sont l'oeuvre des deux parties. Dans le cas de deux procédures miroir, il suffirait au demandeur de se désister lorsqu'il apparaît que la procédure qui a reçu priorité ne s'achèvera pas dans un délai jugé raisonnable.³⁵⁰⁵ Dans le cas contraire, il ne serait pas permis au juge second saisi de déroger à l'article 21, d'autant plus que chaque partie avait la possibilité d'entamer les hostilités et d'engager une procédure avant que l'adversaire ne le fasse.³⁵⁰⁶ Enfin, toujours selon M. Koch, le souci d'éviter des décisions contradictoires devrait l'emporter sur le droit à un procès équitable dans le contexte particulier de l'espace judiciaire européen.³⁵⁰⁷

Fidèles au principe d'auto-suffisance de la Convention dont ils sont d'ardents défenseurs, MM. Born et Fallon n'envisagent pas que l'on puisse tolérer une quelconque exception au mécanisme de l'article 21. Ils écrivent à ce propos qu'en "aucun cas, la lenteur déjà vérifiée et/ou supposée de la procédure devant le juge premier saisi ne pourra justifier une suspension ou une édulcoration des obligations pesant sur le juge saisi en second lieu aux termes de l'article 21".³⁵⁰⁸

811. Exception de justice et espace judiciaire européen - Une jurisprudence plus tranchée - Les tribunaux ne semblent pas partager les scrupules des commentateurs. Certaines décisions laissent en effet entendre que les tribunaux seraient prêts à tolérer, dans des circonstances exceptionnelles, une limitation temporelle au jeu de la litispendance européenne, même si les tribunaux se montrent réservés quant à l'application pratique de cette exception. Une décision de la Cour d'Appel de Munich traduit bien cette plus grande souplesse.³⁵⁰⁹ En l'espèce une entreprise allemande réclamait compensation à son cocontractant italien à qui elle reprochait une exécution fautive du contrat les liant. Cette demande fut écartée par la Cour d'Appel qui accueillit l'exception de litispendance invoquée par le cocontractant, en notant que celui-ci avait introduit antérieurement devant le tribunal de Bergame une action dénégatoire visant à faire constater l'absence de responsabilité dans son chef.³⁵¹⁰

³⁵⁰⁴ Id., 99-100, conclusion reprise p. 255.

³⁵⁰⁵ M. KOCH, *Unvereinbare Entscheidungen i.S.d. Art. 27 Nr 3 und 5 EuGVÜ und ihre Vermeidung*, Frankfurt a.M., Lang, 1993, 84. Opinion partagée par M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 132.

³⁵⁰⁶ M. KOCH, *ac*, 1993, 85. M. Koch soutient également que le droit à la protection juridique (*Justizgewährungsanspruch*) que prévoit le droit allemand ne saurait être invoqué pour dévier de la solution prescrite par une convention internationale. C'est oublier un peu vite que le droit à un procès dans un délai raisonnable fait également partie des droits garantis par de nombreux instruments internationaux.

³⁵⁰⁷ Id., 85-86. L'auteur ne se montre toutefois pas opposé à une modification du texte de l'article 21 par les Etats membres, si ceux-ci jugent une telle modification nécessaire. D'autres auteurs se montrent toutefois disposés à tolérer une exception à la litispendance européenne.

³⁵⁰⁸ MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 425, n° 215. V. également J. KROPHOLLER, 7^{ème} éd., Heidelberg, 2002, 345, qui explique que « Für die Rechtsfolgen des Art. 27 ist eine angebliche Verschleppung des Rechtsstreits in dem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich unbeachtlich », et poursuit en soulignant qu'il en est particulièrement ainsi lorsque la même partie est à l'origine des deux procédures, puisqu'il peut alors mettre fin à l'une des procédures pour faire cesser la situation de litispendance.

³⁵⁰⁹ OLG München, 2 juin 1998, *R.I.W.*, 1998, 631 ; [1999] I.L.Pr. 291.

³⁵¹⁰ OLG München, 22 décembre 1993, *R.I.W.*, 1994, 511 ; *EuZW.*, 1994, 511 ; *IPrax.*, 1994, 308 ; *IPRspr.*, 1993, n° 165. Cette décision est d'autant plus intéressante que la Cour accepte de s'incliner devant l'existence d'une action dénégatoire alors même que selon le droit commun allemand une telle action devrait céder le pas à une demande

L'entreprise allemande revint à la charge quelques 5 ans plus tard; elle sollicitait la levée du sursis à statuer, mesure qui n'était selon elle plus justifiée au vu du retard excessif pris par la procédure italienne. A l'appui de sa demande, elle expliqua que le tribunal italien ne s'était même pas encore prononcé sur l'exception d'incompétence qu'elle avait soulevée, et que les audiences prévues en 1996 et 1997 avaient dû être annulées en raison d'un changement de personnel judiciaire.

La Cour d'Appel ne fit pas droit à la demande. Selon la Cour, l'article 21 ne permettait pas de revenir sur un sursis accordé en raison de la saisine antérieure d'un juge étranger. Ce sursis ne pouvait prendre fin que dès lors que le juge étranger se prononçait au fond. La Cour nota également que la mesure sollicitée par le demandeur aurait pour effet de conduire à des décisions contradictoires, ce que l'article 21 cherchait justement à éviter. Loin de permettre au tribunal second saisi de subordonner le sursis à un progrès rapide de la procédure étrangère, cette disposition se fondait selon la Cour sur la prémisse que tous les tribunaux des Etats contractants étaient d'une valeur égale, malgré les différences de procédure et d'organisation qui les séparaient.³⁵¹¹

La Cour n'en resta toutefois pas là. S'inspirant expressément de la jurisprudence relative au droit commun, elle laissa entendre qu'il était possible d'envisager une exception à la litispendance lorsqu'il apparaît que la procédure étrangère ne pourrait être menée à bon terme. En l'espèce toutefois, il n'était pas besoin de se prononcer sur cette question, puisque rien ne laissait croire que la procédure italienne était affectée d'un vice rédhibitoire. La Cour conclut en enjoignant le demandeur de s'adresser d'abord aux tribunaux italiens pour se plaindre de leur lenteur avant de demander une éventuelle suspension du sursis.

812. Exception de justice et espace judiciaire européen – le difficile équilibre – Les hésitations de la Cour d'Appel de Munich trahissent bien la difficulté de la question. On a déjà expliqué qu'il paraissait à la fois légitime et opportun de nuancer les règles conventionnelles de coordination des procédures concurrentes en privilégiant le droit fondamental à une prompt justice garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. On ne peut toutefois échapper à la constatation que l'espace judiciaire européen constitue une construction spécifique, ne fut-ce que par l'existence d'un mécanisme d'interprétation uniforme par le biais du recours à la Cour de Justice.³⁵¹² Elle se traduit par une forte limitation du pouvoir de contrôle du juge requis. L'allègement de la procédure d'exequatur lors de la récente révision de la Convention et la disparition annoncée de cette formalité avec l'avènement du titre exécutoire européen sont autant de signes qui révèlent la nature particulière de la construction judiciaire européenne.³⁵¹³ A cette première donnée s'ajoute le caractère quasi-automatique de la

positive ultérieure. La CJCE confirma ultérieurement la démarche de la Cour d'Appel dans l'affaire *Tatry*, *supra*, n° 480.

³⁵¹¹ OLG München, 2 juin 1998, *R.I.W.*, 1998, 631 : "Das EuGVÜ sämtliche Gerichte des Vertragsstaaten und deren Verfahren als gleichwertig anerkennt, ungeachtet etwaiger Unterschiede in der praktischen Ausgestaltung und des Ablaufs der verfahren im konkreten Einzelfall".

³⁵¹² V. les considérant 16 du préambule au Règlement 44/2001 qui évoque "la confiance réciproque dans la justice au sein de la Communauté européenne".

³⁵¹³ Le cadre de référence est toujours la *Full Faith and Credit Clause* en vigueur au sein de l'espace judiciaire américain. On sait que si l'exception d'ordre public subsiste comme motif de refus de reconnaissance dans le Règlement 44/2001, il n'a pas lieu d'être entre les états américain, v. en dernier lieu *Baker v General Motors*, 522 U.S. 222, 233, 118 S.Ct. 657, 664, 139 L.Ed. 2d 80 (1998) et *on remand* 138 F.3d 1225 (8th Cir. 1998). La comparaison n'est

litispendance européenne et l'insistance répétée de la Cour de Justice sur l'objectif de prévention des décisions contradictoires.³⁵¹⁴

Ces données plaident pour que l'on accorde un effet aussi étendu que possible à la litispendance européenne. Partant, c'est à la fois l'économie et le but de la Convention de Bruxelles qui se heurtent à l'introduction d'une limitation à la priorité du juge premier saisi en cas de dépassement du délai raisonnable. Il n'est pas besoin de rappeler que le texte de la Convention ne permet pas de trancher cette controverse dans un sens ou dans l'autre.

A défaut d'une modification du texte ou d'une éventuelle décision de la Cour de Justice, il faudra pourtant trancher la question. Il nous semble qu'il n'est pas possible de faire l'économie d'une clause de sauvegarde à l'article 21. Quoique l'on puisse penser du souci de coordination des procédures concurrentes – et notre sentiment à ce sujet a été clairement expliqué – on peut difficilement accepter que cet objectif conduise à laisser les justiciables subir les affres d'un véritable déni de justice. Si ce scénario-catastrophe restera exceptionnel, il n'est pas pour autant exclu. Et ce d'autant plus qu'à terme, le Règlement 44/2001 est appelé à s'appliquer au sein d'un espace judiciaire européen élargi, comprenant plus de 20 membres. Il ne peut dès lors à notre sens y avoir d'hésitation sur le principe même d'une 'porte de sortie' à la litispendance européenne, dans des situations véritablement exceptionnelles. C'est le droit à un procès équitable qui commande cette solution.

La Cour de Justice a d'ailleurs elle-même rappelé l'importance de faire droit aux garanties du procès équitable dans l'application de la Convention de Bruxelles, même si ceci doit avoir pour effet de limiter la libre circulation des jugements, objectif maître de la construction d'un espace judiciaire européen.³⁵¹⁵

813. Exception de justice et espace judiciaire européen – le difficile équilibre (suite) – Les principes appellent une limitation de la litispendance européenne. Pour justifier celle-ci, il faut toutefois se garder de faire appel au droit national. Ce serait une erreur que d'autoriser par exemple les tribunaux allemands à invoquer l'autorité de la jurisprudence déjà citée pour délimiter les contours de l'exception de justice. On aperçoit immédiatement les travers d'une telle démarche, et en particulier le risque d'une 'balkanisation' de la litispendance.

La règle de litispendance prévue par la Convention de Bruxelles obéit, comme les autres dispositions de celle-ci au principe d'auto-suffisance qui veut que ces règles "forment un tout et se suffisent à elle-même [...]" en sorte qu'on "ne peut ni ajouter ni retrancher à leur liste".³⁵¹⁶ En principe il n'y a donc pas de place pour une quelconque application du

toutefois pas entièrement justifiée, les Etats américains peuvent en appeler à plus de 200 ans d'existence juridique commune !

³⁵¹⁴ V. *supra*, n° 9 dans l'introduction générale. *Adde* le considérant n° 15 du Règlement 44/2001 qui précise que "le fonctionnement harmonieux de la justice commande de réduire au maximum la possibilité de procédures concurrentes et d'éviter que des décisions inconciliables soient rendues dans deux Etats membres".

³⁵¹⁵ V. les décisions du 28 mars 2000, *Krombach t. Bamberski*, précitée; *R.C.D.I.P.*, 2000, 481 (et la note de J. GUNDEL, "Der einheitliche Grundrechtsraum Europa und seine Grenzen : zu EMRK-konformen Interpretation des Ordre-Public-Vorbehalts des EuGVÜ durch den EuGH", *Eu. Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2000, 442-448) ainsi que du 11 mai 2000, *Régie nationale des Usines Renault t. Maxicar SpA, O. Formento*, affaire 38/98, *Rec.*, I-2973 et les commentaires de B. HEß, "Urteilsfreizügigkeit und Ordre public-Vorbehalt bei Verstößen gegen Verfahrensgrundrechte und Marktfreiheiten", *IPRax*, 2001, 301-306.

³⁵¹⁶ G. DROZ, 1972, n° 51.

droit national lorsque la Convention s'applique. La Cour de Justice a d'ailleurs à plusieurs reprises confirmé cet état de fait.³⁵¹⁷ Un plaideur serait dès lors malvenu d'invoquer une quelconque règle de droit national pour limiter le jeu de l'article 21.³⁵¹⁸ Il ne suffirait pas non plus de prétendre que la limitation ainsi conçue relève non de la détermination de la compétence, mais touche au contraire à la procédure, dont on sait que la Cour de Justice a accepté qu'elle tombe sous l'empire du droit national.³⁵¹⁹ Il nous paraît en effet pour le moins spécieux de prétendre qu'une limitation du jeu de la litispendance serait une mesure strictement procédurale! Si elle ne vise pas directement la compétence, elle n'en touche pas moins à la question de savoir si un tribunal peut exercer une compétence dont il est par ailleurs investi. Même si on optait pour la qualification procédurale, encore faudrait-il constater que la limitation déduite du délai raisonnable porte atteinte à 'l'effet utile' de la Convention³⁵²⁰ et ne peut à ce titre être invoquée.³⁵²¹ On conviendra que permettre au juge second saisi de revenir sur l'obligation que lui impose l'article 21 de surseoir à statuer, constitue à tout le moins une importante limitation de la litispendance européenne. Ainsi donc il ne nous semble pas indiqué, tant au niveau des principes³⁵²² qu'au niveau des règles, de fonder la limitation du jeu de la litispendance sur le droit national. Il en est d'autant plus ainsi depuis l'entrée en vigueur du Règlement 44/2001, puisqu'il n'appartient pas à un Etat membre de se fonder sur son droit national pour contrecarrer une disposition de ce type.³⁵²³

814. Exception de justice et espace judiciaire européen – le difficile équilibre (suite) – Pour autant, toute possibilité de limitation de l'article 21 n'est pas exclue. Bien sur il serait préférable qu'une telle initiative soit le fait de l'Union européenne ou, à défaut, de la Cour de Justice saisie d'une question préjudicielle. Dans l'attente d'une telle intervention, rien n'empêche toutefois les tribunaux nationaux de jeter les premières bases d'une exception véritablement 'européenne'. Celle-ci pourrait par exemple s'inspirer des garanties du procès équitable telles qu'énumérées par l'article 6 de la Convention européenne. Tous les Etats membres ont souscrit à cette disposition, dont on retrouve d'ailleurs l'essentiel dans la charte européenne. La Cour de Justice elle-même n'a pas hésité à faire référence à cette disposition.³⁵²⁴ Il ne nous semble pas contraire au caractère "complet et homogène" de la Convention de Bruxelles,³⁵²⁵ de permettre aux tribunaux nationaux de s'en référer aux exigences du procès équitable. Ce faisant, la

³⁵¹⁷ V. en particulier Hagen ; C.J.C.E., 19 janvier 1993, *Shearson*, affaire C-89/89, *Rec.*, 1993, I-181, n° 10. Sur le principe d'auto-suffisance, v. MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 60-65.

³⁵¹⁸ Cette disposition est d'autant plus auto-suffisante depuis la révision de la Convention de Bruxelles que le Règlement n° 44/2001 prévoit une règle autonome déterminant le moment de saisine des tribunaux, *supra*, n° 625.

³⁵¹⁹ C.J.C.E., 15 mai 1990, *Hagen*, aff. C-365/88, *Rec.*, 1990, I, 1860 et les commentaires de A. NUYS, "Questions de procédures : la difficile coexistence des règles conventionnelles et nationales", in *L'espace judiciaire européen...*, 235 e.s. On a parfois excipé du caractère 'procédural' de la doctrine du forum non conveniens pour justifier son application dans le cadre de la Convention de Bruxelles, v. p. ex. P. NORTH, "La liberté d'appréciation de la compétence (Jurisdictional Discretion) selon la Convention de Bruxelles", in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, (373), 377.

³⁵²⁰ Arrêt *Hagen* précité, n° 18-20.

³⁵²¹ Dans l'affaire *Hagen* précitée, la Cour a expliqué que le juge national "ne saurait appliquer des conditions de recevabilité prévues par le droit national qui auraient pour effet de limiter la mise en œuvre des règles de compétence prévues par la Convention".

³⁵²² Pour éviter un morcellement de l'espace judiciaire européen.

³⁵²³ Le principe bien connu de la primauté du droit communautaire.

³⁵²⁴ Sur l'ensemble de la problématique, K. LENAERTS, « Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 423 e.s.

³⁵²⁵ Selon l'expression de J.-P. BERAUDO, *Juris-Classeur droit européen*, Fasc. 3010, n° 10.

limitation à l'exception de litispendance européenne trouve une assise proprement européenne.

Une fois le principe d'une clause de sauvegarde admis, il faut encore examiner les limites de son application. On pourrait en effet objecter qu'à l'intérieur de l'espace judiciaire européen existent des garanties suffisantes pour remédier aux difficultés que l'on range habituellement sous le vocable de 'dénier de justice'. On pense en particulier aux garanties offertes par l'article 6 précité, que les justiciables peuvent directement invoquer devant les juridictions nationales. En outre, ces mêmes justiciables ont à leur disposition un appareil de sanction supranational dont l'expérience a révélé l'efficacité.

Ces garanties diverses, conjuguées à l'esprit de confiance mutuelle qui informe la construction européenne, s'opposent-elles à ce que l'on permette aux juges nationaux de dévier de la ligne tracée par l'article 21 ? C'est ce qu'a indiqué la Cour d'Appel de München, qui a fait observer que le demandeur, qui se plaignait de la lenteur d'une procédure italienne, "n'était pas privé de tout remède juridique dans cette dispute"³⁵²⁶. Pour éviter qu'une exception de justice ne fasse double emploi avec la protection directe qu'accorde l'article 6, il est nécessaire de subordonner son intervention à une condition de *subsidiarité*.

Le demandeur qui entend que le tribunal second saisi déroge à l'article 21 devra démontrer que ses efforts pour obtenir justice dans l'Etat premier saisi ont été vains. Il ne suffira pas d'alléguer que la procédure étrangère souffre d'un retard, même appréciable. Il faudra encore qu'il montre que ses efforts pour obtenir une sanction du juge premier saisi n'ont pas abouti.³⁵²⁷ C'est seulement à cette condition qu'il nous semble possible de faire une exception à la priorité qui revient au for premier élu.³⁵²⁸

815. Exception de justice et espace judiciaire européen - conclusion - Ainsi définie, l'exception de justice pourrait intervenir comme remède ultime s'il s'avérait que le for premier saisi, pour une raison ou une autre, n'est pas en mesure de trancher la contestation. La condition de subsidiarité nous paraît nécessaire au nom du principe de confiance. Elle doit être strictement entendue, en ce sens qu'elle implique que le demandeur aille au-delà de la preuve du simple retard. Il devra également, pièces à l'appui, convaincre le for second saisi, qu'il a tout essayé pour obtenir du juge premier saisi qu'il se prononce ou qu'il soit sanctionné.

Ainsi entendue, l'exception de justice ne sera pas d'une grande utilité pour mettre fin aux 'torpilles' déjà évoquées. Dans la plupart des espèces que l'on range dans cette catégorie, la question du retard imputable au for premier saisi est soulevée de manière préventive, en se fondant sur une vague présomption d'encombrement et d'arriéré judiciaire. Il n'est pas question dans ces circonstances de tolérer une mise hors jeu de la litispendance européenne. En outre, on observe un mouvement de fond des tribunaux pour limiter le recours à l'action dénégatoire, le plus souvent par une interprétation restrictive des règles

³⁵²⁶ "Die Klägerin des hiesigen Prozesses ist ja als Beklagte des Rechtsstreits in Bergamo nicht rechtlos gestellt": *R.I.W.*, 1998, 631.

³⁵²⁷ Cette condition de subsidiarité s'impose d'autant plus que la Cour européenne des droits de l'homme a récemment renforcé la protection du justiciable qui patit du retard inconsidéré de la justice. Dans l'arrêt *Kovalla c Pologne*, la Cour a en effet décidé que les justiciables devaient pouvoir disposer d'un recours effectif au sens de l'article 13 contre le dépassement du délai raisonnable, arrêt du 26 octobre 2000, v. PH. FRUMER, « Le recours effectif devant une instance nationale pour dépassement du délai raisonnable. Un revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T. dr. eur.*, 2001, 49-53.

³⁵²⁸ *Comp. supra* la condition de subsidiarité relative à l'interdiction de procéder, n° 321.

de compétence.³⁵²⁹ Les juges belges en particulier se montrent particulièrement restrictifs, sans doute pour se défaire d'une réputation pour le moins douteuse de 'lanterne' des tribunaux européens. Des décisions récentes³⁵³⁰ montrent qu'ils n'hésitent pas à fermer leur porte, sous les prétextes les plus divers, aux plaideurs les saisissant d'une demande préventive.³⁵³¹ Ainsi le tribunal de Bologne a-t-il refusé de se déclarer compétent pour connaître d'une demande visant à faire constater l'absence de contrefaçon dans le chef d'une entreprise italienne, à qui un concurrent allemand reprochait d'empiéter sur un brevet qu'il détenait.³⁵³² Selon le tribunal, il était impossible d'appliquer l'article 5-3° en l'espèce, sur lequel le demandeur se fondait, parce que celui-ci prétendait qu'on ne pouvait lui reprocher aucun comportement délictueux. En l'absence d'un tel comportement, la disposition était selon les juges italiens inutilisable.³⁵³³ Une autre réaction des tribunaux a consisté à refuser d'admettre que la torpille lancée préventivement portait sur le même objet et la même cause que la demande ultérieure visant à faire constater la contrefaçon.³⁵³⁴

Ces décisions montrent que les juridictions nationales sont conscientes des tentatives de détournement de la part de certains plaideurs.³⁵³⁵ Même si certaines décisions sont critiquables,³⁵³⁶ elles annoncent sans doute la fin du mouvement des 'torpilles'. La tension

³⁵²⁹ V. P. VERON, *l.c.*, *J.D.I.*, 2001, 825-828, qui explique que s'il est possible d'utiliser la torpille lorsque le défendeur n'est pas établi dans un Etat contractant, cette tactique est plus difficile lorsque l'adversaire l'est, les règles de compétence ne permettant pas toujours de trouver un juge compétent au sein de l'espace judiciaire européen.

³⁵³⁰ Les tribunaux belges semblent ainsi hésiter sur la question de savoir s'il leur appartient ou non de prononcer des mesures provisoires à portée extra-territoriale, certains jugements se reconnaissant compétents pour prononcer de telles mesures, qui auraient effet dans tous les Etats contractants, v. Civ. Bruxelles (réf.), 14 sept. 2001, inédit, RG 00/1456/C, en cause *Colgate-Palmolive c. Unilever Belgium*, et dans cette même affaire, Prés. Trib. La Haye, 10 octobre 2000, *I.E.R.*, 2001, 14. D'autres hésitant devant l'extra-territorialité comme devant un fétiche, Civ. Bruxelles (réf.), 23 juin 2000, inédit, RG 00/159/C, en cause *Madronic Belgium c. Therex Ltd.* (le juge se déclare incompétent à l'égard d'une demande déclaratoire visant à autoriser la poursuite de la production d'un produit litigieux dans 5 pays).

³⁵³¹ Notons que le Règlement 44/2001 va peut être donner une arme supplémentaire aux 'lanceurs de torpille', puisque la nouvelle rédaction de l'article 5(3) prévoit que ce chef de compétence peut également être utilisé lorsque le fait dommageable ne s'est pas encore produit. *Comp.* décision du tribunal de Salernes, 9 mars 1994, citée par P. VERON, *l.c.*, *J.D.I.*, 2001, 826, qui s'était déclaré incompétent pour statuer sur une demande en déclaration de non-contrefaçon, parce que le fait dommageable ne s'était pas encore produit. Dans le même sens, La Haye, 22 janvier 1998, *E.T.P.R.*, 1998, 61, note B. VANDEN BROECK.

³⁵³² Trib. Bologne, 16 septembre 1998, *GRUR Int'l.*, 2000, 1021, note D. STAUDER.

³⁵³³ "Es ist offensichtlich, dass [...] das Anknüpfungskriterium des Art. 5 nr.3. EuGVÜ bei negativen Feststellungsklagen nicht eingreifen kann, da der zur Begründung der Klage herangezogene Sachverhalt aufgrund des Inhalts des klageeinleitenden Antrags jeglichen Merkmals einer rechtswidrigen Handlung entberht, das geeignet wäre, die Voraussetzungen des genannten Anknüpfungskriterium zu erfüllen", *GRUR Int'l.*, 1021 et les critiques de l'annotateur, D. STAUDER, 1022-1023.

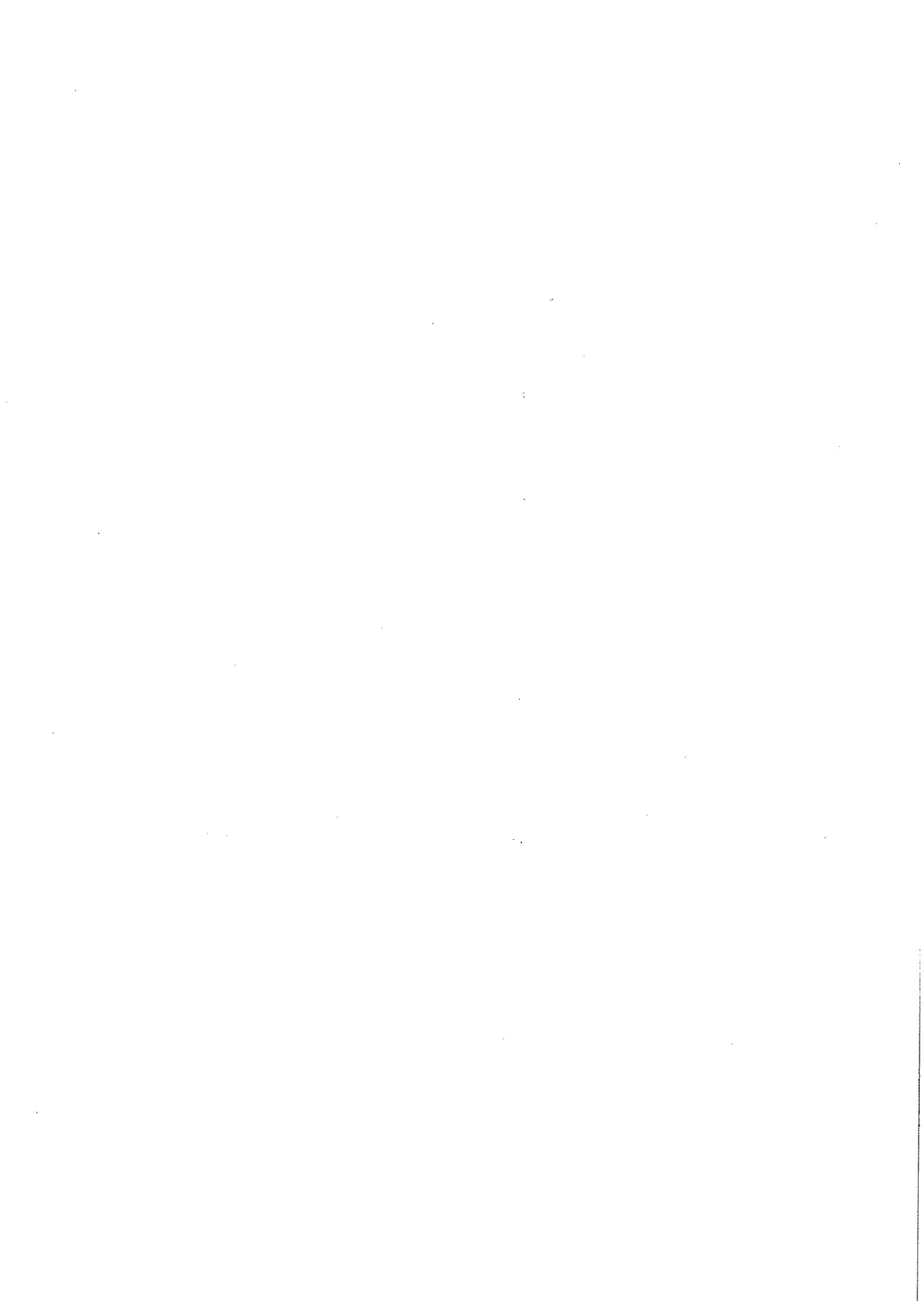
³⁵³⁴ P. ex. TGI Paris, 28 avril 2000, *GRUR Int'l.*, 2001, 173, note critique de P. TREICHEL et les observations de P. VERON, *l.c.*, *J.D.I.*, 2001, 829, qui décide que l'action en contrefaçon dont il était saisi n'avait pas le même objet que l'action en déclaration de non-contrefaçon dont avait été saisi préventivement le juge italien, une interprétation fort critiquable. Sur cette question, p. ex. C. DE MEYER, *l.c.*, *I.R.D.I.*, 1999, (76), 77-79. Signalons que la Cour de Justice a été saisie d'une question préjudicielle portant sur cette problématique, mais cette affaire a semble-t-il été rayée. Sur la question de l'identité entre une demande déclaratoire et une demande condamnatoire en matière de brevets, v. J. KROPHOLLER, 7^{ème} éd., 341-342. Il semble qu'une distinction s'impose selon que les actions portent sur le même brevet, sur des brevets purement nationaux ou encore sur la traduction nationale d'un brevet européen, v. M. PERTEGAS SENDER, *Cross-Border enforcement of patent rights: an analysis of the interface between intellectual property rights and private international law*, Thèse Leuven 2000, 328-332.

³⁵³⁵ Les juridictions néerlandaises ont également opéré une courbe rentrante adoptant une interprétation plus restrictive des règles de compétence dont profitaient le plaideur pour obtenir les fameuses 'euro-injonctions'. La difficulté ne naissait pas alors de la lenteur supposée d'un tribunal mais au contraire de sa rapidité conjuguée à l'effet extra-territorial conféré aux décisions.

³⁵³⁶ En particulier la décision du tribunal de première instance de Bruxelles du 12 mai 2000, *B.I.E.*, 2000, 199; *ICC*, 2001, 571, qui, non contente de s'être déclarée incompétente pour connaître de la demande visant à faire déclarer qu'il n'y avait pas contrefaçon d'une série de brevets nationaux, retenant uniquement sa compétence à l'égard du

qui pesait sur la litispendance européenne en diminuera d'autant – ce qui permettra peut être de dédramatiser le débat. On peut espérer qu'à l'avenir, la question des limites de la litispendance européenne ne se posera qu'en cas de retard avéré du juge étranger, et non plus de manière préventive.

brevet belge, a accueilli la demande reconventionnelle des défendeurs qui invoquaient l'abus de procédure. La condamnation pour procédure téméraire et vexatoire nous apparaît pour le moins déplacée, les demandeurs n'ont finalement fait qu'utiliser les ressources des règles de compétence mises à leur disposition par la Convention de Bruxelles (v. en ce sens également L. VAN BUNNEN, « Examen de jurisprudence (1996 à 2001). Brevets d'invention », *R.C.J.B.*, 2001, (205), 245-246, n° 34, qui évoque une décision prise *'ab initio'*).



SYNTHÈSE DE LA DEUXIÈME PARTIE

816. Pour appréhender les conflits de procédures, on a distingué deux pistes, la première s'attachant à *prévenir* l'apparition des procédures concurrentes, la seconde s'interrogeant sur la possibilité de *résoudre* le conflit une fois celui-ci apparu. On ne reviendra plus sur les limites de l'effort de prévention des conflits de procédures. Que ce soit par le biais de l'unification des règles de compétence, qui constituent le terreau même des procédures concurrentes, ou en encourageant la conclusion par les parties d'accords sur le juge compétent, les pistes ne manquent pas pour prévenir la naissance de procédures concurrentes. Les efforts pour éradiquer celles-ci sont toutefois limités. La méthode préventive n'étant en définitive pas de nature à apporter à court ou moyen terme une solution concrète, ni globale aux conflits de procédures, nous avons examiné dans la deuxième partie les possibilités de *résoudre* les conflits de procédures une fois ceux-ci nés.

817. La résolution des conflits de procédures n'est l'apanage ni d'une tradition juridique spécifique, ni d'une méthode particulière. On a rangé sous cette bannière une pluralité de méthodes adoptées, parfois dans des versions différentes, par les juridictions étudiées. Le premier titre nous a permis de constater que deux de ces méthodes n'offraient pas satisfaction. On a dès lors plaidé dans le second titre pour la généralisation d'un autre instrument.

La première solution consiste à retarder l'issue de la confrontation au stade de la reconnaissance, le jugement premier rendu pouvant être reconnu dans l'autre for et mettre ainsi fin au litige. L'emprunt au régime des jugements étrangers d'une solution - tardive - pour les conflits de procédures n'est pas sans encourager une néfaste course au jugement ; il n'empêche pas nécessairement la naissance de décisions contradictoires tout en provoquant un regrettable gaspillage de ressources judiciaires et privées, qui est contraire à l'économie de procédures. En définitive, on ne peut privilégier le recours à l'exception de chose jugée comme solution de principe aux conflits de procédures - et ce d'autant moins lorsque les Etats en présence sont liés par une convention visant à assurer l'efficacité réciproque de leurs décisions. Tout au plus peut-on tolérer le jeu de cette exception au titre de dernier recours lorsqu'aucune autre solution ne permet de mettre fin à un conflit donné.

A côté du jeu de l'exception de chose jugée, bien peu convaincant malgré qu'il soit fort répandu, certains droits nationaux ont développé une solution particulière qui consiste à tenter de mettre fin *ex abrupto* à la procédure concurrente. La résolution des conflits de procédures par la *contrainte* est l'apanage des juridictions de tradition anglaise. Par le biais de l'injonction *anti-suit*, un juge tente d'interdire à une partie de commencer et/ou de poursuivre une procédure devant un for concurrent. Il est apparu que les tribunaux anglais et, dans une moindre mesure, américains n'avaient recours à cet instrument que dans des circonstances exceptionnelles, la simple concurrence de procédures ne suffisant pas en règle générale à justifier l'interdiction de procéder. L'analyse de la jurisprudence, notamment dans son évolution historique, a mis à jour un fondement limité à la résolution des conflits de procédures par la contrainte, cette solution étant réservée aux situations d'abus flagrants dans le chef du demandeur.

On a expliqué pourquoi l'injonction *anti-suit* ne constitue pas, à notre sens, une réponse appropriée aux conflits de procédures. Outre les doutes que l'on peut avoir sur la

conformité de cet instrument avec certains principes fondamentaux du droit international, et notamment la nécessité de respecter la souveraineté du for étranger, on a constaté que l'interdiction de procéder appelle, par sa nature *agressive*, une réaction du tribunal visé, qui n'est pas de nature favoriser une solution du conflit. Enfin, l'injonction est une solution par essence *partielle* : elle ne peut s'imaginer qu'en dehors d'un accord international entre les pays concernés et voit à cet égard son champ d'action se réduire comme peau de chagrin. Même sous cette forme, ne se rencontre guère que dans certaines juridictions, malgré les tentatives d'importation qui sont le fait d'une certaine doctrine.

Si on ne peut le bannir, le recours à l'interdiction de procéder pour mettre fin aux conflits de procédures doit rester exceptionnel. On a observé une tendance visant à subordonner cette solution à une salubre condition de *subsidiarité*. Ce faisant, le for étranger a la possibilité de décider lui-même du sort qu'il entend réserver à la procédure dont il est saisi, notamment eu égard à l'existence d'une procédure concurrente dont est saisi le for de l'injonction. La généralisation de cette condition constitue à notre sens une première étape vers la disparition complète de l'injonction *anti-suit* dans le contentieux international privé.

818. La résolution des conflits de procédure peut se concevoir sur un troisième mode, qui a occupé la plus grande partie de nos développements : il s'agit pour un des fors concernés de renoncer à statuer pour permettre au for concurrent de trancher le litige. D'emblée il est apparu que la déférence internationale était de loin supérieure aux autres méthodes pour résoudre les conflits de procédures. Cette solution n'est pourtant pas la plus facile. Elle ne peut notamment se concevoir sans l'existence d'une certaine *confiance* entre les tribunaux concernés. Il nous semble toutefois que l'accueil d'une règle de priorité conduisant le for à renoncer à statuer se situe bien dans la ligne du mouvement général d'ouverture des ordres juridiques à l'étranger et en particulier au fait judiciaire étranger. L'étude historique a ainsi permis de constater que, surmontant leurs réticences traditionnelles, les juridictions étudiées avaient accueilli l'idée qu'un tribunal ne doit pas nécessairement statuer sur un litige pour lequel il est compétent.

Telle qu'elle a été définie, l'abstention internationale sert, tout comme la reconnaissance des jugements étrangers, les intérêts des parties et ceux des ordres juridiques en évitant les conflits de décisions ainsi que le gaspillage de ressources que provoquent les conflits de procédures.

819. Cette technique a connu des traductions diverses dans les juridictions étudiées, que l'on a regroupé sous le terme générique d'abstention internationale. On en a distingué trois : la première soumet l'abstention à l'existence d'un abus dans le chef du demandeur à l'étranger. Privilégiée au 19^{ème} siècle, elle informait à cette époque aussi bien la jurisprudence anglaise naissante relative au *forum non conveniens* que les tentatives maladroites des tribunaux français de sanctionner ce que la multiplication des procédures pouvait avoir d'abusif. L'abus de droit a ainsi fourni une première ouverture, combien limitée, à la déférence internationale. Cette ouverture ne nous semble toutefois pas de nature à satisfaire à l'objectif de coordination des procédures concurrentes.

Après avoir écarté la conception abusive des procédures concurrentes, l'étude s'est intéressée à la doctrine du for naturel comme fondement de l'abstention internationale. Dans cette version, il n'est de place pour la déférence internationale qu'à la condition que le for constate que son collègue étranger est mieux placé pour connaître du litige, au vu

de toutes les circonstances de la cause. L'histoire a fait que cette traduction particulière de l'abstention s'est imposée en droit anglais pour résoudre les conflits de procédures. Nous avons expliqué pourquoi cette version de l'abstention ne satisfaisait pas. Alors que la doctrine du *for* naturel est riche de promesses lorsqu'il s'agit de restreindre les revendications de compétence d'un tribunal, elle se révèle peu adaptée pour départager deux *fors* concurrents.

A vrai dire, il y a confusion des rôles lorsque l'on prétend faire d'une pierre deux coups et résoudre à la fois la question de la compétence et celle des procédures concurrentes : les nuances à apporter aux règles de compétence du *for* ne permettent pas toujours de mettre fin à la dualité d'instances. De plus, l'abstention n'est pas le lieu de s'assurer que le *for* qui statuera sur la cause possède un titre légitime pour ce faire. Tout comme l'abus de procédure, la doctrine du *for* naturel pêche par la manière indirecte, quasi incidente avec laquelle elle appréhende les procédures concurrentes. C'est pourquoi il a paru nécessaire de s'interroger sur une troisième version de l'abstention internationale.

820. La troisième et dernière version de l'abstention rattache celle-ci à la seule chronologie procédurale, le juge premier saisi l'emportant sur les instances subséquentes. On a constaté que cette règle, d'apparence arbitraire et peu respectueuse de la spécificité des espèces, se justifiait au regard de l'impératif de l'économie de procédures. Les difficultés d'application du critère chronologique se sont progressivement atténuées avec l'apparition de définitions uniformes du moment de la saisine des tribunaux.

Outre qu'elle permet de départager la toute grande majorité des procédures concurrentes, l'atout majeur de la chronologie procédurale est de ne pas laisser de doute sur la question de la priorité. Si le danger de course au *for* qu'entraîne la prime donnée au juge premier saisi ne doit pas être négligé, on a également expliqué que la priorité chronologique possédait d'appréciables vertus préventives, puisqu'elle décourageait la multiplication des procédures. En définitive, il nous semble que cette solution s'impose non seulement en droit conventionnel, comme étant la plus facilement généralisable, mais de façon générale pour le droit commun des Etats.

La préférence de principe accordée à la priorité chronologique ne signifie pas qu'un voile pudique a été jeté sur les défauts et inconvénients de cette approche. Au contraire, ceux-ci ont fait l'objet d'une attention particulière, dans le but de suggérer des améliorations concrètes qui pourraient atténuer les conséquences les plus néfastes de la priorité de saisine. C'est ainsi que l'on s'est interrogé sur la possibilité de retenir une date uniforme pour la définition du moment de la saisine des tribunaux. Cette définition uniforme, dont on trouve un début appréciable dans certaines codifications récentes, nous paraît constituer une condition *sine qua non* pour une application de la chronologie procédurale dénuée d'arbitraire.

On s'est également penché sur la question de la définition de l'identité des procédures concurrentes qui justifie l'application de la règle de priorité. L'analyse a permis de conclure qu'il y a lieu de se débarrasser des conceptions formalistes empruntées au droit interne et en particulier à l'exception de chose jugée, qui contraignent les tribunaux à des contorsions pour donner un effet utile à la règle. Ceci a permis de suggérer l'adoption d'une approche fonctionnelle de la question de l'identité des procédures, qui s'attache à déterminer si les procédures concurrentes peuvent conduire à des décisions contradictoires. Il a également été suggéré de prévoir un instrument additionnel, qui va

au-delà de la simple prévention des conflits de décisions, et dont le but serait de permettre la coordination de procédures apparentées.

A chaque fois, la mesure a été prise de la distance séparant ou pouvant séparer une règle qui s'intègre dans un accord conclu entre Etats de celle qui constitue au contraire un effort unilatéral de coordination dans le chef d'un Etat. Dans le premier cas, l'abstention peut revêtir un visage différent, puisque l'existence d'un tel accord contribue à instaurer un climat de confiance propice à la coordination des procédures.

821. Dans une dernière partie, nous nous sommes interrogés sur les conditions subsidiaires qui peuvent limiter et / ou prolonger l'effort de coordination. C'est ainsi que l'on a applaudi l'effort de synthèse qui ajoute à la chronologie procédurale une pointe de *for naturel*, par le biais d'une exception empruntant son fondement à la doctrine du *forum non conveniens*. Le mariage du principe chronologique et de l'exception fondée sur le *for naturel* se révèle excellent pour nuancer la rigidité de la priorité temporelle.

Dans un deuxième temps, on a évoqué la possibilité de faire évoluer la règle de coordination d'une décision unilatérale vers une décision conjointe ou du moins concertée. Cette piste nous semble promise à un bel avenir, comme en témoigne d'ailleurs les récentes avancées au sein de l'espace judiciaire européen et en particulier la possibilité d'un dialogue direct entre tribunaux nationaux prévues par la proposition de Règlement relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, dont l'article 15 instaure la possibilité d'un renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire tout en autorisant les tribunaux concernés à se concerter.

Enfin, il a paru nécessaire d'entourer la priorité du juge premier saisi d'une série de limitations déduites du régime des jugements étrangers. La parenté entre les deux questionnements est évidente ; elle a permis de nuancer la chronologie procédurale au moyen d'un pronostic de reconnaissance de la future décision étrangère. Pour expliciter la portée de ce pronostic, on a fait appel à deux conditions majeures de la théorie des jugements étrangers qu'il a fallu adapter à la situation particulière des procédures concurrentes. Ceci a donné lieu à l'introduction d'une condition liée à la compétence-litispendance ainsi qu'à une exception de justice qui viennent toutes deux encadrer la priorité du juge premier saisi. La première conjugue le souci du respect des règles de compétence exclusive du *for* avec un contrôle tendant à réprimer les tentatives de fraude à la loi. La seconde, formulée de façon large en s'inspirant de l'expérience du *forum non conveniens*, a permis de s'interroger sur les conséquences du dépassement du délai raisonnable dans le chef du juge premier saisi. En passant, l'étude a également permis de conclure qu'une condition de *réciprocité* est non seulement inutile, mais également contre-productive.

Ce faisant on a tracé les contours d'une règle de priorité renouvelée. On est ainsi bien loin d'une application analogique de l'exception de litispendance telle qu'on la connaît en droit interne, comme le préconisait l'Institut de Droit international dans sa résolution adoptée en 1898.³⁵³⁷ Certes, les solutions proposées ne sont pas toutes originales, ni

³⁵³⁷ Selon l'article 1 de la Résolution de l'Institut de Droit International du 23 août 1898 (Session de La Haye, Annuaire, vol. 17, 1898, pp. 288-291), « il y a lieu d'admettre, dans les rapports avec les juridictions étrangères, les mêmes règles sur la litispendance que celles qui existent dans les rapports entre les juridictions nationales de chaque Etat ».

même audacieuses. L'étude a toutefois permis d'en éclairer les tenants et les aboutissants pour mieux les comprendre. Il est temps maintenant de conclure.

* * *

*We shall not cease from exploration
And the end of all our exploring
Will be to arrive where we started
And know the place for the first time*

T. S. Eliot
Little Gidding, 1942

CONCLUSIONS

822. Dans une décision rendu en 1897, la Cour d'Appel de Bruxelles constatait, pour justifier l'accueil, alors exceptionnel en droit belge, de l'exception de litispendance internationale, que "[l]e droit moderne ne connaît pas d'actions parallèles déferées à des juridictions de nationalités différentes".³⁵³⁸ A l'époque, il s'agissait tout au plus d'un vœu pieux. Le droit conventionnel n'existait que dans les esprits les plus aventureux. Le droit commun de la plupart des pays ne se préoccupait guère des conflits de procédures, si ce n'est indirectement à la faveur d'une exception liée à l'abus de procédure. Les plaideurs avaient le champ libre pour répéter à leur guise les procédures et se jouer ainsi des frontières nationales.

Plus d'un siècle après cet attendu quasi-prophétique, force est de constater qu'un chemin important a été parcouru dans la résolution des conflits de procédures. Les conflits de juridictions actuels ne peuvent plus être accusés d'indifférence à l'égard des procédures concurrentes. Il n'est plus une convention internationale ou un règlement européen qui ne prévoit une règle visant spécifiquement la coordination des procédures concurrentes. La recherche sur la question a pris des proportions importantes, comme en témoigne l'ampleur de la littérature citée dans cette étude. Cette prise de conscience est allée de pair avec une reconnaissance parfois implicite mais toujours certaine du postulat sur lequel est fondée cette étude, à savoir le souci de prévenir la concurrence de procédures dont on sent instinctivement qu'elle est néfaste. Les ordres juridiques nationaux ainsi que la communauté internationale ne peuvent pas s'accommoder de l'existence de tels conflits. Il y va non seulement de l'économie de procédures, mais également du souci de garantir l'harmonie des solutions. Le souci d'éviter les conflits de procédures devra certes parfois s'effacer devant d'autres considérations. Il reste que ce choix de politique législative, qui n'a rien d'absolu, n'est plus aujourd'hui sérieusement remis en question.³⁵³⁹

Arrivé au terme de cette étude, il convient d'élargir quelque peu l'horizon et de tirer les leçons des longues réflexions dans lesquelles on a emmené le lecteur.

823. Les procédures concurrentes se trouvent à la croisée des deux branches classiques des conflits de juridictions. Elles empruntent tout autant aux règles de compétence, sans lesquelles il n'y a pas de conflit de procédures, qu'au régime des jugements étrangers qui a bien souvent inspiré les législateurs et les pratiques des tribunaux. Il a dès lors fallu faire de nombreux détours dans ces deux branches pour débroussailler le terrain et exposer les termes du débat.

Le mouvement de fond qui assouplit progressivement le statut des jugements étrangers impose de se préoccuper des conflits qui pourraient surgir entre procédures concurrentes, dont le produit final n'est plus nécessairement confiné au territoire national du juge qui a prononcé la décision. A ce premier mouvement s'ajoute l'incertitude actuelle sur les règles de compétence : alors que jusqu'il y a trente ans, celles-ci étaient le monopole quasi-exclusif des législateurs nationaux, l'unification des règles de compétence internationale a enregistré des progrès considérables ces dernières décennies,

³⁵³⁸ Bruxelles, 30 décembre 1897, *Pas.*, 1989, II, 152.

³⁵³⁹ Comme l'expliquait un tribunal anglais, « It is no doubt the aim of the Courts of all civilized countries to avoid multiplicity of proceedings and the risk of inconsistent decisions » (*Saipem SpA v Dredging Vo2 BC et al. (The Volvox Hollandia)*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 520 (QB)).

en particulier au sein de l'espace judiciaire européen. Il est pourtant difficile de prédire quel sera le visage exact de ces règles à l'avenir : la réflexion fondamentale est encore loin d'être aboutie et de nombreux travaux toujours en cours. Une chose est certaine, le mouvement d'unification progressive des règles de compétence n'empêchera pas les justiciables de saisir plusieurs tribunaux du même litige. La réflexion sur les procédures concurrentes n'en est que plus nécessaire.

En réalité à travers les procédures concurrentes c'est la manifestation la plus radicale du *forum shopping* qui a été l'objet de nos recherches.³⁵⁴⁰ Les conflits de procédures représentent en effet l'aboutissement des tentatives des justiciables de sélectionner le for qu'ils jugent le plus avantageux.

824. La solution privilégiée dans cette étude est loin d'être originale. Elle revient à accorder la priorité au juge premier saisi. Décrite au sein de l'espace judiciaire européen pour son caractère arbitraire et les abus auxquels elle donnerait lieu, elle s'est toutefois imposée, non sans quelques difficultés, au niveau mondial puisqu'elle figure dans le projet de Convention de La Haye. En outre, les juristes américains semblent s'orienter dans la même direction, qui ont récemment accordé une place de choix à la priorité temporelle dans un projet de loi fédérale.

En réalité, on a montré que la priorité chronologique n'était pas dénuée d'avantages, au premier rang desquels figure son champ d'application très large puisqu'au contraire d'autres solutions, elle permet d'appréhender la quasi-totalité des procédures concurrentes. Elle appelle toutefois d'importants correctifs qui doivent permettre de remédier aux défauts les plus manifestes de la méthode chronologique.

En guise de synthèse, nous nous proposons de suggérer des adaptations, nécessairement ponctuelles, à trois textes fondamentaux qui font appel à la chronologie procédurale pour résoudre la concurrence de procédures. Deux de ces textes font partie du droit conventionnel. Il s'agit d'une part de l'article 21 du projet de Convention de La Haye et de l'article 27 du Règlement 44/2001.³⁵⁴¹ Le dernier, qui n'existe qu'à l'état de projet, constitue la première consécration législative en droit belge de l'exception de litispendance internationale.³⁵⁴²

Sans reprendre le détail de toutes les discussions, on s'attardera sur les points qui nous semblent essentiels. Les trois textes méritent tout d'abord de contenir une nouvelle définition de l'identité des litiges. Ils évoquent tous des demandes mues entre les mêmes parties et portant sur le même objet et la même cause – avec cette réserve que le projet de La Haye précise que la nature des prétentions des parties est indifférente. Pour les raisons

³⁵⁴⁰ On annonce la publication, aux éditions *Oxford University Press*, d'une étude majeure sur le phénomène du 'forum shopping' de la plume de A. BELL, dont on a déjà cité les travaux. Il ne fait pas de doute que M. Bell aura consacré une partie importante de ses recherches aux procédures concurrentes.

³⁵⁴¹ Dans sa rédaction actuelle, l'article 27 dispose que : « 1. Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie. 2. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci ».

³⁵⁴² Dans sa rédaction actuelle, l'article 14 du projet de Code belge de droit international privé se lit : « Lorsqu'une demande est pendante devant un tribunal étranger et qu'il est prévisible que la décision étrangère sera susceptible de reconnaissance ou d'exécution en Belgique, le tribunal belge saisi en second lieu d'une demande entre les mêmes parties ayant le même objet et la même cause, peut surseoir à statuer jusqu'au prononcé de la décision étrangère. Il tient compte des exigences d'une bonne administration de la justice. Il se dessaisit si la décision étrangère remplit les conditions nécessaires à sa reconnaissance en vertu de la présente loi ».

indiquées, on préférera à cette définition formaliste de l'identité des demandes une définition fonctionnelle qui se fonde sur l'objectif de prévention des décisions contradictoires. Pour donner corps à cette définition, nous suggérons de permettre au juge second saisi de s'incliner devant la saisine concurrente d'un juge étranger chaque fois que les deux demandes « portent sur le même litige ». ³⁵⁴³ Si cette formule devait paraître trop souple, notre préférence irait à un critère qui impose l'abstention dès lors que les procédures concurrentes présentent un danger de conduire à des décisions contradictoires. Pour rendre compte de ce critère, le législateur pourrait s'inspirer de la formule suivante :

« Lorsque les mêmes parties sont engagées dans des procédures devant des tribunaux d'Etats contractants différents et que ces procédures peuvent donner lieu à des décisions contradictoires [...] »

Le texte européen pourrait utilement s'inspirer de certaines précisions que l'on retrouve dans le projet de La Haye. Il en va ainsi de la réserve qui est faite à l'article 21 du projet de convention pour les compétences exclusives. Si l'on peut juger insatisfaisant le primat accordé par le projet à l'autonomie de la volonté sur la coordination des procédures concurrentes, au moins cette précision a-t-elle le mérite de trancher une controverse qui court toujours au sein de l'espace judiciaire européen.

La possibilité pour le juge second saisi de reprendre les choses en mains en cas de dépassement du délai raisonnable constitue une autre précision non dénuée d'importance dont le texte européen pourrait s'inspirer. Elle a l'avantage de désamorcer une difficile question de conflit de conventions, tout en limitant d'emblée la possibilité pour le juge second saisi d'échapper à la loi du juge premier saisi.

Le pronostic de reconnaissance qui figure au premier alinéa de l'article 21 du projet de La Haye mérite lui aussi d'être précisé. On a vu qu'imposer au juge second saisi de se livrer à un exercice de prédiction était particulièrement difficile (*supra*, n° 704). C'est pourquoi nous avons proposé de réduire le pronostic de reconnaissance à ses éléments les plus essentiels, à savoir une condition liée à la compétence litispendance conjuguée à une clause de sauvegarde. Deux solutions alternatives se présentent : si l'on tient à conserver un pronostic de reconnaissance en bonne et due forme, nous suggérons de s'inspirer des jurisprudences allemande et suisse pour faire du pronostic une condition négative. Ce faisant, le juge second saisi devrait s'incliner devant la saisine antérieure de son collègue étranger sauf s'il est à prévoir que celui-ci ne pourra rendre un jugement susceptible d'être reconnu en vertu de la Convention.

Une solution plus radicale, qui emporte notre préférence, verrait le pronostic de reconnaissance passer à la trappe pour faire place à une réserve liée à la fraude. Conjugée à la clause de sauvegarde liée au délai raisonnable qui figure déjà dans le texte, cette condition nous semble largement suffisante pour rencontrer les difficultés liées au déroulement de la procédure étrangère.

Il est encore une modalité particulière de la règle de priorité qui mérite d'être incorporée au texte. Elle concerne la possibilité pour les deux tribunaux de se concerter. Dans la

³⁵⁴³ Le § 8 du projet de loi fédérale de l'ALI contient une formule lapidaire qui nous semble traduire l'essentiel des préoccupations. Il y est question de "a proceeding including the same parties and the same subject matter".

mesure où nous ne jugeons pas utile d'assortir le texte européen d'une exception déduite du caractère inapproprié du for premier saisi, il ne paraît pas utile de prévoir une possibilité de concertation entre juges européens. Comme expliqué (*supra*, n° 675), un dialogue inter-judiciaire n'aurait en effet que peu de pertinence puisque le juge second saisi ne peut dévier de la priorité accordée à son collègue.³⁵⁴⁴ Il nous semble par contre regrettable qu'une telle possibilité ait été abandonnée du projet de Convention de La Haye. Dans la mesure où celui-ci autorise le juge premier saisi à céder au juge second saisi la priorité qui lui revient en vertu de la chronologie procédurale, il n'aurait pas été inutile de permettre aux tribunaux de se consulter directement, né fut-ce que pour éviter que le juge premier saisi ne fasse pas utilisation de la possibilité que lui offre le paragraphe 7 lorsqu'il hésite sur la qualité de sa saisine. On amendera dès lors le texte en y ajoutant une disposition inspirée de la Convention de 1996. La concertation entre juges supposant nécessairement l'existence d'un cadre conventionnel, elle ne s'impose pas à l'article 14 du projet de Code.

825. Tels que modifiés sur base des suggestions que nous avons émises, les trois textes se liraient de la façon suivante ³⁵⁴⁵ :

- Article 21 du projet de Convention de La Haye

« 1. Lorsque les mêmes parties sont engagées dans des procédures devant des tribunaux d'Etats contractants différents et que ces procédures *peuvent donner lieu à des décisions contradictoires*, le tribunal saisi en second lieu suspend la procédure si le tribunal premier saisi est compétent en vertu des articles 'liste blanche' ³⁵⁴⁶ ou en vertu d'une règle de droit national conforme à ces articles ³⁵⁴⁷ *sauf s'il est à prévoir que ce tribunal ne pourra rendre un jugement susceptible d'être reconnu en vertu de la Convention dans l'Etat du tribunal saisi en second lieu [alternative : *sauf si le demandeur démontre que la saisine du juge premier saisi visait uniquement à profiter de manière inéluctable de l'avantage fourni par la règle de litispendance*]*, ³⁵⁴⁸ sauf si ce dernier est exclusivement compétent en vertu des articles 4, 11 ³⁵⁴⁹ ou 12.

[...] 5. Aux fins de l'application de cet article, le tribunal est réputé saisi :

- a) *à la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit notifié ou signifié au défendeur ;*

³⁵⁴⁴ Une concertation éventuelle conserve toutefois son importance au niveau européen comme en témoigne la récente proposition de la Commission portant sur un projet de Règlement en matière matrimoniale et de garde d'enfants. L'article 15 du projet fait état d'une possibilité pour les tribunaux de coopérer directement, ce qui se comprend dans la mesure où cette disposition introduit la possibilité pour un tribunal de renvoyer l'affaire à un autre jugé mieux placé pour connaître de l'affaire.

³⁵⁴⁵ Les italiques indiquent les changements suggérés. Par souci de clarté, nous ne reproduisons que les dispositions qui ont l'objet d'une modification.

³⁵⁴⁶ Cette proposition figure entre crochets dans la dernière version du texte. Nous avons supprimé les crochets.

³⁵⁴⁷ Cette proposition figure entre crochets dans la dernière version du texte. Nous avons supprimé les crochets pour conférer à la règle de litispendance une application plus étendue. Il s'impose en effet de permettre la coordination des procédures concurrentes même lorsque le juge premier saisi exerce sa compétence en vertu du droit national dans le cas d'une situation conforme à un chef de compétence de la « liste blanche ».

³⁵⁴⁸ Cette précision permet de supprimer la réserve figurant au paragraphe 6 de l'article 27, qui vise les actions déclaratoires.

³⁵⁴⁹ Cette proposition figure entre crochets dans la dernière version du texte. Nous avons supprimé les crochets.

- b) *si l'acte doit être signifié ou notifié avant d'être déposé auprès du tribunal, à la date à laquelle il est reçu par l'autorité chargée de la notification ou de la signification, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit déposé auprès de la juridiction.*

Le cas échéant, le temps universel est déterminant.³⁵⁵⁰

[...]

7. Cet article ne s'applique pas si le tribunal premier saisi, à la demande d'une partie, détermine que le tribunal saisi en second lieu est clairement plus approprié pour statuer sur le litige dans les conditions mentionnées à l'article 22. *Les autorités concernées peuvent procéder à un échange de vues.* »

- Article 27 du Règlement 44/2001

« 1. Lorsque les mêmes parties sont engagées dans des procédures devant des juridictions d'Etats membres différents et que ces procédures *peuvent donner lieu à des décisions contradictoires*, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la *juridiction première saisie*³⁵⁵¹ soit établie *sauf si elle est exclusivement compétente en vertu de l'article 22 du présent Règlement.*

2. Lorsque la compétence de la *juridiction première saisie* est établie, la *juridiction saisie* en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci.

3. A la demande d'une partie, la juridiction saisie en second lieu peut statuer sur le litige si le demandeur devant la juridiction première saisie n'a pas entrepris les démarches nécessaires pour obtenir une décision au fond ou si cette juridiction n'a pas rendu une telle décision dans un délai raisonnable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. »

- Article 14 du projet belge de Code de droit international privé

“1. Lorsqu'une demande est pendante devant un tribunal étranger, le tribunal belge saisi en second lieu d'une demande portant sur le même litige peut, à la demande d'une partie, surseoir à statuer si les deux demandes peuvent donner lieu à des décisions contradictoires, sauf si les tribunaux belges étaient seuls compétents pour connaître de la demande ou si la procédure étrangère a été engagée, en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, dans le seul but d'échapper au droit applicable en vertu de la présente loi. Le tribunal se dessaisit si la décision étrangère remplit les conditions nécessaires à sa reconnaissance en vertu de la présente loi.

2. Pour déterminer quand une action a été introduite en Belgique, la date du premier acte nécessaire pour introduire l'instance est décisive. La citation en conciliation suffit.

3. A la demande d'une partie, le tribunal belge lieu peut statuer sur le litige si le demandeur devant le tribunal étranger premier saisi n'a pas entrepris les démarches nécessaires pour obtenir une décision au fond ou si ce tribunal n'a pas rendu une telle décision dans un délai raisonnable.”

³⁵⁵⁰ Cette proposition figure entre crochets dans la dernière version du texte. Nous avons supprimé les crochets.

³⁵⁵¹ L'article 27 fait parfois référence à la juridiction et parfois à un tribunal. Pour des raisons d'uniformité, nous avons remplacé la deuxième expression par la première.

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages généraux – traités

1.1. Conflits de juridiction

1.1.1. HISTOIRE DU DROIT

T. M. C. ASSER, *Buitenlandsche wississen. Preadies voor de nederlandsche juristenvereening*, 's-Gravenhage, G. Belinfante, 1888, 71 p.

H. BONFILS, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers en matière civile et commerciale et criminelle*, Paris, A. Durand, 1865, 392 p.

J.-G. CASTEL, *The recognition and enforcement of foreign money judgments or decrees in the Anglo-American common law system and in the French legal system: a comparative study in the field of private international law*, Montréal, McGill University, 1957, 505 p.

CH. CONSTANT, *De l'exécution des jugements étrangers dans les divers pays. Législation – jurisprudence – procédure – traités diplomatiques*, 2ème éd., Paris, Pedone-Lauriel, 1890, 210 p.

H. DE COCK, *Etudes sur la convention franco-belge du 8 juillet 1899 (titre premier)*, Paris, Rousseau, 1912, 246 p.

P. DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers avec un exposé sommaire de la loi qui leur est applicable et mises en rapport avec la Convention franco-belge du 8 juillet 1899*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, I, 1900, 458 p. et II, 1902, 502 p.

G. DUNCAN et D. O. DYKES, *The Principle of Civil Jurisdiction as Applied in the Law of Scotland*, Edinburgh, Green & Sons, 1911, 394 p.

P. FEDOZZI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Bologne, N. Zanichelli, 1905, s.p.

A. D. GIBB, *The International Law of Jurisdiction in England and Scotland*, Edinburgh/Londres, William Hodge & Co. / Sweet & Maxwell, 1926, 301 p.

F. M. E. HAAN, *De jurisdictie van den Nederlandschen rechter in privaatrechtelijke aangelegenheden*, Diss. Nijmegen, 1930.

W. JELLINEK, *Die zweiseitigen Staatsverträge über Anerkennung ausländischer Zivilurteile*, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht vol. 24, Berlin/Tübingen, de Gruyter/J.C.B. Mohr, 1953, 397 p.

J. KOSTERS, *Bijdrage tot internationale regeling der rechtsmacht in burgerlijke en handelszaken*, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1914, 107 p.

CH. LACHAU, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers en matière civile et commerciale d'après la jurisprudence française, avec le texte des principaux arrêts et jugements*, Paris, L. Larose et Forcel, 1893, 468 p.

CH. LACHAU et CH. DAGUIN, *De l'exécution des jugements étrangers d'après la jurisprudence française, avec le texte des principaux arrêts et jugements*, Paris, L. Larose et Forcel, 1889, 240 p.

F. MEILLI, *Das internationale Zivilprozessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, Zürich, O. Füßel, 1904, 603 p. (et la traduction anglaise : F. MEILLI, *International Civil and Commercial Law As founded upon theory, legislation and practice*, traduit et annoté par A. K. KUHN, New York, Macmillan Comp., 1905, 559 p.)

P. MERCIER, *Effets internationaux des jugements dans les Etats membres du Marché Commun*, Université de Lausanne, Faculté de Droit, Lausanne, Pont Frères, 1965, 184 p.

R. MONACO, *Il giudizio di delibazione*, Padova, Cedam, 1940, 297 p.

G. MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova, Cedam, 1938, 422 p.

ID., *Diritto processuale civile internazionale*, 2ème éd., Padova, Cedam, 1954, 433 p.

ID., *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma n° 13, Milan, Giuffrè, 1961, 505 p.

F. MOREAU, *Effets internationaux des jugements en matière civile*, Paris, Larose & Forcel, 1884, 272 p.

J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français. VI. Le conflit des autorités, le conflit de juridictions*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1949, 582 p.

P. PAVELAENU, *De la compétence des tribunaux roumains au regard des plaideurs étrangers*, Ed. Bonvalot-Jouve, Paris, 1907, 98 p.

E. PICOT, *De la compétence des tribunaux suisses à se nantir des actions en nullité de mariage et en divorce entre étrangers domiciliés en Suisse*, Bâle, Detloff Librairie, 1888, 55 p.

A. PILLET, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1913, 401 p.

F. A. M. RIAD, *La valeur internationale des jugements en droit comparé*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1955, 214 p.

E. RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*, Beiträge zum Ausländischen und Internationalen Privatrecht n° 20, Walter de Gruyter/ J.C.B. Mohr, Berlin/Tübingen, 1949, 710 p.

I. SZASZY, *International Civil Procedure. A Comparative Study*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1967, 708 p.

C. C. A. VOSKUIL, *De internationale beweegheid van de Nederlandse rechter, in het bijzonder in zaken van echtscheidingen en alimentatie*, (diss. Amsterdam), Amsterdam, Scheltema & Halkema, 1962, 228 p.

E. VROONEN, *De la force extraterritoriale des jugements étrangers et des conditions extrinsèques de validité des actes étrangers en Belgique*, Bruxelles/Paris, Lamertin/Rivière, 1920, 344 p.

M. WESER, *Traité franco-belge du 8 juillet 1899. Etude critique à la lumière des jurisprudences française et belge comparées, avec propositions de réforme*, Paris/Bruxelles, Sitey/Larcier, 1950, 395 p.

1.1.2. DROIT POSITIF

R. E. AIRD et J. N. JAMESON, *The Scots Dimension to Cross-border Litigation*, Edinburgh, W. Green/Sweet & Maxwell, 1996, 308 p.

- P. R. BEAUMONT, *Anton & Beaumont's Civil Jurisdiction in Scotland: Brussels and Lugano Conventions*, 2^{ème} éd., Edinburgh, Green, 1995, 690 p. (et la 1^{ère} éd. par A. E. Anton, 1984, 306 p.).
- G. B. BORN, *International Civil Litigation in United States Courts. Commentary and Materials*, 3^{ème} éd., Kluwer Law International, La Haye/Boston/Londres, 1996, 1145 p.
- ID., *International Arbitration and Forum Selection Agreements. Planning, Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International, La Haye, 1999, 326 p.
- H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international. Chronique de jurisprudence (1991-1998)*, Dossiers du Journal des Tribunaux N° 28, Larcier, Bruxelles, 2001, 650 p.
- A. BRIGGS et P. REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 2^{ème} éd., Londres, LLP, 1997, 472 p.
- A. BUCHER, *Droit international privé suisse. Tome I/1 : Partie générale - Conflits de juridictions*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1998, 310 p.
- A. BURGSTALLER (éd.), *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Vienne, Verlag Orac, 2000, 788 p.
- P. BYRNE, *The EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments*, Dublin, Round Hall Press, 1990, 349 p.
- G. CAMPEIS et A. DE PAULI, *Il processo civile italiano e lo straniero : lineamenti di diritto processuale civile internazionale*, 2^{ème} éd., Teoria e pratica del diritto, Milan, Giuffrè, 1996, 437 p.
- L. COLLINS, *The Civil Jurisdiction and Judgment Act*, Londres, Butterworths, 1982, 263 p.
- Cour de Justice des Communautés Européennes (éd.), *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe. Actes du colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen*, Londres/St Paul, Butterworths, 1993, 402 p.
- S. CROMIE e.a., *International Commercial Litigation*, 2^{ème} éd., Londres, Butterworths, 1997, 639 p.
- Y. DONZALLAS, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Berne, Staempfli, vol. I, 1996, 688 p.; vol. II, 1997, 1013 p.; vol. 3, 1998, 1398 p.
- G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun. Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Bibliothèque de Droit international privé, Paris, Dalloz, 1972, 577 p.
- R. FENTIMAN, N. WATTE, A. NUYS et H. TAGARAS, *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 350 p.
- H. GAUDEMET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, Paris, Montchrestien, 1996, 461 p.
- R. GEIMER et al. *Internationales Zivilprozessrecht*, 4^{ème} éd., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, 1270 p. (et la 3^{ème} éd. : 1997, 985 p.)
- R. GEIMER et R. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zum EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, München, C.H. Beck, 1997, 774 p.
- P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 2 septembre 1968 : compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris, Jupiter, 1985, 271 p.

- M. GIULIANO, *La giurisdizione civile italiano e lo straniero*, 2^{ème} éd., Milan, Giuffrè, 1970, 332 p.
- T. C. HARTLEY, *Civil jurisdiction and judgments : the application in England of the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters under the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, Londres, Sweet & Maxwell, 1984, 233 p.
- H. J. HERRMANN, J. BASEDOW et J. KROPHOLLER, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, vol. I, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1982, 570 p.
- J. HILL, *The Law Relating to International Commercial Disputes*, 2^{ème} éd., Londres, LLP, 1998, 801 p.
- D. HOCHSTRASSER et N. P. VOGT, *Commercial Litigation and Enforcement of Foreign Judgments in Switzerland*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1995, 110 p.
- J. JACOB (gén. éd.), *Private International Litigation*, Londres, Longman, 1988, 494 p.
- P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abingdon, Professional Books Ltd., 1987, 1949 p.
- ID., *Law of the European Judgments Convention*, 5 vol., Chichester, Barry Rose Law Publishers Ltd., 1999, 4500 p.
- R. H. KREINDLER, *Transnational Litigation : A Basic Primer*, New York, Oceana Publications, 1998, 623 p.
- J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht : Kommentar zu EuGVO und Lugano-Übereinkommen*, 7^{ème} éd., Schriftenreihe Recht der internationalen Wirtschaft vol. 22, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2002, 672 p. (et la 6^{ème} éd., 1998, 629 p.)
- H. LINKE, *Internationales Zivilprozessrecht. Leitraden für Verfahren mit Auslandsbezug*, 3^{ème} éd., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, 223 p. (et la deuxième éd., 1995, 205 p.).
- H. LINKE, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2001, 3^{ème} éd., Verlag Dr. Otto Schmidt, 241 p.
- J. LOOKOFSKI, *Transnational Litigation and Commercial Arbitration. A Comparative Analysis of American, European and International Law*, New York, Transnatl. Juris Publ., 1992, 782 p.
- A. LOWENFELD, *International Litigation and Arbitration*, American Casebook Series, 2^{ème} éd., St. Paul, West Publ., 2002, 948 p. (et la 1^{ère} éd., 1993, 869 p.).
- R. MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, Padoue, Cedam, 2000, 568 p.
- P. MERCIER et B. DUTOIT, *L'Europe judiciaire : les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Dossier droit européen n° 2, Bâle/Frankfurt, Helbing & Lichtenhahn, 1991, 249 p.
- H. NAGEL et P. GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln/Münster, Schmidt/Aschendorff, 1997, 685 p.
- L. W. NEWMANN et D. ZASLOWSKY, *Litigating International Commercial Disputes*, St. Paul, West Publishing Co., 1996, 429 p.
- S. O'MALLEY et A. LAYTON, *European Civil Practice*, Londres, Sweet & Maxwell, 1989, 1968 p.
- A. MAYSS et A. REED, *European Business Litigation*, Dartmouth, Ashgate, 1998, 624 p.

- C. Y. C. ONG, *Cross-Border Litigation within ASEAN. The Prospects for Harmonization of Civil and Commercial Litigation*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, 755 p.
- L. PALSSON, *Lugano-Konventionen*, Stockholm, Nordstedts Juridik, 1992, 321 p.
- ID., *Bryssel- och Luganokonventionerna*, Stockholm, Fritzes Förlag AB, 1995, 337 p.
- W. PARK, *International Forum Selection*, Boston/La Haye/Londres, Kluwer Law International, 1995, 749 p.
- F. POCAR, *La conversione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano, Giuffrè Editore, 1989, 590 p.
- F. SALERNO, *La conversione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Padova, Cedam, 2000, 263 p.
- H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 3^{ème} éd., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2002, 538 p. (et la 2^{ème} éd., 1996, 443 p.).
- R. A. SCHÜTZE, *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 317 p.
- ID., *Rechtsverfolgung im Ausland*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1998, 376 p.
- M. SCHWIMMAN, *Internationales Zivilverfahrensrecht. Schwerpunkte in der Praxis*, Wiener Rechtswissenschaftliche Studien n° 17, Vienne, Manz Verlag, 1979, 146 p.
- U. SPELLENBERG, "Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen", in *J. Von Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, 3^{ème} éd., vol. XX, Berlin, Sellier/de Gruyter, 1997, 479 p.
- P. STONE, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, European Law Series, Londres/New York, Longman, 1998, 205 p.
- T. TAYLOR et N. COOPER, *European Litigation Handbook*, Londres, Sweet & Maxwell, 1995, 198 p.
- L. E. TEITZ, *Transnational Litigation*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 577 p.
- M. TEIXEIRA DE SOUSA et D. MOURA VICENTE, *Comentário à convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial*, Lisbonne, Lex, 1994, 279 p.
- R. VANDER ELST et M. WESER, *Droit international privé belge et droit conventionnel international. II. Conflits de juridictions*, par M. WESER et P. JENARD, Bruxelles, Bruylant, 1985, 655 p.
- H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éds.), *Europese ipr-verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 410 p.
- H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éds.), *Het nieuwe Europese IPR : een verdrag naar verandering*, Anvers, Intersentia, 2001, 303 p.
- E. VAN HOVE, *De Europese Executieverdragen. Brussel (1968) en Lugano (1988)*, Brugges, Die Keure, 1994, 244 p.
- J.-P. VERHEUL et M. W. C. FETERIS, *Rechtsmacht in het Nederlandse internationaal privaatrecht. II. Overige verdragen en commune ipr*, Apeldoorn/Anvers, Maklu, 1986, 328 p.
- G. WALTER, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz. Ein Lehrbuch*, 3^{ème} éd., Berne, Verlag Paul Haupt, 2002, 605 p. (et la 2^{ème} éd., 1998, 536 p.)

G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, Civil Procedure in Europe n° 3, La Haye, Kluwer Law International, 2000, 580 p.

R. J. WEINTRAUB, *International Litigation and Arbitration. Practice and Planning*, 3^{ème} éd., Durham, Carolina Academic Press, 2001, 570 p. (et la 2^{ème} éd., 1997, 539 p.).

M. WESER, *Les conflits de juridictions dans le Marché commun*, Bruxelles, C.I.D.C., 1970, 363 p.

ID., *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Bruxelles/Paris, CIDC/Pedone, 1975, 773 p.

* *
* *

1.2. Droit international privé

1.2.1. HISTOIRE DU DROIT

A. E. ANTON, *Private International Law: a treatise from the standpoint of Scots Law*, Edinburgh, W. Green, 1967, 626 p.

P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, Paris, Dalloz, I, 1957, II, 1958 et III, 1931.

T. M. C. ASSER, *Eléments de droit international privé ou du conflit de lois : droit civil, procédure, droit commercial*, traduit, complété et annoté par A. RIVIER, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence A. Rousseau, 1884, 297 p.

T. M. C. ASSER, *Schets van het internationaal privaatrecht*, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1880, 187 p.

E. L. A. AUDINET, *Principes élémentaires de droit international privé*, 2^{ème} éd., Paris, Pedone, 1906, 692 p.

E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, Paris, Domat-Montchrestien, 3 vol., T.I : 1930, T. II : 1932.

J. H. BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, 3 vol. (I : Jurisdiction, II: XX), New York, Baker, Voorhis & Co., 1935, 2127 p.

J.G. CASTEL, *Private international Law A comparative study of the rules prevailing in Canada and the United States*, Toronto, Canada Law Book, 1960, 326 p.

D. F. CAVERS, *The Choice-of-Law Process*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1965, 336 p.

W. W. COOK, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, Cambridge, Harvard University Press, 1942.

B. CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, Duke University Press, 1963, 761 p.

- L. DE VOS, *Le problème des conflits de lois. Cours de droit international privé belge*, 2 vol., Bruxelles, Bruylant, 1946, 954 p.
- P. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato. Teorie generali e diritto civile*, Padoue, Cedam, 1935, 760 p.
- M. FOELIX, *Traité de droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations en matière de droit privé*, 4^{ème} éd., revue et augmentée par CH. DEMANGEAT, Paris, Marescq Ainé, 1866, vol. 1, 512 p., vol. 2, 536 p.
- J. A. FOOTE, *Foreign and Domestic Law. A Concise Treatise on Private International Jurisprudence, based on the Decisions in the English Courts*, Londres, Stevens & Haynes, 1878, 532 p. (et la 4^{ème} éd. par C. Phillipson, Londres, Stevens & Haynes, 1914, 595 p.; la 5^{ème} éd. par H. H. L. Bellot, Londres, Sweet & Maxwell, 1925, 692 p.).
- J. D. JITTA, *La méthode du droit international privé*, La Haye et Paris, Belinfante Frères, 1890, 490 p.
- ID., *Internationaal privaatrecht : gegevens hoofdzakelijk ten behoeve van Nederlandsche rechtsbeoefenaars*, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink, 1916, 692 p.
- ID., *Internationaal privaatrecht. Gegevens hoofdzakelijk ten behoeve van Nederlandsche rechtsbeoefenaars*, Haarlem, Tjeenk Willink, 1916, 692 p.
- W. S. JOHNSON, *Conflict of Laws*, 2^{ème} éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1962, 1073 p.
- F. M. KAHN, *Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht*, paru in *Iberings Jahrbücher*, 1989, pp. 1-112 et réédité par H. Lewald et O. Lenel, München, Duncker & Humblot, 1928.
- J. KOSTERS, *Het karakter van het internationaal privaatrecht. Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het hoogleeraarsambt aan de Rijksuniversiteit te Groningen op 22 februari 1908*, Groningen, P. Noordhoff, 1908, 44 p.
- J. KOSTERS et C. W. DUBBINK, *Algemeen deel van het Nederlands Internationaal Privaatrecht*, De erven F. Bohn, Haarlem, 1962, 936 p.
- E. LAFLEUR, *The Conflict of Laws in the Province of Quebec*, Montréal, Théoret, 1898, 267 p.
- A. LAINE, *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le code civil*, Paris, Pichon, 1888-1892, vol. 1, 433 p. et vol. 2, 434 p. (réimpression Auvermann Glashütten 1970).
- F. LAURENT, *Le droit civil international*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, t. 1 à 5 : 1880, t. 6 à 8 : 1881.
- J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1938-1949, 6 vol.
- A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, Paris/Grenoble, Sirey/Allier, 1923-1924.
- P. POULLET, *Manuel de droit international privé belge*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Librairie Judiciaire Polydore Pée, 1947, 675 p.
- A. ROLIN, *Principes de droit international privé et applications aux diverses matières du Code civil (Code Napoléon)*, Paris, Marescq, 3 vol., 1897.
- J. STORY, *Commentaries on the conflict of laws foreign and domestic in regard to contracts, rights and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions and judgments*, 2^{ème} éd., Boston, Little & Brown, 1841, 927 p.

J. VALERY, *Manuel de droit international privé*, Paris, 1914, 391 p.

L. VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2 vol., Hannover, 1899, réimpression Aalen, Scientia-Verlag, 1966.

F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. I/VIII, Berlin 1840/1849, réimpression Darmstadt 1981; traduction française par CH. GUENOUX, *Traité de droit romain*, t. I/VIII, Paris, 1840/1851; et la traduction (et annotation) anglaise par W. GUTHRIE du volume consacré au conflit de lois : *Treatise on the Conflict of Laws, and the Limits of their operation in respect of place and time*, 2^{ème} éd., Edinburgh/Londres, T. & T. Clark/Stevens & Sons, 1880, 567 p.

A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2^{ème} éd., Paris, Larose et Forcel, 6 vol., 1907-1913.

J. WESTLAKE, *A Treatise on Private International Law, or the conflict of laws, with principal reference to its practice in the English and other cognate systems of jurisprudence and numerous references to American authorities*, Philadelphia, T. & J.W. Johnson, 1859, réimpression Littleton, F. B. Rothman, 1896, 251 p. et la traduction française parue chez Sirey, Paris, 1914 sous le titre *Traité de droit international privé, avec ses principales applications dans la pratique anglaise*.

F. WHARTON, *A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law, including a comparative view of Anglo-American, Roman, German and French Jurisprudence*, Philadelphia, Kay & Brothers, 1872, 758 p., réimpression Fred. B. Rothman & Co., Littleton, 1991.

M. WOLFF, *Private International Law*, 2^{ème} éd., 1950, Oxford, Clarendon Press, 631 p.

ID., *Das internationale Privatrechts Deutschland*, 3^{ème} éd., Berlin, Springer, 1954, 254 p.

1.2.2. DROIT POSITIF

B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 1998, 668 p.

A. E. ANTON et P. R. BEAUMONT, *Private International Law: a treatise from the standpoint of Scots Law*, 2^{ème} éd., Edinburgh, W. Green, 1990, 794 p.

B. AUDIT, *Droit international privé*, Collection Droit Civil, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 2000, 973 p. (et la 2^{ème} éd., 1997, 944 p.).

T. BALLARINO et A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3^{ème} éd., Milan, Cedam, 1999, 774 p.

H. BATAIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, I, 8^{ème} éd., 1993, 656 p. ; II, 7^{ème} éd., 1983, 692 p.

W. BINCHY, *Irish Conflicts of Law*, Dublin, Butterworths, 1988, 691 p.

A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2001, 266 p.

L. BRILMAYER, *Conflict of Laws. Foundations and Future Directions*, 2^{ème} éd., Boston, Little Brown & Co., 1995, 342 p.

- A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, T. I : *Partie générale - Droit applicable*, Helbing & Lichtenhahn, 1995, 295 p.
- J.-G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, 4^{ème} éd., Toronto/Vancouver, Butterworths, 1997, 738 p.
- J. G. COLLIER, *Conflict of Laws*, 3^{ème} éd. par J. Greenwood, Cambridge, Cambridge University press, 2001, 403 p.
- E. B. CRAWFORD, *International Private Law in Scotland*, Edinburgh, W. Green/Sweet & Maxwell, 1998, 496 p.
- Dicey & Morris on the Conflict of Laws*, par L. COLLINS (gén. éd.) et al., 13^{ème} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2000, t. 1, 648 p. et t. 2, 1622 p.
- B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2^{ème} éd., Bâle/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1997, 581 p.
- A. A. EHRENZWEIG, *A Treatise on the Conflict of Laws*, St. Paul, West Publishing Co., 1962, 824 p.
- A. A. EHRENZWEIG et E. JAYME, *Private International Law A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty, Jurisdiction, Judgments and Persons*, II, Special Part, Leiden/Dobbs Ferry, Sijthoff/Oceana Publications, 1973, 338 p.
- J. ERAUW, *Beginselen van internationaal privaatrecht*, Gand, Story-Scientia, 1985, 334 p.
- J. D. FALCONBRIDGE, *Essays on the Conflict of Laws*, 2^{ème} éd., Toronto, Canada Law Book Company, 1954, 862 p. (1^{ère} éd., 1947, 730 p.)
- P. GRAULICH, *Principes de droit international privé. Conflit de lois. Conflits de juridictions*, Paris, Dalloz, 1961, 215 p.
- E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *Droit international privé. T. 1 : Théorie générale*, Série Traité de droit civil, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 573 p.
- A. HEINI et al. (éds.), *IPRG-Kommentar. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess, 1993, 1718 p.
- A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, 3^{ème} éd., Gand, Mys & Breesch, 2001, 356 p. (et la 2^{ème} éd., 1999, 270 p.)
- D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, Ed. Masson, 1987, 667 p.
- H. HONSELL e.a. (éds.), *Internationales Privatrecht. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1996, 1907 p.
- D.C. JACKSON, *The 'Conflicts' Process. Jurisdiction and Choice in Private International Law*, New York/Londres, Oceana Publications Inc./British Institute of International and Comparative Law, 1975, 408 p.
- F. K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, 265 p.
- G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 8^{ème} éd., München, Beck, 2000, 1032 p.

- F. KNOEPFLER et P. SCHWEIZER, *Droit international privé suisse*, 2ème éd., Berne, Ed. Staempfli, 1995, 461 p.
- J. KOSTERS et C. W. DUBBINK, *Algemeen deel van het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Haarlem, De Erven F. Bohn N.V., 1962, 936 p.
- J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, 4ème éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 692 p. (et la 3ème éd., 1997, 625 p.).
- R. A. LEFLAR, *American Conflicts Law*, 3ème éd., Bobbs-Merrill Co., Indianapolis, 1977, 688 p.
- Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 7ème éd., Paris, 2001, 832 p. (et la 6ème éd., 1999, 798 p.).
- A. LOWENFELD, *Conflict of Laws : Federal, State and International Perspectives*, 3ème éd., New York, Matthew Bender, 1998.
- P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 7ème éd., Précis Domat, Montchrétien, Paris, 2001, 729 p. (et la 6ème éd., 1998, 703 p.)
- J. MEEUSEN, *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht. Een analyse van het Belgische conflictenrecht*, Anvers, Intersentia, 1997, 565 p.
- A. MEZGHANI, *Droit international privé. Etats nouveaux et relations privées internationales. Système de droit applicable et droit judiciaire international*, Tunis, Cérés Productions, 1991, 419 p.
- J. C. H. MORRIS, *The Conflict of Laws*, 5ème éd., par D. MCCLEAN, Londres, Sweet & Maxwell, 2000, 592 p.
- F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Torino, Utet, 1999, 268 p.
- P. M. NORTH et J. J. FAWCETT, *Cheshire and North's Private International Law*, Londres, Butterworths, 1999, 1069 p.
- P. NYGH, *Conflict of Laws in Australia*, 6ème éd., Sydney/Adelaide, Butterworths, 1995, 600 p.
- J. O'BRIEN, *Smith's Conflict of Laws*, Londres, Cavendish Publishing Ltd., 1999, 652 p.
- P. PICONE et W. WENGLER, *Internationales Privatrecht*, Wege der Forschung vol. 398, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1974, 473 p.
- F. POCAR et C. HONORATI, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milano, Giuffrè editore, 1997, 243 p.
- L. RAAPE, F. STURM et U. LOCKEMANN, *Internationales Privatrecht*, 1. Allgemeine Lehren, 6ème éd., par F. Sturm, München, Vahlen, 1977, 478 p.
- E. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, I, 2ème éd. par U. DROBNIG, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1958, 803 p.
- L. RÉCZEI, *Internationales Privatrecht*, Budapest, Verlag der Ungarischen Akademie der Wissenschaften, 1960, 478 p.
- M. REIMANN, *Conflict of Laws in Western Europe. A Guide Through the Jungle*, New York, Transnational Publishers, 1995, 198 p.

- Restatement of the Law of Conflict of Laws*, American Law Institute, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1934, 814 p.
- Restatement of the Law of Conflict of Laws Second*, American Law Institute, St Paul, 1971, 3 vol.
- F. RIGAUX, *Droit international privé. I. Théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 1987, 386 p.
- F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé. II. Droit positif belge*, Bruxelles, Larcier, 1993, 923 p.
- J. C. FERNANDEZ ROZAS et S. SANCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 1999, 661 p.
- A. K. SCHNYDER, *Das neue IPR-Gesetz. Eine Einführung in das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, 188 p.
- A. K. SCHNYDER et M. LIATOWITSCH, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 2000, 321 p.
- F. SCHOCKWEILER, *Les conflits de lois et les conflits de juridiction en droit international privé luxembourgeois*, par J.-C. WIWINUS, Luxembourg, Ed. P. Bauler, 1996, 272 p.
- I. SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht, T.I Allgemeiner Teil*, 3ème éd., St Gallen, Dike Verlag, 2000, 407 p. (2ème éd.: 1990, 372 p.)
- M. SCHWIMANN, *Internationales Privatrecht*, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1993, 116 p.
- F. SCHWIND, *Internationales Privatrecht. Lehr- und Handbuch für Theorie und Praxis*, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1990, 255 p.
- E. F. SCOLES, P. HAY, P. J. BORCHERS et S. C. SYMEONIDES, *Conflict of laws*, 3ème éd., Hornbook Series, St. Paul, West Publishing Co., 2000, 1416 p.
- K. SIEHR, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich, Schulthess, 2002, 800 p.
- P. STONE, *The Conflict of Laws*, Longman, Londres/New York, 1995, 418 p.
- E. SYKES et M. C. PRYLES, *Australian Private international Law*, 3ème éd., Sydney, Law Book, 1991, 827 p.
- E. SYKES et M. C. PRYLES, *International and Interstate Conflict of Laws*, 2ème éd., Butterworths, Sydney, 1981, 966 p.
- S. C. SYMEONIDES, W. PERDUE et A. T. VON MEHREN, *Conflict of Laws : American, Comparative, International, Cases and Materials*, American Casebook Series, St. Paul, West, 1998, 940 p.
- L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privatrecht*, 6ème éd., Groningen, Wolters-Noordhoff, 2000, 295 p. (et la 5ème éd., 1995, 317 p.).
- W. TETLEY, *International Conflict of Laws. Common, civil and maritime*, Montreal, International Shipping Publications/Blais, 1994, 1103 p.
- M. TILBURY, G. DAVIS et B. OPEKIN, *Conflict of laws in Australia*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 1041 p.

- R. VANDER ELST et M. WESER, *Droit international privé belge et droit conventionnel international. I. Conflits de lois*, Bruxelles, Bruylant, 1983, 391 p.
- G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Série A.P.R., Bruxelles, Story-Scientia, 1989, 435 p.
- R. VAN ROOIJ et M. V. POLAK, *Private International Law in the Netherlands*, Deventer, Kluwer Law & Taxation Publishers, 1987, 337 p.
- CH. VON BAR, *Internationales Privatrecht, 1: Allgemeine Lehren*, München, Beck, 1987, 565 p.
- B. VON HOFFMANN, *Internationales Privatrecht : einschliesslich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, 6ème éd., München, Beck, 2000, 544 p.
- A. T. VON MEHREN et D. T. TRAUTMAN, *The Law of Multistate Problems. Cases and Materials on Conflict of Laws*, Boston/Toronto, Little, Brown & Comp., 1965, 1646 p.
- R. J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, 4ème éd., University Textbook Series, Mineola, Foundation Press, 2001, 810 p. (et la 3ème éd., 1986, 668 p.).
- W. WENGLER, *Internationales Privatrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1981, 2 vol., 1408 p.

* *
*

2. Monographies – thèses - cours

D. ALEXANDRE, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, Bibliothèque de droit privé t. 107, Paris, L.G.D.J., 1970, 429 p.

M. ANDREA, *Internationales Familienrecht*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, 424 p.

U. BANNIZA VON BAZAN, *Der Gerichtsstand der Sachzusammenhangs im EuGVÜ, dem Lugano Abkommen und dem deutschen Recht*, Frankfurt, Peter Lang, 1995, 191 p.

H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, 346 p.

ID., "Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux", *Recueil des cours*, 1967-I, t. 120, 165-190.

ID., "Le pluralisme des méthodes en droit international privé", *Recueil des cours*, 1973-II, t. 139, 75-148.

ID., *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, L.G.D.J., 1976, 504 p.

ID., *La philosophie du droit*, Collection Que sais-je ? n° 857, Paris, Presses Universitaires de France, 1981, 126 p.

P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments. The Preclusive Effect of Foreign Judgments in Private International Law*, Oxford Monographs in Private International Law, Oxford, Oxford University Press, 2001, 346 p.

H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands. Etude comparative*, Bibliothèque de Droit international privé vol. V, Paris, Dalloz, 1965, 224 p.

A. BÄUMER, *Die ausländische Rechtshängigkeit und ihre Auswirkungen auf das internationale Zivilverfahrensrecht*, Prozessrechtliche Abhandlungen n° 105, Köln/Berlin/München, Heymann, 1999, 221 p.

E.C. BAZAGA, *La litispendencia Comunitaria*, Coleccion Estudios Internacionales, vol. 23, Madrid, Eurolex, 1997, 288 p.

P. R. BEAUMONT et D. L. CORREY MILLER, *The Option of Litigating in Europe*, UK Comparative Law Series n° 14, Londres, UK National Committee of Comparative Law, 1993, 181 p.

C. BECKER, *First in Time, First in Right : Das Prioritätsprinzip im deutschen und US-amerikanischen Zwangsvollstreckungsrecht*, Schriften zum internationalen Recht vol. 115, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 132 p.

J. H. P. BELLEFROID, *Toelichting van het Nederlandsch-Belgisch Verdrag van 28 maart 1925 betreffende de betrekkelijke rechterlijke bewegheid, het faillissement, het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, scheiderechterlijke uitspraken en authentieke akten*, Nijmegen, Dekker & Van de Vegt, 1931, 165 p.

A. BERTELE, *Souveränität und Verfahrensrecht. Eine Untersuchung der aus dem Völkerrecht ableitbaren Grenzen staatlicher extraterritorialer Jurisdiktion im Verfahrensrecht*, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht vol. 20, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 660 p.

A. M. BITTIGHOFER, *Der internationale Gerichtsstand des Vermögens. Eine rechtsvergleichende Studie zur Zuständigkeit deutscher Gerichte aufgrund inländischer Vermögensbelegenheit*, Frankfurt, Peter Lang, 1994, 293 p.

- C. BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris II, Paris, L.G.D.J., 1995, 123 p.
- C. BLUM, *Forum non conveniens. Eine Darstellung der anglo-amerikanischen Doktrin und die Anwendungsmöglichkeiten im kontinentalen Recht am Beispiel der Zürcher Zivilprozessordnung*, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Vol. 43, Zürich, 1979, 206 p.
- W. BOSCH, *Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren*, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht n° 5, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1991, 229 p.
- B. BUCHNER, *Kläger- und Beklagerschutz im Recht der internationalen Zuständigkeit*, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht vol. 60, Tübingen, J.C.B. Mohr Siebeck, 1998, 170 p.
- A. BUCHSMANN, *Rechtshängigkeit im Ausland als Verfahrenshindernis : unter besonderer Berücksichtigung der Klagerhebung im französischen Zivilprozess*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung n° 524, München, VVF, 1996, 232 p. (diss München 1995).
- A. BURCKHARDT, *Internationale Rechtshängigkeit und Verfahrensstruktur bei Ebeurteilungen : Untersuchungen zum Eintritt der Rechtshängigkeit und der Identität des Streitgegenstandes bei konkurrierenden Verfahren zur Ebeurteilungen*, Thèse Heidelberg, s.n., s.l., 1997, 190 p.
- F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix du plaideur*, Bibliothèque de droit privé t. 201, Paris, L.G.D.J., 1988, 375 p.
- S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europea. Le convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, Torino, G. Giappichelli Ed., 1997, 277 p.
- CH. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, 2 vol., 753 p.
- S. CLAVEL, *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, Thèse Paris I, 1999, 532 p.
- N. COPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé t. 314, L.G.D.J., Paris, 1999, 431 p.
- L. COLLINS, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", *Recueil des Cours*, 1992-III, t. 234, 9-238.
- G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, Bibliothèque de droit privé t. 341, Paris, L.G.D.J., 2000, 409 p.
- G. R. DELAUME, *Law and Practice of Transnational Contracts*, New York, Oceana, 1988, 409 p.
- R. DE NOVA, "Historical and Comparative Introduction to the Conflict of Laws", *Recueil des Cours*, 1966-II, t. 118, 443-622.
- P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, Bibliothèque de droit privé t. 257, Paris, L.G.D.J., 1997, 313 p.
- N.-A. DIAB, *Le tribunal internationalement compétent en droit français et libanais*, Bibliothèque de droit privé t. 226, Paris, L.G.D.J., 1993, 244 p.
- A. DI BLASE, *Connessione e litispendenza nella Convenzione di Bruxelles*, Studi e pubblicazioni della rivista di diritto internazionale privato e procesuale n° 39, Padova, Cedam, 1993, 249 p.

- C. DOHM, *Die Einrede ausländischer Rechtshängigkeit in deutschen internationalen Zivilprozessrecht*, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft n° 98, Berlin, Ducker & Humblot, 1996, 328 p.
- CH. DORSEL, *Forum non conveniens (richterliche Beschränkung der Wahl des Gerichtsstandes im deutschen und amerikanischen Recht)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 217 p.
- G. A. L. DROZ, "Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours*, 1991-IV, t. 229, 9-424.
- T. J. H. ELSSEN, *Litispence between the International Court of Justice and the Security Council*, La Haye, T.M.C. Asser Instituut, 1986, 125 p.
- C. ERWAND, *Forum non conveniens und EuGVÜ*, Europäische Hochschulschriften Reihe 2 - Rechtswissenschaft n° 1922, Frankfurt a.M., P. Lang, 1996, 233 p.
- D. J. EVRIGENIS, "Tendances doctrinales en droit international privé", *Recueil des cours*, 1966-II, t. 118, 313-434.
- M. FALLON, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne", *Recueil des cours*, 1995, t. 253, 9-282.
- J. J. FAWCETT (éd.), *Defining Jurisdiction in Private International Law Reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law, Athens, August 1994*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 447 p.
- J. J. FAWCETT et P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford Monographs in Private International Law, Oxford, Clarendon Press, 1998, 760 p.
- J.-J. FORNER DELAYGUA, *Hacia un convenio mundial de 'exequatur'. Algunos aspectos del derecho estadounidense de interés para España*, Madrid, Bosch, 1999, 471 p.
- N. FRAGISTAS, "La compétence internationale en droit privé", *Recueil des cours*, 1961-III, t. 104, 159-272.
- F. GAMILLSCHEG, "Internationale Zuständigkeit und Entscheidungsharmonie im Internationalen Privatrecht", *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, n° 3, Karlsruhe, Verlag Müller, 1959, 29-42.
- H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation de compétence de juridiction en droit international privé*, Bibliothèque de droit international privé n° IV, Paris, Dalloz, 1965, 292 p.
- ID., *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil. Contribution à l'histoire de la compétence judiciaire internationale*, Travaux et recherches de la faculté de droit des sciences économiques de Paris, Série droit privé n° 1, Paris, PUF, 1964, 96 p.
- F. GERHARD, *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé*, Etudes suisses de droit international n° 112, Zürich, Schulthess, 2000, 658 p.
- I. S. GOLDREIN, K. WILKINSON et J. KERSHAW, *Commercial Litigation: Pre-emptive Remedies*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, 1242 p.
- W. J. HAU, *Positive Kompetenzkonflikte im internationalen Zivilprozessrecht. Überlegungen zur Bewältigung von multi-fora disputes*, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht n° 32, Frankfurt a.M., P. Lang, 1996, 272 p.

- G. HAZARD et M. TARUFFO, *American Civil Procedure. An Introduction*, New Haven, Yale University Press, 1993, 230 p.
- B. HEIDERHOFF, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit im Ehescheidungsverfahren*, Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht n° 184, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1998, 281 p.
- A. HELDRICH, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht vol. 36, Berlin/Tübingen, Walter de Gruyter/J. C. B. Mohr, 1969, 279 p.
- D. HENRICH, *Internationales Familienrecht*, 2ème éd., Frankfurt aM, Verlag für Standesamtswesen, 2000, 350 p.
- D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Bibliothèque de droit international privé, n° IX, Paris, Dalloz, 1970, 456 p.
- P. HUBER, *Die englische forum non conveniens-Doktrin und ihre Anwendung im Rahmen des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens*, Schriften zum internationalen Recht n° 68, Berlin, Duncker und Humblot, 1994, 243 p.
- S. ISENBURG-EPPLE, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen vom 27.9.1968*, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht n° 15, Frankfurt a.M., 1992, 281 p.
- D. JASPER, *Forum Shopping in England und Deutschland*, Schriften zum internationalen Recht n° 46, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 146 p.
- E. JAYME, "Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 1995, t. 251, 9-268.
- R. E. JÜRGENS, *IPR und Verfassung in Italien und in der Bundesrepublik Deutschland*, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht n° 10, Frankfurt, Peter Lang, 1990, 276 p.
- G. KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Schriftenreihe für internationales Recht und unternationale Beziehungen n° 29, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1980, 227 p.
- W. KENNET, *The Enforcement of Judgments in Europe*, Oxford Monographs in Private International Law, Oxford University Press, 2000, 435 p.
- K. D. KERAMEUS, "Enforcement in the International Context", *Recueil des Cours*, 1997, t. 264, 179-410.
- C. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis*, Coll. Etudes juridiques comparatives, Paris, Economica, 1987, 499 p.
- L. KILLIAS, *Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen*, Schweizer Studien zum internationalen Recht n° 84, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 283 p.
- P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, Bibliothèque de droit privé t. 240, Paris, L.G.D.J., 1994, 583 p.
- T. KLEINSTÜCK, *Die Process-Beschränkungen des Vermögensgerichtsstandes durch hinreichenden Inlandsbezug und Minimum Contacts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des US-amerikanischen und österreichischen Rechts*, Münchener Universitätschriften - Reihe der Juristischen Fakultät n° 103, München, C. H. Beck, 1994, 227 p.

- M. KOCH, *Unvereinbare Entscheidungen i.S.d. Art. 27 Nr 3 und 5 EuGVÜ und ihre Vermeidung*, Europäische Hochschulschriften, Série 2, n° 1366, Frankfurt a.M., Lang, 1993, 192 p.
- J.-P. KRAFFT, *Exorbitante Gerichtsstände im internationalen Zivilprozessrecht der Schweiz. Insbesondere nach dem Lugano-Übereinkommen*, Zürcher Diss., Huber Druck, Entlebuch, 1999, 379 p.
- X. E. KRAMER, *Het kort geding in internationaal perspectief*, Recht en praktijk n° 116, Deventer, Kluwer, 2001, 427 p.
- J. KROPHOLLER "Internationale Zuständigkeit", in *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, I, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht (ed.), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1982, 185-533.
- J. KURTH, *Inländischer Rechtsschutz gegen Verfahren vor ausländischen Gerichten*, Schriften zum Internationalen Recht n° 44, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 164 p.
- P. LAGARDE, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 1986-I, t. 196, 9-238.
- ID., "La réciprocité en droit international privé", *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 103-214.
- J. LAENENS, *De bewegbeidsoreenkomsten naar Belgisch recht*, Bibliotheek van Gerechtelijk Recht vol. X, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1981, 249 p.
- P. LALIVE, "Tendances et méthodes en droit international privé", *Recueil des cours*, 1977, t. 155, 1-424.
- M. LENENBACH, *Die Behandlung von Unvereinbarkeiten zwischen rechtskräftigen Zivilurteilen nach deutschem und europäischem Zivilprozessrecht*, Schriften zum Prozessrecht n° 130, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, 220 p.
- A. LOWENFELD, "Public Law in the International Arena : Conflict of Laws, International Law and Some Suggestions for Their Interactions", *Recueil des cours*, 1979-III, t. 163, 311-445.
- ID., *International Litigation and the Quest for Reasonableness. Essays in Private International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 243 p. (également paru in *Recueil des cours*, 1994-I, t. 245, 9-320).
- A. LOWENFELD et L. J. SILBERMAN, *The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments : Records of the Conference held at New York University School of Law on the Proposed Convention, April 30 - May 1st, 1999*, Yonkers, Juris Publishing, 2001, mult. pag.
- J. A. LÜPFERT, *Konnexität im EuGVÜ. Rechtsvergleichende Studie mit einem Vorschlag zur Weiterentwicklung des deutschen Rechts*, Schriften zum Prozessrecht Vol. 131, Berlin, Duncker und Humblot, 1997, 311 p.
- M. MAACK, *Englische antisuit injunctions im europäischen Zivilrechtsverkehr*, Schriften zum Prozessrecht vol. 152, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 229 p.
- J. MAHARI, *Zuständigkeitskonflikte zwischen Rechtsordnungen. Essays on the Present Confusion of International Economic Law*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1987, 124 p.
- F. A. MANN, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *Recueil des cours*, 1964-I, t. 111, 1-162.
- ID. "The Doctrine of Jurisdiction Revisited After Twenty Years", *Recueil des cours*, 1984-III, t. 186, 9-115.

R. MARENGO, *La litispendenza internazionale*, Biblioteca di diritto processuale n° 15, Turin, Giappichelli éd., 2000, 262 p.

F. MATSCHER, "Etude des règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales", *Recueil des cours*, 1978-III, t. 161, 127-228.

P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, Bibliothèque de droit international privé t. XVII, Paris, Dalloz, 1972, 244 p.

ID., "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *Recueil des cours*, 1989, t. 217, 319-454.

A. MIAJA DE LA MUELA, "Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international", *Recueil des cours*, 1972-I, t. 135, 1-96.

O. MERKT, *Les mesures provisoires en droit international privé*, thèse Neuchâtel, Entlebuch, Huber Druck, 1993, 219 p.

E. MILLEKER, *Negativer internationaler Kompetenzkonflikt. Versuch eines Beitrages zur Lehre vom Remot im internationalen Zivilprozess*, diss. München, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht Vol. 82, Bielefeld, Gieseking Verlag, 1975, 191 p.

K. P. MÖSSLE, *Extraterritoriale Beweisbeschaffung im internationale Wirtschaftsrecht. Eine vergleichende Untersuchung unter besondere Berücksichtigung des US-amerikanischen und deutschen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, 533 p.

H. NAGEL, *Auf dem Wege zu einem europäischen Prozessrecht*, Studien zum europäischen Wirtschaftsrecht n° 7, Baden-Baden, A. Lutzeyer, 1963, 113 p.

M. NIEGISCH, *Mehrspunigkeit des Internationalen Zivilverfahrensrechts in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft am Beispiel des Vereinigten Königreiches : die Doktrin forum non conveniens und das EuGVÜ*, thèse Heidelberg, Ruprecht-Karls-Universität, 1993, 295 p.

A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens (Etude de droit international privé comparé)*, Thèse dactyl., Université Libre de Bruxelles, 2002, 3 vol., 769 p.

K. OTTE, *Umfassende Streitentscheidung durch Beachtung von Sachzusammenhang – Gerechtigkeit durch Verfahrensabstimmung?*, 1998, Tübingen, Mohr Siebeck, 926 p.

C. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé t. 219, Paris, L.G.D.J., 1993, 360 p.

E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions. Etude de droit international privé*, Bibliothèque de droit privé t. 298, Paris, L.G.D.J., 1999, 517 p.

T. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und Prozessuale Gerechtigkeit. Die internationale Zuständigkeit im Zivilprozess zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik*, Juristische Abhandlungen Vol. 26, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1995, 879 p.

P. PICONE, "La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé", *Recueil des cours*, 1986-II, t. 197, 229-420.

ID., "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 1999, t. 276, 9-296.

- CH. PLATTO (éd.), *Economic Consequences of Litigation Worldwide*, La Haye, International Bar Association/Kluwer Law International, 1999, 445 p.
- J. A. PONTIER, *Conflictenrecht : grondslagen, methoden, beginselen en belangen. Een politiek liberaal perspectief*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1997, 463 p.
- A. QUINONES ESCAMEZ, *El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Madrid, Eurolex, 1996, 284 p.
- M. REQUEJO ISIDRO, *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (anti-suit injunctions)*, De conflictu legum – estudios de Derecho internacional privado n° 1, Univ. Santiago Compostella, 2000, 282 p.
- J.-M. REYMOND, *L'exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile suisse*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 369 p.
- F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Publications de la Revue Générale de droit international public n° 26, Paris, Pedone, 1977, 486 p.
- ID., “Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1989-I, t. 213, 9-408.
- ID., *La loi des juges*, Paris, éd. Odile Jacob, 1997, 319 p.
- K. SAFFERLING, *Rechtshängigkeit in deutsch-französischen Scheidungsverfahren*, Erlangen, Specht, 1996, 350 p.
- P. SANDERS, *Arbitration*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, Civil Procedure, Tübingen/Dordrecht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)/Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 179 p.
- H. SCHACK, *Jurisdictional Minimum Contacts Scrutinized. Interstaatlich und internationale Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte*, Heidelberg, Müller Jur. Verlag, 1983, 90 p.
- H. SCHAUWECKER, *Die Einrede der Litispendenz im eidgenössischen und zürcherischen internationalen Zivilprozessrecht*, Zürcher Studien zum internationalen Recht n°8, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1943, 117 p.
- P. SCHLOSSER, *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin no. 97, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 47 p.
- ID., “Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-Operation”, in *Recueil des cours*, 2000, t. 284, 9-430.
- J. SCHRÖDER, *Internationale Zuständigkeit. Entwurf eines System von Zuständigkeitsinteressen im zwischenstaatlichen Privatverfahrensrecht aufgrund rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtungen*, Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, vol. 47, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1971, 852 p.
- J. W. M. SCHRÖDER, *Gewolg van Rechtsgang in den Vreemde*, Ste Katharinadrukkerij, Brugges, 1927, 120 p.
- N. SCHULTE, *Die anderweitige (ausländische) Rechtshängigkeit im US-amerikanischen Zivilprozessrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 252 p.
- A. STAFYLA, *Die Rechtshängigkeit des EuGVÜ nach der Rechtsprechung des EuGH und der englischen, französischen und deutschen Gerichte*, Magisterarbeit Univ. Freiburg i. Br., Sinzheim, Pro-Universitate Verlag, 1998, 82 p.

R. STÜRNER, D. LANGER et Y. TANIGUCHI, *Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika*, W. J. HABSCHIED (éd.), Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, Verfahrensrechtsvergleichung und Schiedsgerichtswesen Vol. 3, Bielefeld, Gieseking Verlag, 1986, 177 p.

A. SINAY-CYTERMANN, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, Thèse Strasbourg, 1980.

M. TARUFFO (éd.), *Abuse of Procedural Rights. Comparative Standards of procedural fairness. Actes du colloque de l'International Association of Procedural Law tenu à la Tulane Law School, New Orleans, 27-30 oct. 1998*, La Haye/Boston, Kluwer Law International, 1999, 370 p.

PH. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence : étude de droit international privé*, Thèse multigr., Paris, 1981.

P. THIEFFRY & CH. LECUYER-THIEFFRY, *Le règlement des litiges civils et commerciaux avec les Etats-Unis*, Paris, Jupiter, 1986, 399 p.

G. VAN HECKE, "Principes et méthodes de solutions des conflits de lois", *Recueil des cours*, 1969, vol. 126, 399-571.

C. J. H. VAN LYNDEN, *Forum Shopping*, Londres, LLP, 1998, 303 p.

A. T. VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *Recueil des Cours*, 1980-II, t. 167, 9-112.

C. WADLOW, *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law The New Private International Law of Intellectual Property in the United Kingdom and the European Community*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998, 639 p.

U. WAHL, *Die Verfehlte internationale Zuständigkeit - Forum non conveniens und internationale Rechtsschutzbedürfnis*, Schriften zum Prozessrecht n° 34, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, 150 p.

G. WALTER et F. M. R. WALTHER, *International Litigation: Past Experiences and Future Perspectives*, Swiss Papers on European Integration n° 25, Bern/Zürich/Bruxelles, Stämpfli/Schulthess/Bruylant, 2000, 75 p.

M. WENGLER, "The General Principles of Private International Law", *Recueil des cours*, 1961-I, t. 104, 273-470.

M. WESER, *Traité franco-belge du 8 juillet 1899. Etude critique à la lumière des jurisprudences française et belge comparées, avec propositions de réforme*, Bruxelles/Paris, Larcier/Sirey, 1950, 395 p.

M. J. WHINCOP et M. KEYES, *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*, Ashgate, Aldershot, 2001, 228 p.

M. WITTIBSCHLAGER, *Rechtshängigkeit in internationale Verhältnissen*, Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen Vol. 64, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1994, 149 p.

3. Articles – communications – chroniques - rapports

3.1. Généralités sur les conflits de procédures

H. BAADE, "An Overview of Transnational Parallel Litigation : Recommended Strategies", *Reu Lit.*, 1981, 191-207.

S. B. BURBANK, "Jurisdictional Equilibration, the Proposed Hague Convention and Progress in National Law", *Am J. Comp. L.*, 2001, 203-247.

M. DOGAUCHI, "Parallele Verfahren in Japan und den USA", in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, J.C.B. Mohr, 1994, 163-184.

M. DOGAUCHI, "Concurrent Litigations in Japan and the United States", *Jap. Ann. Int'l L.*, 1994, 72-94.

M. FALLON, "L'appréciation, par le juge, de la compétence internationale en matière civile et commerciale", *Ann. Dr. Louvain*, 1994, 373-394.

J. FELLAS, "Parallel Proceedings", in *International Commercial Litigation 1999*, Commercial Law and Practice Course Handbook Series, New York, Practising Law Institute, 1999, (432 p.) 133-221.

CH. FRAGISTAS, "Problèmes résultant du conflit des règles sur la compétence judiciaire internationale", in *Aktuelle Probleme des internationalen Rechts*, Schriftenreihe der Deutschen Gruppe der AAA, Band I, Berlin, 1957, 102-128.

Y. FURUTA, "International Parallel Litigation. Disposition of Duplicative Civil Proceedings in Japan and the U.S.", *Pacific Rim L. & Policy J.*, 1995, 1-58.

R. GEIMER, "Kompetenzkonflikte im System des europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen", in *Festschrift für W. Kralik zum 65. Geburtstag Verfahrensrecht und Privatrecht*, W. H. RECHBERGER et R. WELSER (éds.), Vienne, Manzsche Verlag, 1986, 179-188.

J. P. GEORGE, "Parallel Litigation", *Baylor L. Rev.*, 1999, 769-986.

ID., "International Parallel Litigation – A Survey of Current Conventions and Model Laws", *Texas Int'l L. J.*, 2002, 499-540.

C. MCLACHLAN, "Third Interim Report : Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation", *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, 137-166.

L. W. NEWMAN et M. BURROWS, "Simultaneous Disputes in the United States and Abroad", *New York Law Journal*, 31 juillet 1997, p. DA.

M.-L. NIBOYET-HOEGY, "Les conflits de procédures", *T.C.F.D.I.P.*, 1995-1996, 71-88.

I. SZASZY, "Recognition of the Legal Effects of Foreign Civil Procedure", in *Festschrift Guldener*, 1973, 309-327.

L. E. TEITZ, "Taking Multiple Bites of the Apple : A Proposal to Resolve Conflicts of Jurisdiction and Multiple Proceedings", *Int. Lawyer*, 1992, 21-64.

ID., "International Litigation, I, Parallel Proceedings/ Antisuit Injunctions", *Int'l. Lawyer*, 1997, 317-321.

ID., "International Litigation, I, Parallel Proceedings : Treading Carefully", *Int'l. Lawyer*, 1999, 223-229.

ID., "International Litigation, I, Parallel Proceedings : Treading Carefully", *Int'l. Lawyer*, 1999, 403-409.

ID., "International Litigation. Parallel Proceedings and the Guiding Hand of Comity", *Int'l. Lawyer*, 2000, 545-553.

ID., "International Litigation. Parallel Proceedings : Moving Into Cyberspace", *Int'l. Lawyer*, 2001, 491-503.

M. TREVINO DE COALE, "Stay, Dismiss, Enjoin or Abstain? A Survey of Foreign Parallel Litigation in the Federal Courts of the United States", *Boston Univ. Int'l. L. J.*, 1999, 79-114.

A. D. VESTAL, "Repetitive Litigation", *Iowa Law Rev.*, 1960, 525-545.

ID., "Reactive Litigation", *Iowa Law Rev.*, 1961, 11-28.

3.2. Théorie et pratique des conflits de juridictions

H. BATIFFOL, "Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative", *N.T.I.R.*, 1962, 55-66.

P. J. BORCHERS, "Comparing Personal Jurisdiction in the U.S. and the European Community : Lessons for American Reform", *Am. J. Comp. L.*, 1992, 121 e.s.

G. B. BORN, "Reflections on Judicial Jurisdiction in International Cases", *Georgia J. Intl. L.*, 1987, 1 e.s.

M. FALLON et H. BORN, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1978-1982)", *J.T.*, 1983, 181-188, 197-225 et 229-235.

ID., "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1983-1985)", *J.T.*, 1987, 457-463, 473-485 et 493-499.

ID., "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1986-1990)", *J.T.*, 1992, 401-422 et 425-439.

J. J. FAWCETT, "Multi-party Litigation in Private International Law", *I.C.L.Q.*, 1995, 744-770.

H. GAUDEMET-TALLON, "La compétence judiciaire internationale à l'aube du XXIème siècle. Quelques tendances", *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, 123-148.

ID., "L'introuvable juge naturel", *Novagesimo anno. Mélanges en hommage à J. Gaudemet*, C. BONTEMS (éd.), Paris, PUF, 1999, 591-612.

ID., "Nationalisme et compétence judiciaire", *T.C.F.D.I.P.*, 1987-88, 171-199.

J. HILL, « Jurisdiction in Civil and Commercial Matters : Is There a Third Way? », *Current Legal Problems*, 2001, vol. 54, OUP, 438-476.

G. KAUFMANN-KOLHER, "Internet - mondialisation de la communication - mondialisation des la résolution des litiges ?", in *Internet. Which Court Decides? Which Law Applies?*, C. KESSEDIAN et K. BOËLE-WOELKI (éds.), La Haye, Kluwer Law International, 1998, 92-104.

W. KRÁLIK, "Die internationale Zuständigkeit", *Z.Z.P.*, 1961, 2-48.

H. KRONKE, "Distributie bepaalt attributie. Internationale Zuständigkeit zwischen Faustregel und Kodifikation", in *De internationale bewegelijkheid van de Nederlandse rechter volgens de nieuwe bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, NIPR numéro spécial, 1996, T.M.C. Asser Instituut, 44-66.

P. MAYER, "Droit au procès équitable et conflit de juridictions", in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 1996, 125-138.

K. H. NADELMANN, "Jurisdictionally Improper Fora", in *XXth Century Comparative and Conflicts Law: Legal Essays in Honor of H. E. Yntema*, K. Nadelmann (éd.), Leyden, Sijthoff, 1961, 321e.s.

P. H. NEUHAUS, "Internationales Zivilprozessrecht und internationales Privatrecht", *RebelsZ.*, 1955, 201-269.

T. PFEIFFER, "Materialisierung und Internationalisierung der internationale Zuständigkeit", in *50 Jahre BGH. Festgabe aus der Wissenschaft*, C.-W. CANARIS (éd.), München, Beck, 2000, III, 617-653.

H. SCHACK, "Perspektiven eines weltweiten Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommens", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, 306-334.

ID., "Entscheidungszuständigkeiten in einem weltweiten Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1998, 931-956.

A. DE SCHOUTHEETE et A. NUYS, "Belgium", in *Serving Process and Obtaining Evidence Abroad*, Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 1998, S. COTTER (éd.), Center for International Law Studies, Londres, Kluwer Law International, 55-114.

P. SCHLOSSER, «Jurisdiction in International Litigation - the Issue of Human Rights in Relation to National Law and to the Brussels Convention», *Riv. Dir. Int.*, 1991, 5-34.

P. SCHLOSSER, "Einschränkung des Vermögensgerichtsstandes", *IPRax*, 1992, 140-144

L. SILBERMAN, "Developments in Jurisdiction and Forum Non Conveniens in International Litigation : Thoughts on Reform and a Proposal for a Uniform Standard", *Texas. Int'l. L. J.*, 1993, 501-530.

H. SMIT, "Common and Civil Law Rules of In Personam Jurisdiction Adjudication Authority : An Analysis of Underlying Policies", *I.C.L.Q.*, 1972, 335 e.s.

I. SZASZY, "Allgemeine Grundsätze zur Bestimmung des Gerichtsbarkeit im internationalen Zivilprozessrechts", *Öst. Z. für öff. R.*, 1965, 422-441.

B. VON HOFFMANN, "Gegenwartsprobleme internationale Zuständigkeit", *IPRax*, 1982, 217-222.

A. T. VON MEHREN et D. T. TRAUTMAN, "Jurisdiction to Adjudicate : A Suggested Analysis", *Harvard Law Review*, 1966, 1121-1179.

ID., "Adjudicatory Jurisdiction : General Theories Compared and Evaluated", *Boston Univ. L. Rev.*, 1983, 279-340.

ID., "Jurisdiction to Adjudicate : Reflections on the Role and Scope of Specific Jurisdiction", *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalire*, Basel, Helbing & Lichtenhan, 1993, 557-576.

ID., "Recognition and Enforcement of Sister-State Judgments ; Reflections on General Theory and Current Practices in the EEC and the US", *Columbia L. Rev.*, 1981, 1044 e.s.

A. T. VON MEHREN et D. T. TRAUTMAN, "Recognition of Foreign Adjudications : a Survey and a Suggested Approach", *Harvard L. R.*, 1968, 160 e.s.

M. WHINCOP, « Three Positive Theories of International Jurisdiction », *Univ Melbourne L. Rev.*, 2000, 379 e.s.

3.3. Le rôle du for dans le contentieux international privé

A. S. BELL, "The Why and Wherefore of Transnational Forum Shopping", *Australian Law Journal*, 1995, 124-142.

T. R. BRYMER, "Le 'forum shopping' ou la course à la compétence : la réponse des tribunaux anglais", *Revue française de droit aérien*, 1992, 9-23.

M. CHECA MARTINEZ, "Fundamentos y limites del forum shopping : modelos europeo y angloamericano", *R.D.I.P.P.*, 1998, 521-556.

B. J. DAVENPORT, "Forum Shopping in the Market", *L.Q.R.*, 1995, 366-371.

F. DASSER, "Der Kampf ums Gericht", *Revue de Droit Suisse*, 2000, 253-272.

J. J. FAWCETT, "Trial in England or Abroad : The Underlying Policy Considerations", *Oxford J.L.S.*, 1989, 205-229.

G. FLECHEUX et I. HAUTOT, "Le forum shopping", *Droit et pratique du commerce international*, 1988, (vol. 14), 389-402.

O. HATWIEG, "Forum Shopping zwischen Forum non conveniens und 'hinreichendem Inlandsbezug'", *J.Z.*, 1996, 109-118.

G. HOGAN, "The Brussels Convention, *Forum non conveniens* and the Connecting Factors Problem", *Eur. L. Rev.*, 1995, 471-493.

F.K. JUENGER, "Der Kampf ums Forum", *RabelsZ.*, 1982, 708-716.

ID., "Forum shopping, Domestic and International", *Tulane L. Rev.*, 1989, 553-574.

F. K. JUENGER, "What's Wrong with Forum Shopping?", *Sydney Law Review*, 1994, 5-13.

ID., "Judicial Control of Improper Forum Selection : Some Random Remarks and a Comment on How Not To Do It", in *International Dispute Resolution : the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Irvington, Transnational Publishers Inc., 1997, 311-324.

C. KESSEDIAN, "Judicial Regulation of Improper Forum Selection", in *International Dispute Resolution : the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Irvington, Transnational Publishers Inc., 1997, 273-294.

N. KHAN, "Forum Shopping and the Brussels Convention", in *Questions spéciales de la Convention de Bruxelles*, K. KERAMEUS (éd.), European Institute of Public Administration, Athènes, Ed. Sakkoulas, 109-123.

J. KROPHOLLER, "Das Unbehagen am forum shopping", in *Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag*, D. HEINRICH et B. VON HOFFMANN (éds.), München, C.H. Beck, 1985, 165-173.

B. R. OPEKIN, "The Price of Forum Shopping: A Reply to Professor Juenger", *Sydney Law Review*, 1994, 14-27.

S. PEARL, "Forum shopping in the EEC", *I.B.L.*, 1987, 391-394.

G. H. ROTH, "Zulässiges forum shopping", *IPRax*, 1984, 183-185.

K. SIEHR, "'Forum Shopping' im internationalen Rechtsverkehr", *Z. f. RVgl.*, 1984, 124-144.

E. J. SILVA, "Practical Views on Stemming the Tide of Foreign Plaintiffs and Concluding Mid-Atlantic Settlements", *Texas Int'l L. J.*, 1993, 479-500.

H. VAN HOUTTE, "International forumshopping bij onrechtmatige daad", *Mélanges Roger O. Daloz. Responsabilités et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, 575-590.

C. WASSERTEIN-FASSBERG, "The Forum : its Role and its Significance in Choice-of-Law", *Z.Vgl. Reiss.*, 1985, 1-44.

R. J. WEINTRAUB, "The United States as a Magnet Forum and What, If Anything, To Do About It", in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Irvington, Transnational Publishers Inc., 1997, 213-236.

ID., "When and How to Demagnetise Magnet Forums", *King's College Law Rev.*, 2001, 195 e.s.

X, "Forum Shopping Reconsidered", *Harv L. Rev.*, 1990, 1677-1696.

3.4. Conflits de procédures et Conventions de Bruxelles et de Lugano

M. BERNHEIM, "Rechtshängigkeit und im Zusammenhang stehende Verfahren nach dem Lugano-Übereinkommen", *S.J.Z.*, 1994, 133-144.

S. BERTI, "Gedanken zur Klageerhebung vor schweizerischen Gerichten nach Artikel 21-23 des Lugano-Übereinkommens", in *Recht und Durchsetzung: Festschrift für H. U. Walder zum 65. Geburtstag*, I. MEIER (éd.), Zürich, Schulthess, 1994, 307-321.

H. BOULARBAH, "La notion de 'mêmes parties', condition de la litispendance communautaire", note sous C.J.C.E., 19 mai 1998, *J.T.*, 1998, 774-776.

A. BRIGGS, "How soon is an English Court Seised (Revisited)" *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1994, 470-473.

C. DE MEYER, "Bedenkingen bij het fenomeen van de 'Belgische Torpedo'", *I.R.D.I.*, 1999, 76-84.

B. DUTOIT, "Comment articuler l'article 21 de la Convention de Lugano et l'article 9 al. 2 LDIP en matière de litispendance", in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Pouchet*, J. HALDY, J.-M. RAPP et P. FERRARI (éds.), Lausanne, Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, 1999, 19 e.s.

- M. FRANZOSI, "Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo", *E. I. P. R.*, 1997, 382-385.
- H. GAUDEMET-TALLON, «Litispendance et connexité en droit européen et en droit international : la règle *prior tempore...* », *Dalloz Affaires*, 1996, 474-478.
- R. GEIMER, "English Substituted Service (Service by an Alternative Method) and the Race to the Courthouses", in *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, R. GEIMER (éd.), München, C.H. Beck, 1999, 205-219.
- U. P. GRUBER, "Die neue 'europäische Rechtshängigkeit' bei Scheidungsverfahren. Zur EG-Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder", *FamRZ.*, 2000, 1129-1135.
- P. HERZOG, "Brussels and Lugano Conventions, Should you Race to the Courthouse or Race for a Judgment?", *Am J. Comp. L.*, 1995, 379-399.
- P. HÜBER, "Neues aus England zu Artt. 21, 22 EuGVÜ", *IPRax*, 1993, 114-118.
- ID., "Art. 21 EuGVÜ und Rechtshängigkeit in England - Ente der Debatte", *IPRax*, 1995, 332-334.
- ID., "Fragen zur Rechtshängigkeit im Rahmen des EuGVÜ - Deutliche Worte des EuGH", *J.Z.*, 1995, 603-611.
- S. ISENBURG-EPPLE, "Grenzen des Ermessens in Art. 21 II des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens vom 27.9.1968", *IPRax*, 1992, 69-71.
- O. KAUFMANN, "Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in den Mitgliedstaaten des Brüsseler / Liganer Übereinkommens : Frankreich", *Forum des internationalen Rechts*, 199, 7-9.
- P. KAYE, "The Date Upon Which An English Court Becomes 'Seised' of Proceedings Under The Brussels Convention : Issue or Service of Process?", *Journal Bus. L.*, 1995, 217-242.
- F. KNOEPFLER et S. OTHENIN-GIRARD, "Naissance de la litispendance : l'articulation de la Convention de Lugano et du droit fédéral (art. 21 CL, 9 LDIP, 136 nCC)", in *Mélanges en l'honneur de C. A. Carnata*, R. RUEDIN (éd.), Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1999, 383-396.
- O. LANDO, "Being First. On Uses and Abuses of the Lis Pendens under the Brussels Convention", in *Modern Issues in European Law Nordic Perspectives. Essays in Honour of L. Palsson*, G. MELANDER (éd.), Stockholm, Norstedts Juridisk, 1997, 105-122.
- H. LINKE, "Ausgewählte Probleme der Rechtshängigkeit und der Urteilsanerkennung" in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe. Actes du colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen*, Cour de Justice des Communautés européennes (éd.), Londres, Butterworths, 1993, 157-168.
- A. L. MALATESTA, "Litispendenza e riconoscibilità di sentenze nella convenzione di Bruxelles del 1968", *R.D.I.P.P.*, 1994, 511-538.
- M.-A. MICHINEL ALVAREZ, "Litispendencia comunitaria : interés idéntico equivale a identidad de partes?", *Revista Jurídica Española La Ley*, 1998, 1781-1783.
- G. MÖLLER, "The Date Upon which a Finnish and a Swedish Court Becomes Seised for the Purposes of the European Judgment Conventions", in *E Pluribus Unum Liber Amicorum G. L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law*, A. BORRAS et al. (éds.), Martinus Nijhoff, Den Haag, 1996, 219-233.

- K. OTTE, "Verfahrenskoordination im EuGVÜ. Zur angemessenen Gewichtung von Feststellungs- und Leistungsklage", in *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, R. GEIMER (éd.), München, C.H. Beck, 1999, 619-641.
- K. OTTE, H. PRÜTTING et H. DEDEK, "The GROTIUS Program: Proposals for Amending Article 21 and 22 of the Brussels Convention", *Eur. Rev. Private L.*, 2000, 257-279.
- K. OTTE, "Verfahrenskoordination und einstweiliger Rechtsschutz bei der Verletzung eines europäischen Patents", note sous LG Düsseldorf, 27 janvier 1998, *IPRax*, 1999, 440-443.
- ID., "Verfahrenskoordination im europäischen Zivilprozessrecht. Zur angemessenen Gewichtung von Feststellungs- und Leistungsklage", in *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, R. GEIMER (éd.), München, Beck, 1999, 619-641.
- L. PALSSON, "Lis Pendens under the Brussels and Lugano Conventions", in *Festkrift till Stig Strömholm*, II, A. FRANDBERG et al. (éds.), Iustus Forlag, Uppsala, 1997, 709-722.
- M. PERTEGÁS SENDER, "Aanhangigheid, samenhang en voorlopige maatregelen", in *Europese ipr-verdragen*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éds.), Leuven, Acco, 1997, 115-139.
- H. PRÜTTING, "Die Rechtshängigkeit im internationalen Zivilprozessrecht und der Begriff des Streitgegenstandes nach Art. 21. EuGVÜ", in *Gedächtnisschrift für A. Luedderitz*, H. SCHACK (éd.), München, Beck, 2000, 623-633.
- T. RAUSCHER, "Rechtshängigkeit nach dem EuGVÜ", *IPRax*, 1985, 317-321.
- T. RAUSCHER et U. GUTKNECHT, "Teleologische Grenzen des Art. 21 EuGVÜ?", *IPRax*, 1993, 21-24.
- H. RÜRMAN, "Negative Feststellungsklage und Leistungsklage sowie der Zeitpunkt der endgültigen Rechtshängigkeit im Rahmen des EuGVÜ", *IPRax*, 1995, 76-80.
- H. SCHACK, "Rechtshängigkeit in England und Art. 21 EuGVÜ", *IPRax*, 1991, 270-274.
- R. A. SCHÜTZE, "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens nach dem EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen", *R.I.W.*, 1975, 78-80.
- M. SIMONS, "Die Identität von Streitgegenstand und Parteien in Art. 21 EuGVÜ", *Forum des internationalen Rechts*, 1996, 61 e.s.
- S. TIENENTHALER, "Die Streitanhängigkeit nach Art. 21 Lugano-Übereinkommen", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung. Int. Privatrecht und Europarecht*, 1997, 67-76.
- B. VAN DEN BELD, "Connexiteit en litispentie in het EEG-Executieverdrag", in *Leidsche Procesrechtelijke geschriften*, vol. 5, 1990, 1 e.s.
- H. VAN HOUTTE, "Wanneer verliest de Belgische rechter rechtsmacht over de beëindiging van een concessieovereenkomst omdat de zaak bij een andere EEX-rechter aanhangig is?", note sous Comm. Bruxelles, 31 mars 1994, *R.D.C.B.*, 1995, 420-428.
- O. VOGEL, "Der Eintritt der Rechtshängigkeit nach Art. 21 und 22 des Lugano-Übereinkommens", *S.J.Z.*, 1994, 301-309.

C. WOLF, "Rechtshängigkeit und Verfahrenskonzentration nach EuGVÜ", *Eu.Z.W.*, 1995, 365-367.

A. ZEUNER, "Zum Verhältnis zwischen internationaler Rechtshängigkeit nach Art. 21 EuGVÜ und Rechtshängigkeit nach den Regeln der ZPO", *Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts. Festschrift für G. Lüke zum 70. Geburtstag*, H. Prütting (éd.), München, Beck, 1997, 1003 e.s.

3.5. Litispendance et connexité internationale

D. AMMAR, "De la litispendance et de la connexité en droit international privé ou rester aveugle et lier les mains du juge", note sous Cass., 22 juin 1999, *Dalloz Cahier droit des affaires*, 2000, 211 e.s.

P. ARMINJON, "Litispendance et connexité", in *Répertoire de Droit international*, A. DE LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET (éds.), IX, Paris, Sirey, 1931, 9-20.

R. BACCARA, "Litispendance et connexité dans la Convention franco-belge de 1899", *B.J.*, 1935, 33-43.

J. BASEDOW, "Parallele Scheidungsverfahren im In- und Ausland", *IPRax*, 1983, 278-281.

S. BAUMGARTNER, "Related Actions", *ZZP Int.*, 1998, 203-224.

J. BISSON, "L'étranger qui assigne un Français devant un tribunal étranger ne peut plus saisir les tribunaux français de la même demande, alors que le Français a accepté la juridiction étrangère", note sous Caen, 2 juillet 1890, *Pand. fr. pér.*, 90.2.195.

A.S. DE BUSTAMANTE, "La litispendencia ante un tribunal extranjero", *Revista del Foro*, 1895, 245 e.s.

C. CONSOLO, "Profili della litispendenza internazionale", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1997, 5-77.

S. CARBONE, "Il Regime Della Litispendenza Nelle Convenzione Dell'Aja E Di Bruxelles", *R.D.I.P.P.*, 1969, 7-22.

M. EKELMANS, "Note sur la litispendance internationale", *R.D.C.B.*, 1993, 1089-1104.

P. FEDOZZI, "La litispendenza nei rapporti di giurisdizioni di Stati diversi e l'azione di divorzio intentata e perfezionata all'estero", *La procedura*, 1898.

G. FINGER, "Ausländische Rechtshängigkeit und inländisches Scheidungsverfahren", *Familie & Recht (FUR)*, 1999, 310 e.s.

G. FLAISCHEN, "L'autorité de la chose jugée et la litispendance internationale en droit international privé", *Reu. dr. int.*, 1896, 665 e.s.

U. FRITZE, "Doppelte Rechtshängigkeit in USA und Deutschland. Eines bemerkenswertes Urteil des United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit", in *Festschrift für Ralf Vieresse zum 70. Geburtstag am 6. November 1995*, J. F. BAUR, R. JACOBS, M. LIEB et P.-C. MÜLLER-GRAFF (éds.), Berlin, Walter de Gruyter, 1995, 241-252.

H. GAUDEMET-TALLON, "La litispendance internationale dans la jurisprudence française", in *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, 122-134.

- R. GEIMER, "Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit und Justizgewährungsanspruch", *N.J.W.*, 1984, 527-530.
- C. GHIARDINI, « La litispendenza nel diritto processuale civile internazionale », *Riv. dir. internazionale*, 1907, vol. 2, 229-250 et 318-334.
- P. GRIPPO, A. RIVIER et P. FIORE, "La litispendenza ne' rapporti de' Tribunali stranieri", *Rivista di diritto internazionale e di legislazione comparata*, 1898, 263 e.s.
- P. U. GRUBER, "Die ausländische Rechtshängigkeit bei Scheidungsverfahren", *FamRZ.*, 1999, 1563-1568.
- W. J. HABSCHEID, "Bemerkungen zur Rechtshängigkeitsproblematik im Verhältnis der BRD und der Schweiz einerseits und den USA andererseits", in *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, H. BERNSTEIN, U. DROBNIG et H. KÖTZ (eds.), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1981, 109-125.
- ID., "Zur Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *RebelsZ.*, 1967, 254-274.
- ID., "Non-licet bei ausländischer Rechtshängigkeit", in *Rechtserhaltung und Rechtsentwicklung Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag*, K. Kuchinke (éd.), München, Beck, 1970, 429-447.
- W. J. HAU, "Rechtshängigkeitsperre durch paralleles Scheidungsverfahren in Tennessee", *IPRax*, 1995, 80-82.
- D. HEINRICH, "Zur Berücksichtigung der ausländischen Rechtshängigkeit von Privatscheidungen", *IPRax*, 1995, 86-89.
- D. HOLLEAUX, "La litispendance internationale", *Travaux Com. Fr. DIP*, 1971-73, 203-230.
- H. HOYER, "Zur Streitanhängigkeit im österreichischen internationalen Zivilprozessrecht", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1969, 241-261.
- A. HUET, "Litispendance et connexité internationales", *Juris-dasseur Droit international*, Paris, 1995, Fasc. 581-43.
- E. JAYME, "La litispendance internationale et le commerce juridique franco-allemand", in *Internationale vertragliche Beziehungen*, Jurist. Fak. Der Univ. Heidelberg (éd.), Gemeinsames Seminar der Jurist Fakultäten von Montpellier und Heidelberg n° 24, Heidelberg, 1993, 31-37.
- E. JAYME, "Rechtshängigkeit kraft Verbunds im Ausland und inländisches gesondertes Unterhaltsverfahren", *IPRax*, 1987, 295-297.
- E. KAISER et M. PRAGER, "Rechtshängigkeit im Ausland nach ausländischem Prozeßrecht", *R.I.W.*, 1983, 667-670.
- W. KENNET, "Lis Alibi Pendens. A View from the United Kingdom", in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIIMAN et al. (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1999, 103-126.
- K. D. KERAMEUS, "Rechtsvergleichende Bemerkungen zur internationalen Rechtshängigkeit", in *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, P. GOTTWALD et H. PRÜTTING (éds.), München, 1990, 257-268.
- ID., "Problemi attuali della litispendenza internazionale nel processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, 1001 e.s.

- M. KRUSCHE, "Entgegenstehende ausländische Rechtshängigkeit - Prozessuale Nachteile für deutsche Kläger", *M.D.R.*, 2000, 677-682.
- O. LANDO, "On Uses and Abuses of the Lis Pendens under the Brussels Convention", in *Modern Issues in European Law Nordic Perspectives. Essays in Honour of L. Palsson*, G. MELANDER (éd.), Stockholm, Norstedts Juridisk, 1997, 105-122.
- R. LEDOUX, « Les disparités des traités d'exequatur au sujet de la litispendance », *J.T.*, 1972, 725-726.
- D. LEIPOLD, "Internationale Rechtshängigkeit, Streitgegenstand und Rechtsschutzinteresse - Europäisches und Deutsches Zivilprozessrecht im Vergleich", in *Gedächtnisschrift S. Arens*, D. LEIPOLD (éd.), München, Beck, 1993, 227-249.
- ID., "Vom nationalen zum europäischen Zivilprozessrecht, Rechtshängigkeit, Rechtskraft und Urteilkollision", in *Vom nationalen zum transnationalen Recht*, K. KROESCHELL et A. CORDES (éds.), Heidelberg, Müller Jur. Verlag, 1995, 67 e.s.
- H. LINKE, "Zur Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens vor deutschen Gerichten", *IPRax*, 1982, 229-231.
- ID., "Anderweitige Rechtshängigkeit im Ausland und inländischer Justizgewährungsanspruch", *IPRax*, 1994, 17-19.
- M. A. LUPOI, "Litispendenza internazionale e riconoscimento delle sentenze straniere in Italia : due normative allo specchio", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, 1215-1270.
- G. LUTHER, "Die Grenzen der Sperrwirkung einer ausländischen Rechtshängigkeit", *IPRax*, 1984, 141-143.
- F. MÄNHARDT, "Die Doppelprozessführung im schweizerisch-österreichischen Verhältnis - Ein Fall zur 'Internationalen Rechtshängigkeit' in Ehescheidungsprozess", in *Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht. Festschrift F. Matscher zum 65. Geburtstag*, O. J. BALLON (éd.), Vienne, Manz, 1993, 339-347.
- H.-P. MANSEL, "Inländische Rechtshängigkeitssperre durch ausländische Streitverkündungen", *IPRax*, 1990, 214-216.
- P. NYGH, « Lis Alibi Pendens / Litispendance : Issues and Proposals. A Further Discussion Paper », étude réalisée pour le comité 'O' de l'International Law Association, s.l., s.d., 20 p.
- L. PALSSON, "The Institute of Lis Pendens in International Civil Procedure", *Scand. St. L.*, 1970, 59-108.
- H. H. PHEAR, "De l'exception de litispendance à raison d'une instance pendante devant un tribunal étranger d'après la jurisprudence anglaise", *J.D.I.*, 1891, 459-465.
- T. RAUSCHER, "Ausländische Rechtshängigkeit und Rechtsschutzeinwand", *IPRax*, 1986, 274-277.
- ID., "Rechtshängigkeitseinwand bei belgischem Parallelverfahren", *IPRax*, 1994, 188-191.
- A. SACERDOTI et CH. LYON-CAEN, "De la litispendance dans les rapports entre les juridictions d'Etats différents. Rapport et projet de conclusions présentés au nom de la Commission, Institut de droit international, Sixième commission, Session de Venise", *Ann. de l'Institut Dr. Intl.*, vol. 15, 1896, 85-98.

- T. SAWAKI, "Battle of Lawsuits : Lis Pendens in International Relations", *Japanese Annual of International Law*, 1979-80, 17-29.
- H. SCHACK, "Widersprechende Urteile : Vorbeugen ist besser als Heilen", *IPRax*, 1989, 139-142.
- ID., "Die Versagung der deutschen internationalen Zuständigkeit wegen forum non conveniens und lis alibi pendens", *RabelsZ.*, 1994, 40-58.
- B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève n° 50, Genève, Librairie de l'Université, 1976, 295-315.
- E. SCHUMANN, "Internationale Rechtshängigkeit (Streitanhängigkeit)", *Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag, Verfahrensrecht - Privatrecht*, W. RECHBERGER et al. (éds.), Vienne, Manzsche Verlag, 1986, 301-316.
- R. A. SCHÜTZE, "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *N.J.W.*, 1963, 1486-1487.
- ID., "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *N.J.W.*, 1964, 337 e.s.
- ID., "Doppelte Rechtsverfolgung im In- und Ausland", *Der Betrieb*, 1967, 497-499.
- ID., "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *RabelsZ.*, 1967, 233-253.
- ID., "Die Wirkungen ausländischer Rechtshängigkeit im inländischer Verfahren", *Z.Z.P.*, 1991, 136-149.
- I. SCHWANDER, "Ausländische Rechtshängigkeit nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen", *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht. Festschrift für O. Vogel*, I. SCHWANDER et al (éds.), Fribourg, Universitätsverlag, 1991, 395-418.
- K. D. SCHWEIKERT, "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *N.J.W.*, 1964, 336 e.s.
- K. SIEHR, "Rechtshängigkeit im Ausland und des Verhältnis zwischen staatsvertraglichen sowie autonomen Anerkennungsvorschriften", *IPRax*, 1989, 93-96.
- E. SPIRO, "The Defence of Lis Alibi Pendens", *Comp. Int. L. J. S. Afr.*, 1976, 89-98.
- M. A. VIVEIRA, "La litispendencia en el derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1972, 395-424.
- O. VOGEL, "Auf dem Wege zur Rechtseinheit bei Rechtshängigkeit und materieller Rechtskraft", *Recht. Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis*, 1989, 129-138.
- ID., "Rechtsängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhältnis", *S.J.Z.*, 1990, 77-85.
- ID., "Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Rechtsverhältnis", *Revue suisse de jurisprudence/Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1990, 77-85.

C. C. A. VOSKUIL, "La litispendance en droit international privé néerlandais", in *De conflictu Legum Bundel opstellen aangeboden aan R.D. Kolléwijn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, 502-513.

M. WESER, « Quelques réflexions au sujet de l'arrêt de la Cour de cassation de France du 26 novembre 1974. Importance de l'admission de la litispendance internationale par l'arrêt de la Cour de cassation de France », *J.T.*, 1976, 73-77.

X., "Concurrent proceedings in different countries", *The Solicitors' Journal*, 1892, 341-343.

V. YSEUX, "La litispendance dans les relations internationales", *J.T.*, 1892, et également in *J.D.I.*, 1892, 862-874.

3.6. Doctrine du forum non conveniens

A. J. ADRIAN ARNAIZ, "Forum non conveniens y Forum shopping e el sistema comunitario de competencia judicial y ejecucion de sentencias", *R.E.E.*, 1992, 47 e.s.

A. BARMAL et D. ELVIN, "Forum Non Conveniens - Where Do We Go From Here?", *L.Q.R.*, 1985, 48-67.

R. W. BAX, "Forum non conveniens in het Engelse en het Nederlandse recht", *Ans Aequi*, 1998, numéro spécial droit anglo-américain, 458-464.

J. J. DE BOKX, "Forum non conveniens in de V.S. : effectief wapen tegen Nederlandse slachtoffers?", *Advocatenblad*, 1992, 374-378.

P. BEAUMONT, "Conflicts of Jurisdiction in Divorce Cases : Forum non conveniens", *I.C.L.Q.*, 1987, 116-131.

S. BEERNAERT et A. COIBION, "La doctrine du forum (non) conveniens - Réconciliation avec le texte de la Convention de Bruxelles", *J.T.*, 2000, 409-419.

C. BERNASCONI et A. GERBER, "La théorie du forum non conveniens - un regard suisse", *IPRax*, 1994, 3-10.

P. BLAIR, "The Doctrine of Forum non Conveniens in Anglo-American Law", *Colum. L. Rev.*, 1929, 1 e.s.

R. CARO GANDARAR, "Forum non conveniens y Convenio de Bruselas : quiebras de un modelo de atribucion de competencia judicial internacional", *Revista Espanola de Derecho Internacional*, 1995, 55-81.

L. COLLINS, "Forum Non Conveniens and the Brussels Convention", *LQR*, 1990, 535-539.

H. DUINIJER TEBBENS, "The English Court of Appeal in *re Harrods* : an Unwelcome Interpretation of the Brussels Convention", in *Law and Reality. Essays on National and International Procedural Law in Honour of C.C.A. Voskuil*, M. SUMAMPOUW et al. (éds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, 47-61.

D. W. DUNHAM et E. F. LADBACH, "Forum Non Conveniens and Foreign Plaintiffs in the 1990's", *Brooklyn J. Int'l L.*, 1999, 665 e.s.

- M. ESPTEIN, "An Examination of the 'Adequacy of the Alternative Forum' Factor in *Forum non conveniens* Determination", in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Irvington, Transnational Publishers Inc., 1997, 295-310.
- J. J. FAWCETT, "Lis Alibi Pendens and the Discretion to Stay", *M.L.R.*, 1984, 481-486.
- R. FENTIMAN, "Jurisdiction, Discretion and the Brussels Convention", *Cornell Int'l L.J.*, 1993, 59-99.
- H. GAUDEMET-TALLON, "Le 'forum non conveniens', une menace pour la convention de Bruxelles? (A propos de trois arrêts anglais récents)", *R.C.D.I.P.*, 1991, 491-524.
- H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON, "L'incompétence internationale discrétionnaire du juge anglais et ses limites. L'arrêt de la Chambre des Lords du 10 avril 1973 (*Atlantic Star c Bona Spes*)", *R.C.D.I.P.*, 1974, 607-624.
- H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON, "Compétence internationale et dettes de monnaie étrangère devant la Chambre des Lords - Nouveaux développements", *R.C.D.I.P.*, 1979, 697 e.s.
- E. GROFFIER, "La doctrine du forum non conveniens gagne-t-elle du terrain au Québec?", *Revue du Barreau*, 1980, 123 e.s.
- S. GUILLEMARD, A. PRUJINER et F. SABOURIN, "Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois", *Les Cahiers du Droit*, 1995, 913-951.
- O. HATWIEG, "Forum Shopping zwischen Forum non conveniens und 'hinreichendem Inlandsbezug'", *J.Z.*, 1996, 109-118.
- P. HERZOG, "La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain : un aperçu", *R.C.D.I.P.*, 1976, 1-41.
- G. HOGAN, "The Brussels Convention, *Forum non conveniens* and the Connecting Factors Problem", *Eur. L. Rev.*, 1995, 471-493.
- J. JACOB, "Choice of Appropriate Court - Forum non Conveniens", *Civil Justice Quarterly*, 1987, 89-94.
- E. JAYME, "Zur Übernahme der Lehre vom 'forum non conveniens' in das deutsche Internationale Verfahrensrecht", *Das Ständesamt, Zeitschrift für Ständesamtwesen*, 1975, 91-94.
- F. K. JUENGER, "Forum Non Conveniens - Who Needs It?", in *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, R. GEIMER (éd.), München, C.H. Beck, 1999, 317-336.
- W. KENNET, "*Forum non conveniens* in Europe", *Cambridge L.J.*, 1995, 552-577.
- CH. KOHLER, "Staatsvertragliche Bindung bei der Ausübung internationaler Zuständigkeit und rechterliches Ermesse - Bemerkungen zur *Harrods*-Entscheidung des englischen Court of Appeal", in *Festschrift Matscher*, Vienne, 1993, 251-263.
- B. LÖBER, "Forum shopping, forum non conveniens oder schlicht : Justizgewährungsanspruch", *IPRax*, 1986, 283-285.
- J. D. MCCLEAN, "Jurisdiction and Judicial Discretion", *I.C.L.Q.*, 1969, 931-948.
- P. MEYER, "The Jurisdiction of Courts as Affected by the Doctrine of Forum non Conveniens", *Revue du Barreau*, 1964, 565-596.

- P. NORMANDIN, "Les pouvoirs inhérents de la Cour Supérieure et la doctrine du forum non conveniens", *Revue du Barreau*, 1987, 469 e.s.
- P. NYGH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens : the Australian Experience", in J. BASEDOW e.a. (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, 511-526.
- P. NORTH, "La liberté d'appréciation de la compétence (Jurisdictional Discretion) selon la Convention de Bruxelles", in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 373-385.
- M. G. PEACOCK, "Doctrine of Forum non Conveniens in Ontario and Quebec : the Two Solitudes", *Revue du Barreau*, 1987, 111 e.s.
- J. PRAKASH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens", in *Current Legal Issues in International Commercial Litigation*, T. KEANS SOOD (éd.), Faculty of Law, National University of Singapore, 1996, 25-43.
- J. QUEIROLO, "Forum non conveniens e convenzione di Bruxelles : un rapporto possibile?", *R.D.I.P.P.*, 1996, 763-794.
- A. REUS, "Die 'forum non conveniens-doctrine' in Großbritannien und den USA in Zukunft auch im deutschen Prozeß?", *R.I.W.*, 1991, 542-553.
- ID., "Judicial Discretion : a Comparative View of the Doctrine of Forum non Conveniens in the US, UK and Germany", *Loyola L.A. Int'l & Comp. L.J.*, 1994, 455-511.
- D. ROBERTSON, "Forum Non Conveniens in America and England : 'A Rather Fantastic Fiction'", *L.Q.R.*, 1987, 398-422.
- D. ROBERTSON et P. SPECK, "Forum Non Conveniens and Antisuit Injunctions", *Texas.L.Rev.*, 1990, 937-975.
- D. W. ROBERTSON, "The Federal Doctrine of Forum non Conveniens : 'An Object Lesson in Uncontrolled Discretion'", *Texas Int'l. L.J.*, 1994, 353-381.
- B. SCHNEIDER, "Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droits écossais, anglais et américain)", *ReuInt.Dr.Comp.*, 1975, 606-642.
- L. SILBERMAN, "Developments in Jurisdiction and Forum Non Conveniens in International Litigation : Thoughts on Reform and a Proposal for a Uniform Standard", *Texas International Law Journal*, 1993, 501-530.
- A. G. SLATER, "Forum non Conveniens. A View from the Shop Floor", *L.Q.R.*, 1988, 554-575.
- P. SMART, "Lis Alibi Pendens : Staying or Discontinuing English Proceedings", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1990, 326-329.
- L. J. SMITH, "Antisuit Injunctions, Forum Non Conveniens und International Comity. Eine Analyse der US-amerikanischen und englischen Rechtsprechung nach *Gau Shan v Bankers Trust* und *Bardays Bank v Horn*", *R.I.W.*, 1993, 802-809.
- E. SPIRO, "Jurisdiction & Judicial Discretion", *I.C.L.Q.*, 1969, 931-947.

J.-P. VERHEUL, "The Forum (non) Conveniens in English and Dutch Law and Under Some International Conventions", *I.C.L.Q.*, 1986, 413-422.

J. WALKER, "A Tale of Two Fora : Fresh Challenges in Defending Multijurisdictional Claims", *Osgode L. J.*, 1996, 550-582.

R. J. WEINTRAUB, "International Litigation and Forum Non Conveniens", *Texas Int'l. L. J.*, 1994, 321-352.

H. ZHENJIE, "*Forum Non Conveniens* : An Unjustified Doctrine", *N.I.L.R.*, 2001, 143-169.

3.7. Les injonctions portant interdiction de procéder

K. ANDERSON, "What Can the United States Learn from English Anti-Suit Injunctions? An American Perspective on Airbus Industries GIE v. Patel", *Yale J. Int'l Law*, 2000, 195-232.

T. D. BAER, "Injunctions against the Prosecution of Litigation Abroad : Towards a Transnational Approach", *Stan. L. Rev.*, 1984-85, 155-186.

H. BAUM, "Inländische Abwehrklagen gegen US-amerikanische Produktsklagen?", in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, J.C.B. Mohr, 1994, 185-207.

G. BERMAN, "The Use of Anti-Suit Injunction in International Litigation", *Col. J. Trans.L.*, 1990, 589-631.

S. BERTI, "Englische Anti-Suit Injunctions im europäischen Zivilprozessrecht - A Flourishing Species or a Dying Breed?", in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum K. Siehr*, J. BASEDOW et al (éds.), La Haye, T.M.C. Asser Press, 2000, 33-43.

A. BRIGGS, "Restraint of Foreign Proceedings", *Lloyd's MCLQ*, 1987, 391-399.

ID., "The unrestrained reach of an anti-suit injunction : a pause for thought", *Lloyd's MCLQ*, 1997, 90-102.

ID., "Anti-suit Injunctions in a Complex World", *Lex Mercatoria : Essays in International Commercial Law in Honor of Francis Reynolds*, F. D. ROSE (éd.), Londres, LLP, 2000, 219-244.

T. E. BURKE, note sous *Gau Shan Co v Bankers Trust Co*, "What Should be the Role of International Comity in the Issuance of Antisuit Injunctions ?", *N.C.J. Int'l L. & Com Reg.*, 1993, 475 e.s.

P. B. CARTER, *Anti-suit Injunctions in Private International Law*, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa Institut n° 368, Europa-Institut Universität des Saarlandes, 1997, 22 p.

E. DUMBAULD, "Judicial Interference with Litigation in Other Courts", *Dickinson L. Rev.*, 1969-70, 369-388.

R. FENTIMAN, "Antisuit Injunctions", in *Current Legal Issues in International Commercial Litigation*, C. WING CHEONG et al. (éds.), Faculty of Law, National University of Singapore, 1996, 44-71.

ID., "Anti-suit Injunctions and the Appropriate Forum", *Cambridge L. J.*, 1997, 46-48.

P. GOTTWALD, "Grenzen Zivilgerichtlichen Massnahmen mit Auslandwirkung", *Festschrift für W. J. Habscheid zum 65. Geburtstag 6 April 1989*, W. F. LINDACHER et al. (éds.), Verlag E. & W. Gieseking, 1989, 119-130.

T. C. HARTLEY, "Comity and the Use of Antisuit Injunctions in International Litigation", *AmJ.Comp.L.*, 1987, 487-511.

Id., note sous *Continental Bank v Aegean Compania Naviera*, *ELR*, 1994, 549-552.

Id., "Antisuit Injunctions and the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention", *I.C.L.Q.*, 2000, 166-171.

J. HARRIS, "Anti-suit injunctions - a home comfort ? ", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1997, 413-422.

Id., "Restraint of foreign proceedings - the view from the other side of the fence", *Civil Justice Quarterly*, 1997, 283-289.

Id., "Recognition of Foreign Judgments at Common Law - The Anti-Suit Injunction Link", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1997, 477-498.

W. J. HAU, "Durchsetzung von Zuständigkeits- und Schiedsvereinbarungen mittels Prozessführungsverbot im EuGVÜ. Neuer Rechtsprechung des Court of Appeal zu obligation-based antisuit injunctions", *IPRax*, 1996, 44-48.

Id., "Zustellung ausländischer Prozessführungsverbote : Zwischen Verpflichtung zur Rechtshilfe und Schutz inländischer Hoheitsrechte", *IPRax*, 1997, 161-164.

W. KENNET, "Les injonctions *anti-suit*", in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, M.-T. CAUPAIN et G. DE LEVAL (éds.), Bruxelles, Larcier, 2000, 133-144.

H. KOCH, "Grenzüberschreitendes einstweiliger Rechtsschutz", in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, J.C.B. Mohr, 1994, 85-102.

M. LENENBACH, "Antisuit Injunctions in England, Germany and the United States : Their Treatment under European Civil Procedure and the Hague Convention", *Loy. L. A. Int'l. & Comp. L. J.*, 1998, 257-323.

A. LOWENFELD, "Editorial Comment : Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations and Related Tools of International Litigation", *Am J. Int'l. L.*, 1997, 314-324.

Id., "Editorial Comment : *Forum Non Conveniens* and Antisuit Injunctions : an Update", *Am J. Int'l. L.*, 1998, 41-43.

S. MALES, "Comity and anti-suit injunctions", *Lloyd's MCLQ*, 1998, 543-553.

H.-P. MANSEL, "Grenzüberschreitende Prozessführungsverbote (antisuit injunction) und Zustellungsverweigerung", *EuZW*, 1996, 335-340.

H. MUIR WATT, "Harcèlement sur harcèlement ne vaut (des conceptions divergentes du droit fondamental d'accéder à la justice dans l'espace conventionnel européen)", *Reu Gén. Procédures*, 1999, 747-763.

H. NAJARIAN, Note, "Granting Comity its Due : A Proposal to Revise the Comity-Based Approach to Transnational Antisuit Injunctions", *St John's L. Rev.*, vol. 68, 961 e.s.

- N. NELSON, "International Litigation : Trends and Developments/Forum Non-Conveniens, Comity, Antisuit Injunctions and Parallel Proceedings", in *Proceedings of the 90th Annual Meeting, American Society of International Law* (éd.), 1997, 62-67.
- E. A. PERRY, "Killing One Bird with One Stone : How the United States Federal Courts Should Issue Foreign Antisuit Injunctions in the Information Age", *Univ Miami Business L. Rev.*, 2000, 123-159.
- M. POLONSKY, "Common Principles Project : Anti-Suit Injunctions", *IBA Section on Business Litigation Paper*, Septembre 1999, 12 p.
- B. LÖBER, "Forum shopping, forum non conveniens oder schlicht : Justizgewährungsanspruch", *IPRax*, 1986, 283-285.
- B. RILEY, "Antisuit Injunctions Held Against Suit in a Foreign Country", *Suffolk L. Rev.*, 1988, vol. 23, 1234 e.s.
- P. ROGERSON, "English Interference in Greek Affairs", *Cambridge L.J.*, 1994, 241-244.
- L. SALAVA, "Balancing Comity with Antisuit Injunctions", *J. Legis.*, 1994, vol. 20, 267 e.s.
- M. SCHIMEK, "Anti-Suit and Anti-Anti-Suit Injunctions : A Proposed Texas Approach", *Baylor L. Rev.*, 1993, vol. 45, 499 e.s.
- P. SCHLOSSER, "Airbus Industrie GIE vs. Patel and others - eine Urteilsanmerkung", *IPRax*, 1999, 115-117.
- J. SCHRÖDER, "The Right Not to Be Sued Abroad", in *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, H. J. MUSIELAK et K. SCHURIG (éds.), Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1987, 523-548.
- L. J. SMITH, "Antisuit Injunctions, Forum Non Conveniens und International Comity. Eine Analyse der US-amerikanischen und englischen Rechtsprechung nach *Gau Shan v Bankers Trust* und *Bardays Bank v Hornum*", *R.I.W.*, 1993, 802-809.
- E. STIEFEL et W. PETZINGER, "Deutsche Parallelprozesse zur Abwehr amerikanischer Beweiserhebungsverfahren", *R.I.W.*, 1983, 242-249.
- S. R. SWANSON, "The Vexatiousness of a Vexation Rule : International Comity and Antisuit Injunctions", *Georges Washington J. Int'l. Law & Econ.*, 1996, 1-37.
- R. THOMAS, "Restraining Concurrent Foreign Legal Proceedings", *Lloyd's MCLQ*, 1983, 692-701.
- H. VAN HOUTTE, "A propos des injonctions anti-suit et d'autres torpilles pour couler des actions étrangères", in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, M. - T. CAUPAIN et G. DE LEVAL (éds.), Bruxelles, Larcier, 2000, 147-158.
- J.-P. VERHEUL, "Waait de Antisuit Injunction naar het Continent over ?", *N.I.P.R.*, 1989, 221-224.
- A. N. VOLLMER, "U.S. Federal Court Use of the Antisuit Injunction to Control International Forum Selection", *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Transnational Publishers, Inc., Irvington, 1997, 237-272.
- J. WILSON, "Antisuit Injunctions", *J.B.L.*, 1997, 424-437.

3.8. Actions déclaratoires

A. BELL, "The Negative Declaration in Transnational Litigation", *L.Q.R.*, 1995, 674-695.

L. COLLINS, "The *Marc Rich* Case and Actions for Negative Declarations", in *Essays on International Litigation and the Conflict of Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 274-288.

R. FENTIMAN, "Tactical Declarations and the Brussels Convention", *Cambridge L.J.*, 1995, 261-263.

A. T. VON MEHREN, "The Transmogrification of Defendants into Plaintiffs : Herein of Declaratory Judgments, Forum Shopping and Lis Pendens", *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebenzigsten Geburtstag*, J. BASEDOW, K. J. HOPT et H. KÖTZ (éds.), Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 409-424.

P. WIDMER et B. MAURENBRECHER, "What's Negative about Negative Declarations", in *The International Practice of Law Liber Amicorum for T. Bär and R. Karrer*, P. Vogt (ed.), Basel, Helbing und Lichtenhan, 1998, 263-285.

3.9. Conflits de procédures et conventions de juridictions

R. ASARIOTIS, "Antisuit Injunctions for Breach of a Choice of Forum Agreement : A Critical Review of the English Approach", *Yearb. Eur. L.*, 1999-2000, 447-467.

B. BARIN et M.-C. RIGAUD, "Conference Report – Arbitral Tribunals or State Courts – Who must defer to whom ?", *Int'l Law Forum*, 2000, 130-132.

A. BRIGGS, "Jurisdiction Clauses and Judicial Attitudes", *L.Q.R.*, 1993, 382-385.

A. BRIGGS, "Anti-European Teeth for Choice of Court Clauses", *Lloyd's MCLQ*, 1994, 158-163.

L. COLLINS, « Anti-Suit Injunctions Process and Arbitration », in *Arbitral Tribunal or State Courts. Who Must Defer to Whom?*, P. KARRER (éd.), ASA Spécial Series n° 15, Zürich, ASA-IBA, 2001, 85-96.

S. CLAVEL, "Anti-Suit Injunctions et arbitrage", *Reu. arbitrage*, 2001, 669-706.

R. FENTIMAN, "Exclusive Jurisdiction and Article 17", in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al. (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1999, 127-160.

M. LIATOWITSCH, "Die Anwendung der Litispendenzregeln von art. 9 IPRG durch Schweizerische Schiedsgerichte : Ein Paradoxon? Überlegungen zu einem Bundesgerichtsentscheid vom 14. Mei 2001 im Lichte von BGE 124 III 83", *Bull. ASA*, 2001, 422-438.

CH. OETIKER, "The Principle of Lis Alibi Pendens in International Arbitration : The Swiss Decision in *Fomento v. Colon* », *Arb. Int'l.*, 2002, 137-145.

D. D. REICHERT, "Problems with Parallel and Duplicate Proceedings : The Litispendence Principle and International Arbitration", *Arbitration Int'l.*, 1992, 237-255.

- P. ROGERSON, "English Interference in Greek Affairs", *Cambridge L.J.*, 1994, 241-244.
- M. SCHERER, "When Should an Arbitral Tribunal Sitting in Switzerland Confronted with Parallel Litigation Abroad Stay the Arbitration?", *Bull. ASA*, 2001, 451-457.
- P. SCHLOSSER, "Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage", *Revue de l'arbitrage*, 1981, 371-393.
- P. SCHLOSSER, « Arbitral Tribunal or State Courts. Who Must Defer to Whom? », in *Arbitral Tribunal or State Courts. Who Must Defer to Whom?*, P. KARRER (éd.), ASA Spécial Series n° 15, Zürich, ASA-IBA, 2001, 15-34.
- M. SCHNEIDER, "Multi-*fora* Disputes", *Arbitration International*, 1990, 101-121.
- P. SCHWEIZER et O. GUILLOD, "L'exception de litispendance et l'arbitrage international", in *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers. Ouverture ou repli?*, F. KNOEPFLER (éd.), Ed. Universitaires Fribourg, 1988, 71-87.
- H. VAN HOUTTE, "May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced under the Brussels and the Lugano Convention?", *Arbitration Int'l.*, 1997, 85-92.
- H. VAN HOUTTE, "Parallel proceedings before State Courts and Arbitration Tribunals. Is there a transnational *lis pendens*-exception in arbitration or jurisdiction conventions?", in *Arbitral Tribunal or State Courts. Who Must Defer to Whom?*, P. KARRER (éd.), ASA Spécial Series n° 15, Zürich, ASA-IBA, 2001, 35-54.
- J.-M. VULLIEMIN, "Litispendance et compétence internationale indirecte du juge étranger", *Bull. ASA*, 2001, 439-450.

3.10. Projet de Convention de La Haye

- AMERICAN LAW INSTITUTE, *International Jurisdiction and Judgments Project*. Rapport du 14 avril 2000, Philadelphia, American Law Institute, 2000, 65 p.
- A. BUCHER, "Vers une convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers", *Semaine Judiciaire*, 2000, II, 77-133.
- C. KESSEDJIAN, "Vers une Convention à vocation mondiale en matière de compétence juridictionnelle internationale et d'effets des jugements étrangers", *Uniform Law Review*, 1997, 675-699.
- ID., "L'avant-projet préliminaire de convention sur la compétence juridictionnelle et les effets des jugements en matières civile et commerciale", *Int'l L. Forum/Forum Dr. International*, 1999, vol. 1, Nr. 3, 123-125.
- ID., "Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters : the Draft Convention Proposed by the Hague Conference on Private international Law", *Forum Internationale*, n° 26, 43-65.
- A. T. VON MEHREN, "Recognition of United States Judgments Abroad and Foreign Judgments in the United States : Would an International Convention Be Useful?", *RebelsZ.*, 1993, 449-459.
- ID., "The Case for a Convention-mixte Approach to Jurisdiction to Adjudicate and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments", *RebelsZ.*, 1997, 86-92.

ID., "The Hague Jurisdiction and Enforcement Convention Project Faces an Impasse – A Diagnosis and Guidelines for a Cure", *IPRax*, 2000, 465-468.

ID., "La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers : le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir?", *R.C.D.I.P.*, 2001, 85-99.

R. WAGNER, "Die Bemühungen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht um ein Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und ausländische Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Ein Sachstandsbericht nach dem 1. Teil der Diplomatischen Konferenz", *IPRax*, 2001, 533-547.

4. Documents officiels : Conférence de La Haye pour le droit international privé

Bureau Permanent, Rapport de la réunion d'experts sur les aspects de la propriété intellectuelle de la future Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, Genève, 1er février 2001, Document préliminaire n° 13.

C. KESSEDJIAN, *Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale*, Ottawa, 28 février au 1er mars 2000, Document préliminaire n° 12.

F. POCAR et P. NYGH, Rapport de la Commission spéciale, Document préliminaire n° 11.

C. KESSEDJIAN, *Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 10, octobre 1998, 54 p.

C. KESSEDJIAN, *Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de mars 1998 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 9, juillet 1998, 47 p.

C. KESSEDJIAN, *Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 8, novembre 1997, 65 p.

C. KESSEDJIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 7, 112 p. et annexes.

BUREAU PERMANENT, "Some Reflections of the Permanent Bureau on a General Convention on Enforcement of Judgments", Hague Conference on Private International Law, *Acts and Proceedings of the Seventeenth Session*, I, The Hague, SDU Publishers, 1995, pp. 231-242.

BUREAU PERMANENT, "Conclusion of the Working Group meeting on Enforcement of Judgments", Hague Conference on Private International Law, *Acts and Proceedings of the Seventeenth Session*, I, Miscellaneous matters – Centenary, The Hague, SDU Publishers, 1995, pp. 257-265.

BUREAU PERMANENT, "Conclusion of the Special Commission of June 1994 on the question of the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters", document préliminaire n° 1 d'août 1994, Conférence de La Haye pour le droit international privé, *Actes et documents de la Dix-huitième session*, I, Matières diverses, La Haye, SDU Publishers, 1999, pp. 62-69.

BUREAU PERMANENT, « Conclusions de la deuxième réunion de la Commission Spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Doc. Préliminaire n° 12, août 1996, *Actes et Documents de la Dix-huitième Session*, I, Matières Diverses, SDU, La Haye, 1999, 184-194.

Conclusions de la deuxième réunion de la Commission Spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, Bureau Permanent, Doc. Préliminaire n° 12, août 1996, *Actes et Documents de la Dix-huitième Session*, I, Matières Diverses, SDU, La Haye, 1999, (184), 188

Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de Droit International Privé, "Note sur la question du *forum non conveniens* dans la perspective d'une convention double sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements", Document préliminaire No. 3 d'avril 1996 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1996 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, 19 p. plus annexes et *addenda*.

