

## CHAPITRE II

### LE REGLEMENT DES CONFLITS DE PROCEDURES PAR L'EXCEPTION DE CHOSE JUGEE



329. La passivité comme ‘solution’ des conflits de procédures - Au lieu de chercher à paralyser la procédure étrangère ou au contraire de s’effacer devant celle-ci, un tribunal appelé à se prononcer sur un litige dont est également saisi une juridiction étrangère, peut décider d’ignorer l’existence de la procédure concurrente. Il prendra alors connaissance de la cause sans se préoccuper de la saisine concurrente du tribunal étranger. Le tribunal se verra conforté dans cette attitude par l’idée que le conflit de procédures se résoudra ‘de lui-même’, dès lors que la première décision rendue dans le litige pourra être invoquée au titre d’exception de chose jugée pour mettre fin à l’autre procédure. Il suffirait en quelque sorte pour résoudre la concurrence de procédures de laisser les choses suivre leur cours ‘naturel’, sans intervention intempestive dans un sens ou dans l’autre. Les règles relatives à la reconnaissance des décisions étrangères, et en particulier l’exception de chose jugée et ses nombreux avatars, se chargeraient d’apporter une solution à la dualité de procédures et d’éloigner ainsi le spectre des décisions contradictoires.

Dans ce schéma, le ‘règlement’ des conflits de procédures se fait en deux temps : dans un premier temps, le tribunal adopte une attitude essentiellement *passive*, en se préoccupant uniquement de la procédure dont il est saisi.<sup>1419</sup> Ce n’est que lorsqu’un des tribunaux s’est prononcé qu’une solution peut être apportée au conflit au moyen de l’exception de chose jugée. Cette dernière nous paraît caractéristique de ce mode de solution des conflits de procédures, ce qui explique que le présent chapitre lui empruntera son titre.

En réalité, l’indifférence à la concurrence de procédures aboutit à *retarder l’issue du conflit*, qui ne prendra fin qu’au stade de la reconnaissance<sup>1420</sup> – pour autant que le régime des jugements étrangers permette effectivement d’invoquer l’autorité de la décision étrangère pour mettre un terme à l’autre procédure. Une fois le litige tranché par un des tribunaux, le conflit change de nature : d’une opposition entre deux procédures, on passe alors à une autre difficulté, qui voit une décision entrer en conflit avec une procédure toujours pendante. Dans le meilleur des cas, le juge encore saisi s’avouera vaincu et reconnaîtra l’autorité de la décision qui vide le litige.

330. Plan – Avouons d’emblée que le recours à l’exception de chose jugée comme mode de règlement des conflits de procédures n’emporte pas notre conviction. La passivité n’est pas en effet sans entraîner de sérieux inconvénients, qui rendent impossible son adoption comme solution générale des conflits de procédures. Avant d’expliquer plus avant ces inconvénients (section 2), il y a lieu d’examiner concrètement quel rôle jouent les règles en matière de reconnaissance des jugements étrangers dans le règlement des procédures concurrentes (section 1).

<sup>1419</sup> M. Schlosser parle à cet égard de “passiven Souverainitätsdenken” : P. SCHLOSSER, *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 7.

<sup>1420</sup> Mme. Teitz évoque à cet égard une “try now, pay latter approach” : L. E. TEITZ, “Taking Multiple Bites of the Apple : A Proposal to Resolve Conflicts of Jurisdiction and Multiple Proceedings”, *Int. Lawyer*, 1992, (21), 29.

## SECTION 1 LA CONSECRATION DE LA SOLUTION EN DROIT POSITIF

331. **Deux approches de la passivité** - Le recours à l'exception de chose jugée pour appréhender les conflits de procédures est surtout le fait d'une certaine jurisprudence américaine. Nous aurons l'occasion de voir qu'il s'agit apparemment dans le chef de ces tribunaux d'un choix *délibéré* (II). Il peut en aller tout autrement. Si d'autres juridictions font ou ont fait appel à l'autorité de la chose jugée étrangère pour mettre fin aux procédures concurrentes, ce n'est qu'à *défaut* d'autre solution (I). L'exception de chose jugée peut ainsi se présenter sous deux angles différents, qui méritent un examen séparé.

### I. L'exception de chose jugée comme solution par défaut

332. **Une solution d'appoint** - On verra que les tribunaux américains ont pleinement embrassé la passivité au point de faire de l'exception de chose jugée la solution *de principe* des conflits de procédures. Par contraste, si cette exception joue un rôle dans la résolution de ces conflits dans d'autres pays, c'est uniquement *par défaut*, à raison de l'inexistence ou de l'inapplicabilité d'une solution plus directe.

Il suffit de penser au tribunal belge, saisi d'une demande de divorce entre époux belges alors qu'un des époux a déjà porté une demande similaire à la connaissance d'un tribunal congolais où le couple vivait avant de se séparer: en l'absence de convention régissant les relations judiciaires entre les deux pays, le tribunal belge paraît bien désarmé face au conflit de procédures. Comme nous aurons l'occasion de le voir, il ne peut, selon une jurisprudence constante, faire droit à une exception de litispendance internationale et donner la préséance au tribunal étranger premier saisi.<sup>1421</sup> A fortiori lui est-il impossible de se dessaisir en alléguant que ce tribunal est mieux placé pour connaître de la cause, par exemple parce que les intéressés auraient toujours vécu conjugalement au Congo. Il ne peut enfin s'arroger le droit de dicter au défendeur de mettre fin à la procédure étrangère.

En somme, si le tribunal belge se montre indifférent à la concurrence de procédures, c'est à *défaut* d'un instrument approprié lui permettant soit de s'incliner devant la saisine étrangère, soit de tenter d'y mettre fin. L'opposition entre les deux procédures persistera dès lors jusqu'à ce qu'un des tribunaux se prononce sur le divorce,<sup>1422</sup> sa décision pouvant être invoquée devant l'autre juge.<sup>1423</sup> Le scénario est classique, il a déjà été joué à maintes reprises devant les tribunaux.<sup>1424</sup>

<sup>1421</sup> *Infra* n° 397 e.s. et également n° 404 sur le projet de code de droit international privé.

<sup>1422</sup> Il ne semble pas en effet que le droit de la République démocratique du Congo connaisse un mécanisme comparable à l'exception de litispendance internationale. Sur les conflits de juridiction en droit congolais, v. J. DE BURLET, *Précis de droit international privé congolais*, Larcier, Bruxelles, 1971, 319-326.

<sup>1423</sup> Sur les modalités exactes du jeu de l'exception de chose jugée, cf. *infra* n° 352.

<sup>1424</sup> P. exemple Civ. Bruxelles (réf.), 9 avril 1997, *R.T.D.F.*, 1997, 405; *E.J.*, 1998, 72 et les observations de I. COUWENBERG (en l'espèce le tribunal congolais avait prononcé le divorce alors qu'une procédure concurrente était encore pendante en Belgique. Le tribunal belge constata dès lors que le jugement congolais jouissait en Belgique de l'autorité de la chose jugée, ce qui vidait une partie du litige de son objet). V. également Civ. Liège, 7 janvier 1999, *Dir. A.c.*, 1999, 46 (reconnaît une décision croate qui prononce le divorce alors même qu'une demande en divorce avait été intentée antérieurement en Belgique); Civ. Bruxelles, 25 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 487; Civ. Bruxelles, 18 mars 1987, *J.T.*, 1988, 195; Civ. Nivelles, 29 juin 1995, *R.T.D.F.*, 1996, 76 (juge belge met fin à une procédure de divorce, un juge anglais ayant déjà prononcé le divorce); Civ. Bruxelles, 17 octobre 1989, *R.T.D.F.*, 1990, 391, obs. M. FALLON (action en divorce intentée au Zaïre alors qu'une demande

333. Une autre modalité de la passivité comme solution d'appoint - L'indifférence du tribunal belge s'explique par l'absence de tout mécanisme de coordination avec la procédure étrangère. Il est une autre hypothèse dans laquelle les tribunaux s'abstiendront d'intervenir : il se peut en effet que le ou les mécanismes de coordination dont ils disposent ne permettent pas de résoudre un conflit de procédures spécifique.

On pense par exemple à la situation dans laquelle un juge allemand second saisi rejette l'exception de litispendance internationale prévue par son droit commun parce qu'il apparaît que le futur jugement étranger ne pourra sortir d'effet en Allemagne à défaut de réciprocité (*infra*, n° 706). Voilà le juge allemand condamné à statuer sur l'affaire nonobstant la procédure étrangère concurrente. La même chose se produit lorsqu'un juge anglais refuse de faire droit à une exception de *forum non conveniens* parce que le for anglais constitue à ses yeux le for 'naturel' de la cause (*infra*, n° 405). La passivité des juges anglais et allemand ne résulte pas de l'absence d'instrument spécifique leur permettant d'appréhender le conflit de procédures, au contraire de celle qui affecte le juge belge. Elle est simplement la conséquence et le constat de la *finitude* de ces instruments, et des conditions posées à leur application.

Ici encore, l'exception de chose jugée - ou un autre mécanisme équivalent - interviendra pour résoudre l'opposition entre les deux procédures une fois qu'un des tribunaux s'est prononcé. A bien y réfléchir, l'exception de chose jugée a vocation à intervenir dans toutes les juridictions, quelle que soit la solution adoptée pour mettre fin aux conflits de procédures. Jamais un mécanisme de coordination ne permettra en effet d'appréhender toutes les procédures concurrentes, sans exception. C'est ainsi qu'au sein même de l'espace judiciaire européen, le mécanisme très souple de la reconnaissance des décisions étrangères permettra de pallier une éventuelle déficience de la règle de litispendance<sup>1425</sup> en permettant à un tribunal de mettre fin à la procédure dont il est saisi par le jeu de l'autorité qui s'attache à la décision du tribunal concurrent.<sup>1426</sup>

Dans les hypothèses qui viennent d'être évoquées, l'intervention de l'exception de chose jugée ne procède pas d'une politique *délibérée*. Encore qu'une distinction soit possible selon les juridictions,<sup>1427</sup> l'exception de chose jugée ne constitue qu'une solution de fortune, un expédient auquel on a recours à défaut d'autres solutions. Elle ne se laisse décrire que de façon négative en l'opposant aux autres instruments de coordination disponibles.<sup>1428</sup> Il en va tout autrement dans la pratique américaine. L'exception de chose jugée y est en effet vue comme la solution *par excellence* des conflits de procédures.

---

similaire était pendante en Belgique, le juge belge fait droit à la demande de reconnaissance de la décision zairoise).

<sup>1425</sup> On pense par exemple à la situation, sans doute exceptionnelle, dans laquelle les deux tribunaux ont été saisi le même jour.

<sup>1426</sup> Et si d'aventure l'exception de chose jugée elle-même ne mettait pas fin au litige, il faudrait alors avoir recours au motif de refus de reconnaissance visant spécifiquement l'hypothèse du conflit de décisions, à savoir l'article 27-3 de la Convention [devenu l'article 34-3 du Règlement].

<sup>1427</sup> Dans la situation du juge belge, évoquée plus haut, le refus de tout mécanisme de coordination rend inévitable le recours à l'exception de chose jugée, du moins à défaut d'une abstention dans le chef de l'autre juge. Il n'en reste pas moins que jamais la jurisprudence belge n'a proclamé son attachement à l'exception de chose jugée comme solution première des conflits de procédures, à la manière des tribunaux américains.

<sup>1428</sup> On pourrait à cet égard reprendre la formule de M. *Dworkin* qui, pour décrire le pouvoir d'appréciation du juge ('discretion'), parle du "hole in the doughnut" : R. M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, 31 ("discretion, like the hole in the doughnut, does not exist except as an area left open by a surrounding belt of restriction").

## II. L'exception de chose jugée, solution par excellence des conflits de procédures en droit américain

334. **L'indifférence, une règle générale** - Les tribunaux américains disposent d'une gamme élargie d'options pour faire face aux conflits de procédure. Le juge américain peut tout d'abord tenter de mettre fin à la procédure étrangère en interdisant au défendeur de poursuivre son action (*supra*, n° 204). Il peut également renoncer à statuer et déférer à la procédure étrangère, en invoquant une des nombreuses manifestations de l'abstention (*infra*, n° 569). Comme ses collègues étrangers, le tribunal américain peut enfin opter pour une attitude *passive* en se contentant de laisser les deux procédures se poursuivre sans intervenir.

Ce qui distingue le droit américain des autres, c'est que les tribunaux ont élevé l'indifférence au rang de solution générale des conflits de procédures.<sup>1429</sup> La doctrine a même été jusqu'à créer de toute pièce une nouvelle expression pour désigner l'attitude passive des tribunaux. On parle en effet de "*parallel proceedings rule*" lorsqu'un tribunal choisit de ne pas intervenir.<sup>1430</sup> L'importance accordée par les tribunaux américains à l'exception de chose jugée trouve incontestablement son origine dans la pratique interne des conflits de juridictions. Avant de se pencher sur cette filiation (B), nous nous attacherons à décrire la portée exacte de la règle dans la pratique américaine des conflits de procédures (A).

### A. Une règle générale à la portée réduite

335. **Une règle générale consacrée dans l'affaire *Laker*** - La consécration de l'indifférence comme règle générale, et l'intronisation de son pendant, l'exception de chose jugée, n'est somme toute qu'assez récente, puisqu'on cite généralement à l'appui de cette règle l'arrêt prononcé en 1984 par la Cour d'Appel du District de Columbia dans l'affaire *Laker Airways*.<sup>1431</sup> Les faits de cette 'cause célèbre' du contentieux international privé sont connus.<sup>1432</sup> Qu'il suffise de rappeler qu'en l'espèce les curateurs de la compagnie aérienne transatlantique lancée par le flamboyant Sir Freddy Laker tentaient d'obtenir des tribunaux américains un dédommagement substantiel pour les pertes subies

<sup>1429</sup> Sans doute le droit américain n'est-il pas le seul à faire confiance à l'exception de chose jugée pour résoudre les conflits de procédures. V. par exemple les observations de C. MCLACHLAN, "Third Interim Report : Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation", *International Law Association, Report of the London Conference 2000*, (137), 147, qui observe que « The extent to which rules of declining jurisdiction are perceived to be warranted, depends upon the policy which private international law is to promote in this area. If this is one of minimal intervention, then it may be sufficient to leave the problem of parallel litigation [...] to be resolved through the process of the recognition and enforcement of foreign judgments. That is still a strong element in the national legal systems of a number of states ». Nous privilégierons l'étude du droit américain comme emblème de cette attitude.

<sup>1430</sup> L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l. Lawyer*, 1992, 28. Un autre juriste américain, P. TROBOFF, s'exprimant lors d'une réunion d'un comité de l'IBA a utilisé une autre métaphore en évoquant la 'let the flowers grow-rule'.

<sup>1431</sup> *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et. al.*, 731 F. 2d 909 (D.C. Cir. 1984).

<sup>1432</sup> Sur l'affaire *Laker* en général, cfr. G. B. BORN, "Recent British Responses to the Extraterritorial Application of United States Law : The Midland Bank Decision and Retaliatory Legislation Involving Unitary Taxation", *Va. J. Int'l L.*, 1985, 91-106; A. S. FRIEDMAN, "Laker Airways : The Dilemma of Concurrent Jurisdiction and Conflicting National Policies", *Brooklyn J. Int'l L.*, 1985, 181-236; D. A. LIBOW, "The Laker Antitrust Litigation : The Jurisdictional 'Rule of Reason' Applied to Transnational Injunctive Relief", *Cornell L. Rev.*, 1986, 645-667.

du fait du comportement de certains concurrents qu'ils jugeaient déloyal. Pour échapper à ces accusations, et surtout aux périls d'une procédure américaine qui s'annonçait longue et coûteuse, plusieurs compagnies aériennes rivales ainsi qu'une banque cherchèrent protection auprès des tribunaux anglais, à qui ils demandaient d'interdire la poursuite de la procédure américaine. Laker contre-attaqua et demanda aux tribunaux américains de mettre fin à la tentative d'interdiction dont les tribunaux anglais étaient saisis.

Examinant la légitimité de la demande d'interdiction de la procédure anglaise, le juge Wilkey, s'exprimant au nom de la Cour, formula dans un passage devenu célèbre la règle générale suivante:

“en règle générale, il convient de respecter le corollaire fondamental de l'existence de compétences concurrentes : les procédures parallèles portant sur la même demande *in personam* doivent se poursuivre simultanément, du moins jusqu'à ce que l'une d'elle donne lieu à une décision qui puisse être invoquée au titre de la chose jugée dans l'autre procédure”.<sup>1433</sup>

Ce dictum a depuis lors été repris et répété par une jurisprudence quasi-unanime pour acquérir au fil du temps le rang de principe général.<sup>1434</sup> La doctrine n'est pas en reste, qui

<sup>1433</sup> *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et al.*, 731 F. 2d 909, 926 ( D.C. Cir. 1984) : “the fundamental corollary to concurrent jurisdiction must ordinarily be respected : parallel proceedings on the same *in personam* claim should ordinarily be allowed to proceed simultaneously, at least until a judgment is reached in one court which can be pled as *res judicata* in the other”.

<sup>1434</sup> Parmi les décisions des tribunaux fédéraux, on peut citer : *China Trade and Development Co v M. V. Choong Yong*, 83 F.2d 33, 36 (2d Cir.); *Sea Containers Ltd. v Steena AB et al.*, 890 F. 2d 1205, 1213 (D.C. Cir. 1989°; *Gau Shan Co, Ltd. v Bankers Trust Co.*, 956 F.2d 1349, 1352 (6th Cir. 1992); *American Cyanamid Company et al. v Picaso-Arstalt et al.*, 741 F. Supp. 150 (DNJ 1990) (“the first to file rule is a rule of resource conservation adopted to deal with situations involving similar lawsuits pending within the same sovereign's jurisdiction, not similar lawsuits pending in different jurisdictions, where the preferred course of action is to permit each sovereign to reach judgment and apply the findings of one to the other under the principles of *res judicata*”); *General Motors Corporation and Adam Opel AG v Jose Ignacio Lopez de Arriortua et al.*, 948 F. Supp. 656, 668 (E.D. Mich. 1996) (“Generally, federal courts exercise jurisdiction concurrently with a foreign court until a judgment is reached which may be pled as *res judicata* or collateral estoppel in the other forum”); *Cliffs-Needrill Turnkey Int'l Oranjestad v Rich Ocean Tankers (The Rich Duke)*, 734 F. Supp. 142, 150 (DC Delaware 1990) (“When related cases are before two different sovereigns, the appropriate procedure is to permit both jurisdictions to proceed, with any decision of one becoming *res judicata* on the other”); *Nycal Corporation v Inoco Plc et al.*, 968 F. Supp. 147 (SDNY 1997) (“[...] the ordinary rule of permitting parallel litigation”); *Diego J. Herbstein v Martin E. Brietman*, 743 F. Supp. 184, 187-188 (SDNY 1990) (“The general rule of comity is that the domestic court should exercise jurisdiction concurrently with the foreign court”); *Abdullah Sayid Rajab Al-Rifai & Sons v Mc Donnell Douglas Foreign Sales Corp.*, 1999 U.S. App. LEXIS 14021 (C.A. 11<sup>th</sup> Cir. 25 juin 1999) (“As a general rule, parallel proceedings on the same *in personam* claim should ordinarily be allowed to proceed simultaneously”); *Randy Scheiner et al. v Derek Wallace et al.*, 832 F. Supp. 687, 693 (SDNY 1993) (“The general rule of comity requires the domestic court to exercise jurisdiction concurrently with the foreign court”); *Biblical Archeology Society et al. v Elisha Qimron*, 1993 WL 39572 (E.D. Pa, 10 février 1993) (“When related cases are before two different sovereigns, the appropriate procedure is to permit both jurisdictions to proceed, with any decision of one becoming *res judicata* on the other, assuming the applicable criteria exist”); *Peter Conroy Robinson v Jardine Insurance Brokers Int'l, Ltd.*, 856 F. Supp. 554, 560 (N.D. Cal. 1994) (“Where judgement is sought in *personam*, two courts with concurrent jurisdiction may proceed with litigation at least until a judgment is obtained in one case which may be used as *res judicata* in the other. This principle applies even where one action is foreign”); *Robert F. Goldhammer et al. v Dunkin' Donuts, Inc.*, 59 F. Supp. 2d, 248, 251 (D. Mass. 1999) (“Parallel proceedings on the same *in personam* claim should ordinarily be allowed to proceed simultaneously, at least until a judgment is reached in one which can be pled as *res judicata* in the other”); *Kenneth L. Balcom v Rosenthal & Corp., et al.*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 20842 (N. D. Ill. 1998) (“[...] a district court generally should exercise its jurisdiction over an action even when identical subject matter is concurrently before a foreign court”); *Farrell Lines Inc v Columbus Cello-Polby Corp. et al.*, 32 F. Supp. 2d 118, 129 (S.D.N.Y. 1997) (le tribunal cite le dictum Laker); *Madanes v Madanes*, 981 F. Supp. 241, 263 (S.D.N.Y. 1997) (“[T]he general rule of comity is that the domestic court should exercise jurisdiction concurrently with the foreign court. If a judgment is reached first in the foreign court, it may then be pled as *res judicata* in the domestic court”). Dans la jurisprudence des tribunaux des Etats, v. par exemple *Garnon v Payne*, 706 S.W. 2d 304 (Tex. 1986) (“When the sovereigns involved are not sister states but a state and a foreign nation, the policy of allowing parallel proceedings to continue simultaneously require more scrupulous adherence. [...] Ordinarily parallel actions should be allowed to proceed simultaneously”).

a reconnu la primauté de la règle de l'indifférence.<sup>1435</sup> La formule sans cesse répétée de l'arrêt *Laker* et la confiance accordée à l'exception de chose jugée a même fini par aveugler certains. Ainsi, dans une étude consacrée aux conflits opposant les procédures américaines et mexicaines, une auteur s'est-elle limitée à promouvoir la reconnaissance des jugements étrangers comme seul et unique instrument de résolution de ces conflits, sans envisager un seul instant une solution qui nécessiterait une intervention *antérieure* au prononcé du jugement.<sup>1436</sup>

La Cour Suprême ne s'est certes pas encore prononcée sur la question, et n'a donc pu ni entériner, ni désavouer le 'laissez faire, laissez aller' embrassé par les tribunaux. Il reste que l'unanimité constatée parmi les tribunaux du fond ne laisse pas de doute sur la portée générale qu'ils entendent donner à la règle. En pratique il revient dès lors aux règles en matière de reconnaissance des jugements étrangers de résoudre la contradiction entre les deux procédures.<sup>1437</sup> La Cour d'Appel a été on ne peut plus explicite à ce sujet dans l'affaire *Laker*, mettant en avant le rôle de l'exception de chose jugée. Derrière la '*parallel proceedings rule*' se cache en réalité une approche retardant l'issue de la confrontation au moment où la partie à laquelle un des juges a donné raison, invoque cette décision pour mettre fin à l'autre procédure.

Bien souvent le recours privilégié à l'exception de chose jugée est d'ailleurs présenté comme l'expression du *respect* de la souveraineté étrangère : le tribunal américain renoncerait à intervenir au nom de la courtoisie internationale, afin de laisser toute liberté au juge étranger de se prononcer.<sup>1438</sup> Une telle association entre l'attentisme et le respect s'explique si l'on sait que l'injonction *anti-suit* est perçue comme la seule modalité d'une

<sup>1435</sup> On consultera les études suivantes : G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, (589), 610 ("courts generally permit parallel proceedings on the same *in personam* claim to continue in different jurisdictions and eventually to proceed to judgment"); L. F. DEL DUCA et G. A. ZAPHIROU, "United States of America" in *Declining Jurisdiction*, (401); 424; W. HAU, 64 (règle de l'indifférence adoptée par la "Mehrzahl der US-amerikanischen Gerichte"); L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l Lawyer*, 1992, (21), 28 ("The general approach in US courts to litigation in multiple forums is to allow parallel proceedings to continue simultaneously"); de la même, *Transnational Litigation*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 236; G. BORN, 1996, 460 ("A fourth approach to parallel proceedings is simply to do nothing and to allow the two (or more) actions to proceed at their own pace to judgment. [...] [T]his is the generally preferred approach in many U.S. jurisdictions"); L. W. NEWMANN et D. ZASLOWSKY, *Litigating International Commercial Disputes*, St. Paul, West Publishing Co., 1996, 136 ("In sum, parallel proceedings are typically permitted in *in personam* actions until a judgment is reached in one that can be pled as *res judicata*"); J. FELLAS, "Parallel Proceedings", in *International Commercial Litigation*, New York, Practising Law Institute, 2000, (133), 162; M. TREVINO DE COALE, "Stay, Dismiss, Enjoin or Abstain? A Survey of Foreign Parallel Litigation in the Federal Courts of the United States", *Boston Univ. Int'l. L. J.*, 1999, (79), 85 ("In theory at least, the great majority of U.S. lower federal courts recognize in the international context the domestic 'rule permitting parallel proceedings in concurrent *in personam* actions"); Y. FURUTA, "International Parallel Litigation. Disposition of Duplicative Civil Proceedings in Japan and the U.S.", *Pacific Rim L. & Policy J.*, 1995, (1), 9; R. J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, 4<sup>ème</sup> ed., University Textbook Series, Mineola, Foundation Press, 2001, 275-276.

<sup>1436</sup> L. DRAKE, "Stop the Madness! Procedural and Practical Defenses to Avoid Inconsistent Cross-Border Judgments Between Texas and Mexico", *J. Transnat'l. L. & Policy*, 1999, 209-262. L'auteur explique par exemple que "res judicata stands as a bulwark against harassing litigants who file identical proceedings in multiple jurisdictions" (p. 230) et "res judicata appears to be the overriding defense available to cross-border litigants to avoid inconsistent cross-border judgments" (p. 261).

<sup>1437</sup> Notons que la loi-modèle proposée par l'ABA pour appréhender les conflits de procédures, dont nous avons déjà eu l'occasion d'expliquer le mécanisme (*supra*, n° 114), confirme le rôle des règles de reconnaissance dans la résolution des conflits de procédures. A la base, la loi modèle entend privilégier l'autonomie des parties en incitant celles-ci à concentrer le contentieux devant le for le plus approprié. Elle ne prévoit toutefois aucun instrument permettant aux tribunaux de coordonner des procédures concurrentes, si bien qu'elle les condamne à une attitude passive dans un premier stade, l'issue du conflit étant reportée à un stade ultérieur.

<sup>1438</sup> P. ex. *Randy Schneider et al. v Derek Wallace et al.* 832 F. Supp. 687, 693 (S.D.N.Y.1993) ("The general rule of comity requires the domestic court to exercise jurisdiction concurrently with the foreign court") et dans le même sens, *Diego J. Herstein v Martin E. Brueeman*, 743 F. Supp. 184, 187-188 (SDNY 1990) ("The general rule of comity is that the domestic court should exercise jurisdiction concurrently with the foreign court"). V. sur ce point L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l Lawyer*, 1992, 28.

éventuelle intervention. Les tribunaux américains trouvent dès lors dans cet argument une justification supplémentaire pour le 'laisser faire, laisser aller' qu'ils adoptent.

**336. Une règle générale à nuancer** - En réalité si les tribunaux ont fait de la '*parallel proceedings rule*' un principe général guidant leur conduite, il ne faudrait pas en déduire qu'ils s'abstiennent en pratique d'intervenir dans les conflits de procédures. Force est tout d'abord de constater que jamais une des parties concernées n'invoque en tant que tel le bénéfice de la position d'attente suggérée par le juge Wilkey. L'examen de la jurisprudence révèle au contraire que le rappel par les juges de la '*parallel proceedings rule*' s'inscrit systématiquement en creux de l'analyse d'une demande d'intervention formulée par une partie, qu'elle vise la procédure étrangère ou celle du for. Si le tribunal fait alors mention de la formule 'Laker', c'est pour mieux faire ressortir le caractère exceptionnel d'une intervention.

Comme l'explique une observatrice avisée du droit américain des conflits de procédures, "la question de savoir s'il faut ou non laisser se poursuivre des procédures concurrentes, ne se pose généralement que dans le contexte d'une autre réponse à ce conflit, que ce soit lorsqu'un juge refuse une interdiction de procéder, ou lorsqu'il refuse de s'abstenir en déférence à la procédure étrangère".<sup>1439</sup> Dans les faits, on constate d'ailleurs que l'appel du juge Wilkey à une attitude passive n'empêche pas les tribunaux américains de se mêler activement des conflits de procédures, sans attendre une éventuelle décision. Une étude récente qui a porté sur plus de 80 décisions fédérales mettant en jeu conflit de procédures à dimension internationale, nous apprend ainsi que les tribunaux concernés ont imposé une interdiction de procéder dans pas moins de 18 espèces, pour s'incliner devant la saisine concurrente du juge étranger dans 30 autres affaires. Dans plus de la moitié des cas, les tribunaux n'ont dès lors pas respecté la règle générale leur prescrivant une attitude attentiste.<sup>1440</sup> L'hommage rendu classiquement au dictum du juge Wilkey n'est dès lors pas dénué d'une certaine ambiguïté.

En réalité, la '*parallel proceedings rule*' ne constitue qu'une possibilité parmi d'autres pour les tribunaux américains confrontés à un conflit de procédures. Comme on l'a fait remarquer, le recours à l'exception de chose jugée a d'ailleurs tout d'une solution *subsidaire* : même si les tribunaux américains lui paient un hommage respectueux, en pratique le tribunal ne se cantonnera dans une position d'attente que si les circonstances de la cause ne justifient pas une intervention de sa part, soit que la procédure étrangère ne soit pas suffisamment abusive pour justifier l'injonction, soit que la saisine du juge étranger ne mérite pas que le tribunal américain s'incline.<sup>1441</sup>

Le rôle de l'exception de chose jugée est ainsi ramené à de plus justes proportions : principe général certes, mais d'une application en réalité subsidiaire. On aura d'ailleurs l'occasion de voir que les tribunaux ont développé ces dernières années une véritable

<sup>1439</sup> L. E. TEITZ, "International Parallel Litigation in the United States", étude réalisée pour le comité O de l'IBA, juin 1999, p. 2 : "The issue of allowing parallel suits to proceed usually arises within the context of other responses to parallel proceedings, either in refusing to grant an antisuit injunction, or refusing to defer or grant a stay of domestic litigation".

<sup>1440</sup> Cette analyse est l'oeuvre de M. TREVINO COALE, *l.c.*, *Boston Univ Int'l L. J.*, 1999, 79-114.

<sup>1441</sup> V. les observations de M. HAU à ce sujet. Il explique ainsi que "Die *parallel proceedings rule* erklärt sich vielmehr als eine Konsequenz fehlender Handlungsalternativen der US-amerikanischen Gerichte" et M. Hau de décrire ensuite les limites inhérentes à l'injonction ainsi qu'à la possibilité pour le tribunal de s'abstenir (p. 64). Dans le même sens, L. E. TEITZ, *Transnational Litigation*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 235 ("When a request for [an antisuit injunction] is denied, [the parallel proceedings rule] is the usual result. Thus the rules for allowing parallel proceedings and issuing antisuit injunctions are reverse images".)

doctrine de l'abstention internationale, dont l'importance va en grandissant (*infra*, n° 569). Cette évolution vient réduire d'autant la portée de la 'parallel proceedings rule'. En définitive, tout porte à croire que si l'on prête généralement aux tribunaux américains une attitude passive face aux procédures concurrentes, cela tient plus d'un raccourci du raisonnement que d'une constatation appuyée par l'expérience.

337. Pour une relecture de l'arrêt *Laker* - Cette remise en question du statut de la règle 'générale' peut d'ailleurs en appeler à une lecture plus attentive de la décision *Laker*, qui jette un autre éclairage sur le 'principe' posé par la Cour. Il faut en effet replacer le passage maintes fois cité dans son contexte. En l'espèce, la Cour devait répondre à la question de savoir si l'injonction *anti-suit* accordée en première instance pour bloquer la procédure anglaise était justifiée. Le passage dont question fait d'ailleurs partie d'un paragraphe intitulé '*propriety of the anti-suit injunction*'. La lecture de ce paragraphe révèle que la Cour cherchait avant tout à souligner le caractère exceptionnel de l'interdiction de procéder, ce qui s'explique en raison du contexte extrêmement délicat de l'affaire et en particulier la paralysie des procédures provoquée par les injonctions réciproques.

Si la Cour évoque à ce stade du litige le principe selon lequel les deux tribunaux saisis concurremment doivent pouvoir connaître du litige simultanément, ce n'est que pour mieux souligner que l'injonction sera rarement accordée.<sup>1442</sup> On est donc loin d'une prise de position *en faveur* de la poursuite simultanée de deux procédures, d'autant plus qu'en l'espèce la Cour d'Appel s'est écartée de la règle qu'elle venait d'évoquer pour interdire aux défendeurs la poursuite de la procédure anglaise. On peut dès lors douter qu'elle ait entendu consacrer la règle générale qu'on lui prête si volontiers. En définitive, l'heureuse fortune qu'a connue cette décision ne doit pas faire oublier que la Cour s'efforçait avant tout d'exprimer son souci de limiter aux cas les plus exceptionnels l'octroi d'une interdiction de procéder.

Par la suite, la répétition de la règle 'générale' extraite de son contexte va toutefois contribuer à donner l'impression que la Cour d'Appel a embrassé pleinement la 'parallel proceedings rule'.<sup>1443</sup> Le mode prescriptif utilisé par la Cour - qui décide que "les procédures concurrentes [...] *doivent* en règle générale se poursuivre de façon simultanée"<sup>1444</sup> - n'est sans doute pas étranger à l'interprétation extensive qui a été donnée de sa décision. On ne peut toutefois que souscrire à l'invitation de M. Baumgartner, qui appelle à une "lecture de la décision *Laker* non pas comme la consécration d'une règle encourageant la poursuite simultanée de procédures concurrentes, mais plutôt comme un appel à la modération dans l'utilisation de l'injonction".<sup>1445</sup>

Certains tribunaux ne s'y sont pas trompés. S'ils invoquent le dictum du juge Wilkey, ce n'est pas tant pour justifier une attitude attentiste, mais plutôt pour expliquer leur refus

<sup>1442</sup> Après avoir posé la 'parallel proceedings rule', la Cour ajoute d'ailleurs que "For this reason, injunctions restraining litigants from proceedings in courts of independent countries are rarely issued" : 731 F.2d 909, 926 (D.C. Cir. 1984). A cette première justification, la Cour en ajoute une seconde, à savoir le souci d'éviter une interférence avec la procédure étrangère ("A second reason cautioning against exercise of the power is avoiding the impedance of the foreign jurisdiction", 731 F.2d 909, 926 (D.C. Cir. 1984)).

<sup>1443</sup> La doctrine elle-même se laisse parfois attirer par de tels raccourcis, v. p. ex. L. F. DEL DUCA et G. A. ZAPHIRIOU, *l.c.*, in *Dedining Jurisdiction*, (401), 424 ("Generally federal courts in the United States favour parallel proceedings in the United States and refuse to abstain in favour of foreign proceedings, even when a balance of convenience favours the foreign proceedings", nous soulignons).

<sup>1444</sup> Nous soulignons : "parallel proceedings [...] should ordinarily be allowed to proceed simultaneously".

<sup>1445</sup> S. BAUMGARTNER, "Related Actions", *ZJP Int.*, 1998, (203), 222 ("[...] a reading of the *Laker* rule more as an appeal to be cautious in issuing anti-suit injunctions than as a policy in favor of parallel proceedings").

de décerner l'injonction sollicitée par le demandeur. Dans l'affaire *China Trade* par exemple, une entreprise établie aux États-Unis, tentait d'obtenir des dommages et intérêts de son cocontractant coréen, qui avait manqué à son obligation de livraison d'une grande quantité de soja après que son navire se fut échoué.<sup>1446</sup> Alors que le processus de 'discovery' suivait son cours à New York, le vendeur coréen sollicita la protection de ses propres tribunaux sous la forme d'une demande de jugement déclaratoire l'exonérant de toute responsabilité pour les dommages subis par l'acheteur. En première instance, le tribunal fit droit à la demande de l'acheteur et interdit au vendeur de poursuivre la procédure coréenne. Cette décision fut toutefois réformée en appel. Pour justifier son refus d'interdire la procédure étrangère, la Cour rappela la règle générale selon laquelle les procédures concurrentes doivent être tolérées.<sup>1447</sup> Citant le dictum *Laker*, la Cour expliqua que "Lorsque deux souverains possèdent une compétence *in personam* concurrente, un tribunal s'abstiendra généralement d'intervenir ou de tenter de mettre fin à la procédure dont est saisi l'autre".<sup>1448</sup> Voilà la 'parallel proceedings rule' ramenée à son juste rôle de frein à l'intervention du tribunal américain, et en particulier à l'octroi d'une interdiction de procéder, ce que confirment d'autres décisions.<sup>1449</sup>

**338. Limites de la 'parallel proceedings rule' : actions 'in rem' et contentieux de la faillite** - Un dernier élément vient nuancer le primat de la passivité comme règle générale dans la pratique américaine. Telle que définie dans l'arrêt *Laker*, la 'parallel proceedings rule' ne joue en effet qu'à l'égard des actions dites '*in personam*'.<sup>1450</sup> La passivité qu'elle impose au tribunal américain disparaît lorsque l'une des procédures est dite '*in rem*', c'est-à-dire une action qui vise à obtenir que le juge se prononce sur le sort d'un bien, et pour laquelle il déduit sa compétence de la présence du bien dans la juridiction.<sup>1451</sup> On sait que la distinction entre procédures *in rem* et *in personam* a perdu de sa signification depuis que la Cour Suprême a donné au test de la 'due process' un caractère général, s'appliquant quel que soit le fondement de la compétence.<sup>1452</sup> Cette distinction conserve toutefois son importance dans le cadre des conflits de procédure, puisque l'existence d'une compétence *in rem* constitue une limite à la règle générale de la passivité. Dès lors que le juge américain tire sa compétence de la présence d'un bien, il assume également le contrôle de ce bien. Ce contrôle est exclusif et ne peut être partagé. La procédure concurrente doit dès lors disparaître. C'est du moins la règle dans la

<sup>1446</sup> *China Trade & Deu Corp. v M. V. Choong Yong*, 837 F.2d 33 (2<sup>nd</sup> Cir. 1987).

<sup>1447</sup> 837 F.2d 33, 36. Et la Cour d'ajouter que "Since parallel proceedings are ordinarily tolerable, the initiation before a foreign court of a suit concerning the same parties and issues as a suit already pending in a United States court does not, without more, justify enjoing a party from proceeding in the foreign forum". Et la Cour de faire ensuite référence à la "policy that allows parallel proceedings to continue and disfavors anti-suit injunctions".

<sup>1448</sup> "When two sovereigns have concurrent in personam jurisdiction, one court will ordinarily not interfere with or try to restrain proceedings before the other" : *China Trade & Deu Corp. v M. V. Choong Yong*, 837 F.2d 33, 36 (2<sup>nd</sup> Cir. 1987).

<sup>1449</sup> *Sea Containers Ltd. v Steena AB*, 890 F. 2d 1205, 1212-1213; *Gau Shan Co., Ltd. v Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1349, 1352 (6<sup>th</sup> Cir. 1992) qui ne souscrit à la règle d'indifférence de *Laker* que pour conclure que "injunction restraining litigants from proceeding in courts of independent countries are rarely issued"; *Mutual Service Cas. Ins. Co. v Frit Industries*, 805 F. Supp. 919, 922, note 3 (M.D. Ala. 1992) (illustre bien les connexions entre la règle de l'indifférence et l'injonction : "The rule favoring parallel proceedings in matters subject to concurrent jurisdiction applies primarily to requests for injunctions prior to a judgment on the merits").

<sup>1450</sup> On entend par action *in personam* une action qui est dirigée contre une partie et qui a pour but de la contraindre à faire ou à ne pas faire quelque chose de spécifique. V. p. ex. la définition donnée par Dicey et Morris, 2000, 270 ainsi que les explications de Cheshire et North, 1999, 285-286.

<sup>1451</sup> Sur la conception très restrictive de l'action *in rem* en droit anglais, v. Cheshire et North, 1999, 325 e.s.

<sup>1452</sup> *Shaffer v Heitner*, 433 U.S. 196, 97 S. Ct. 2575, 53 L.Ed. 2d 692. En général, v. E. F. SCOLES, P. HAY, P. J. BORCHERS et S. C. SYMEONIDES, 2000, 297-299.

pratique inter-américaine des conflits de juridiction, où l'on accepte que le tribunal premier saisi a priorité lorsqu'il est saisi *in rem*.<sup>1453</sup>

La situation particulière des actions *in rem* s'est également répercutée dans le contentieux international. L'existence d'une action 'réelle' paralyse également le jeu normal de la 'parallel proceedings rule', en imposant au juge américain second saisi de céder la priorité au juge étranger, lorsque celui-ci a pris contrôle de la chose litigieuse. C'est ainsi que dans une espèce mettant en jeu un trust, la Cour d'Appel du 3<sup>ème</sup> Circuit s'est dessaisie au profit d'un tribunal canadien antérieurement saisi.<sup>1454</sup>

La passivité est également battue en brèche en matière de *faillite*, où l'exception de chose jugée est carrément supplantée par le souci d'une intervention rapide qui prend la forme d'une coordination avec la procédure étrangère. Dans cette matière, le législateur a lui-même consacré la possibilité pour le juge américain de surseoir à statuer en déférence à une procédure étrangère, si une telle mesure semble être dans l'intérêt du failli et des créanciers.<sup>1455</sup>

**339. Conclusion : une règle générale sur un piédestal tremblant** – En somme, le recours à l'exception de chose jugée n'a dans la pratique américaine que l'apparence d'une règle générale. La décision de laisser les deux procédures se poursuivre de façon parallèle procède le plus souvent d'un choix par élimination. L'indifférence n'a pas dans la jurisprudence américaine le caractère général qu'on lui prête si volontiers.

Formellement le recours à l'exception de chose jugée conserve cependant son statut et son rang de règle générale.<sup>1456</sup> C'est ce qui permet de distinguer la position américaine de celle des nombreuses autres juridictions dans lesquelles elle ne remplit qu'une fonction *subsidaire*. Après avoir cerné le rôle joué par l'exception de chose jugée en droit positif, il faut maintenant s'attarder sur l'*origine* de cette règle.

<sup>1453</sup> L'arrêt de principe a été prononcé par la Cour Suprême dans l'affaire *Princess Lida of Thurn and Taxis v Thomson*, 305 U.S. 456, 466 (1939). Dans cette affaire qui portait sur la gestion d'un trust établi après le divorce de la demanderesse, le conflit opposait un tribunal fédéral à un tribunal d'un état. La Cour décida que "if two suits are in rem, or quasi in rem, so that the court [...] has possession or must have control of the property which is the subject of the litigation in order to proceed with the cause and grant the relief sought, the jurisdiction of the one court must yield to the other". V. également *Penn General Casualty Co v Pennsylvania ex rel. Schnader Attorney General*, 294 U.S. 189, 195 (1934) et plus récemment *Donovan v City of Dallas*, 377 U.S. 408 (1964) et *Colorado River Water Conservation District et al. v United States*, 424 U.S. 800, 818 (1976). En général, J. P. GEORGE, "Parallel Litigation", *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 782.

<sup>1454</sup> *Dailey v The National Hockey League*, 987 F. 2d 172, 176 (3d. Cir. 1993). La Cour observa que la règle posée par la Cour Suprême dans l'affaire *Princess Lida* "is a 'mechanical rule' which requires that the court in which the second suit is brought yield its jurisdiction if the requisite 'property' showing is made". V. également *Poseidon Schiffahrt v M/S Netuno*, 335 F. Supp. 684, 687 (S. D. Ga 1972).

<sup>1455</sup> Il s'agit du 11 USC 305, selon lequel "(a) The court [...] may dismiss a case under this title, or may suspend all proceedings [...] at any time if [...] (2) (A) there is pending a foreign proceeding; and (B) the factor specified in section 304(c) of this title warrant such dismissal or suspension [...]". V. par exemple *Conard S.S. Co v Salem Reefers & Servs.*, 773 F.2d 452 (2d Cir. 1985); *Pravin Bankers Asscs. v Banco Popular del Peru*, 165 B.R. 379 (S.D.N.Y. 1994); *Lindner Fund Inc v Polly Pedé Int'l plc*, 143 B.R. 807 (S.D.N.Y. 1992); *Caddle v Clairton Corp.*, 105 B.R. 366 (N.D. Tex. 1989); *Kerner Pros. Co v Société Foncière et Financière Agache-Willot*, 532 F. Supp. 478 (S.D.N.Y. 1982).

<sup>1456</sup> Un auteur américain a récemment été particulièrement franc à ce sujet. Contrastant l'approche européenne, qu'il décrit comme reposant sur une règle de litispendance favorisant la course au for, avec l'approche américaine des conflits de procédures, il explique que celle-ci consiste à privilégier « a race to judgement » (R. A. BRAND, « Where to From Here? Prospects for a Hague Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments », *Mealey's Int'l Arbitration Report*, 2001, vol. 16/10, (38), 43).

B. La passivité des tribunaux américains, extension d'une pratique bien établie au sein de l'espace judiciaire américain

340. **Influence de la pratique interne des conflits de procédures** - La confiance qu'accordent les tribunaux américains à l'exception de chose jugée pour résoudre les conflits de procédures s'est pleinement manifestée depuis l'affaire *Laker*.<sup>1457</sup> Que ces tribunaux américains se soient tournés vers l'exception de chose jugée pour appréhender les conflits de procédures, se comprend en raison de l'importance de cette exception dans le droit interne américain. On doit y voir une nouvelle manifestation de l'influence de cette pratique interne. Le complexe échafaudage des relations entre les différents pouvoirs judiciaires américains constitue en effet une source inépuisable d'inspiration pour les tribunaux confrontés à des espèces véritablement internationales.<sup>1458</sup>

Comme le fait observer Mme Teitz, c'est d'abord la jurisprudence relative aux relations entre tribunaux des différents Etats qui a servi de modèle pour la relative tolérance dont font preuve les tribunaux américains à l'égard des conflits de procédures.<sup>1459</sup> Les règles régissant les relations entre tribunaux fédéraux d'une part des états d'autre part n'ont fait que confirmer la solution de l'indifférence.

341. **Les relations entre tribunaux fédéraux et étatiques, premier modèle de la passivité** - Les relations entre tribunaux fédéraux et ceux qui répondent aux différents Etats américains ont fourni le premier modèle pour les conflits proprement internationaux. Des conflits de cette nature sont légions aux Etats-Unis, en raison de l'absence de principe de règles attribuant une compétence exclusive à l'un ou l'autre système. Il est fréquent qu'un tribunal fédéral ait à connaître d'une action fondée sur le droit d'un Etat, par exemple dans le cadre de sa compétence dite de '*diversity*'. De même, dans la majorité des cas, les tribunaux fédéraux n'ont pas de prétention exclusive à connaître des actions déduites du droit fédéral.<sup>1460</sup> Lorsque les tribunaux des deux ordres sont saisis simultanément, les impératifs du fédéralisme expliquent qu'ils s'abstiendront le plus souvent d'intervenir dans un sens ou dans l'autre. C'est ce que rappelle M. Redish dans une étude récente, dans laquelle il explique que "[...] traditionnellement on accepte

<sup>1457</sup> Des décisions plus anciennes avaient toutefois déjà préparé le terrain, v. *I.J.A. Inc. v. Marine Holding Ltd.*, 524 F. Supp. 197, 198 (E.D. Pa. 1981) (le tribunal explique que « Principles of comity [...] currently compel the conclusion that both lawsuits proceed simultaneously »).

<sup>1458</sup> M. Burbank écrit à ce propos que "International civil litigation in the United States has involved doctrinal cross-fertilization between domestic and international cases" (S. B. BURBANK, "Jurisdictional Equilibration, the Proposed Hague Convention and Progress in National Law", *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 213). V. aussi du même, "The World in Our Courts", compte-rendu de l'ouvrage de G. B. BORN, *International Civil Litigation in United States Courts. Commentary and Materials*, Kluwer Law International, La Haye, 1996, *Michigan L. Rev.*, 1991, 1456.

<sup>1459</sup> L. E. TEITZ, *op. cit.*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 236 ("International litigation dispersed in multiple countries is treated as analogous to lawsuits in different States within the U.S.").

V. déjà *Compagnie des Bauxites de Guinée v Insurance Company of North America, et al.*, 651 F. 2d 877 (3<sup>rd</sup> Cir. 1981), *cert. denied* 457 U.S. 1105 (1982) (La Cour, avant même l'arrêt *Laker*, reconnaît que la tolérance à l'égard des procédures concurrentes telle qu'elle est pratiquée pour les espèces purement internes "has often been applied in cases similar to the present case where one of the actions is in a foreign jurisdiction", et en tire argument pour refuser *in casu* l'injonction).

<sup>1460</sup> V. par exemple *Charles Dowd Box v Courtney*, 368 U.S. 502, 514 (1962) (La Cour Suprême rappelle la "historic acceptance of concurrent state and federal jurisdiction over cases arising under federal law"). V. également *Gulf Offshore Co. v Mobil Oil Corp.*, 453 U.S. 473 (1981).

que des procédures parallèles conduites à la fois devant un juge fédéral et un juge d'un Etat, doivent coexister".<sup>1461</sup>

Concrètement, la passivité imposée aux tribunaux se traduit d'abord par une interdiction quasi-absolue d'avoir recours à l'interdiction de procéder pour mettre fin au conflit de procédures. Une disposition législative expresse interdit ainsi aux tribunaux fédéraux d'avoir recours à l'arme de l'injonction pour paralyser une procédure pendante devant un tribunal d'un Etat.<sup>1462</sup> Soulignant la nécessité d'éviter une immixtion du pouvoir fédéral dans la conduite des affaires judiciaires d'un Etat,<sup>1463</sup> la Cour Suprême a donné une interprétation fort restrictive des trois exceptions prévues par cette législation, ne laissant subsister que peu de place pour l'injonction.<sup>1464</sup>

Dans la majorité des cas, le tribunal fédéral ne pourra dès lors avoir recours à l'interdiction de procéder pour mettre fin à la concurrence de procédures.<sup>1465</sup> Ce n'est que lorsque le demandeur apporte la preuve de circonstances particulières qui vont au-delà de la simple concurrence de procédures que l'injonction pourra éventuellement être accordée.<sup>1466</sup> La neutralisation quasi-absolue de l'injonction se conjugue à l'insistance de la Cour Suprême sur l'obligation des tribunaux d'exercer la compétence qui leur est accordée, pour faire de la coordination entre procédures concurrentes une mesure exceptionnelle. La Cour Suprême a en effet fait de la possibilité pour un tribunal fédéral de déférer à une procédure étatique concurrente une *exception*, la règle générale étant celle de l'exercice de la compétence et donc la conduite simultanée des procédures.<sup>1467</sup> Sauf

<sup>1461</sup> M. A. REDISH, "Intersystemic Redundancy and Federal Court Power : Proposing a Zero Tolerance Solution to the Duplicative Litigation Problem", *Notre Dame L. Rev.*, 2000, (1347), 1350 : "[...] the traditional approach to the simultaneous conduct of parallel and overlapping state and federal civil litigation is that the two may readily 'coexist'".

<sup>1462</sup> Il s'agit du 28 U.S.C. § 2283, qui dispose que "a court of the United States may not grant an injunction to stay proceedings in a State court except as expressly authorized by Act of Congress, or where necessary in aid of its jurisdiction, or to protect or effectuate its judgments".

Sur cette législation, v. M. REDISH, "The Anti-Suit Injunction Statute Reconsidered", *U. Chicago L. Rev.*, 1977, 717-760 et D. P. WOOD, "Fine-Tuning Judicial Federalism : A Proposal for Reform of the Anti-Injunction Act", *B. Y. U. L. Rev.*, 1990, 289-320.

<sup>1463</sup> La Cour Suprême a observé que le but du législateur était "to forestall the inevitable friction between the state and federal courts that ensues from the injunction of state judicial proceedings by a federal court" : *Vendo Co v Lektro Vend. Corp.*, 433 U.S. 623, 630 (1977).

<sup>1464</sup> V. surtout *Vendo Co v Lektro Vend. Corp.*, 433 U.S. 623, spéc. pp. 641-642 (1977) et pour plus de détails, M. REDISH, *l.c.*, *Notre Dame L. Rev.*, 2000, (1317), 1357-1360 ainsi que J.-P. GEORGES, "Parallel Litigation", *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 875-897. Dans la jurisprudence inférieure, v. par ex. *Total Plan Serv, Inc v Texas Retailers Ass'n, Inc.*, 925 F.2d 142, 144 (5th Cir 1991) (la Cour note que "the prohibition (of the Anti Injunction Act) is not to be whittled away by judicial improvisation", et que la procédure devant le tribunal de l'Etat "should normally be allowed to continue unimpaired by intervention of the lower federal courts [...]". Enfin la Cour observe que "any doubts are to be resolved in favor of allowing the State court action to proceed").

<sup>1465</sup> Lorsqu'un tribunal possède une compétence *in rem*, il lui est toutefois loisible de chercher à la protéger au moyen d'une injonction, selon une jurisprudence constante depuis *Kline v Burke Construction Co.*, 260 U.S. 226 (1922). De même, il semble que les limitations imposées au pouvoir d'injonction des tribunaux fédéraux ne visent que les procédures concurrentes déjà pendantes, et ne s'appliquent pas lorsque l'injonction vise une procédure future, v. *Dombrowski v Pfister*, 380 U.S. 479 (1965).

<sup>1466</sup> En ce sens et pour plus de détails, M. A. REDISH, *l.c.*, *Notre Dame L. Rev.*, 2000, (1347), 1357-1360 et 1359 ("[...] in the overwhelming majority of cases, a federal court is powerless to stop a parallel state litigation"); J.-P. GEORGES, *l.c.*, *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 875 (qui explique que l'injonction "can be the most difficult remedy to obtain [...]"). En sens inverse, il semble qu'il soit encore plus difficile à un tribunal étatique de tenter d'interdire une action pendante devant un tribunal fédéral, v. *Dorow v City of Dallas*, 377 U.S. 408, 412 (1964) : Justice Black explique dans cette décision que "Early in the history of our country a general rule was established that state and federal courts would not interfere with or try to restrain each other's proceedings. That rule has continued substantially unchanged to this time". V. déjà *Southern Railway Co v Painter*, 314 U.S. 155 (1941) et pour plus de détails, J.-P. GEORGES, *l.c.*, *Baylor L. Rev.*, 1999, 901-904.

<sup>1467</sup> *Colorado River Water Conservation District v United States*, 424 U.S. 800, 817 (1976). La Cour parle de "virtually unflagging obligation [...] to exercise the jurisdiction given [...]". Sur cette décision, *infra*, n° 571.

circonstances exceptionnelles,<sup>1468</sup> le tribunal fédéral ne pourra donc ‘renvoyer’ les parties devant la juridiction étatique.<sup>1469</sup> Les tribunaux ont d’ailleurs confirmé que le ‘*plea of abatement*’, une exception d’irrecevabilité tirée de l’existence d’une procédure antérieure, ne s’appliquait pas dans les relations entre tribunaux fédéraux et étatiques.<sup>1470</sup>

En somme la relative indifférence des tribunaux fédéraux pour la concurrence de procédures, indifférence qui n’est d’ailleurs pas absolue,<sup>1471</sup> se déduit de l’effet cumulé des restrictions posées par la Cour Suprême à l’utilisation des divers mécanismes de coordination.<sup>1472</sup> Considérées séparément, ces restrictions sont parfaitement justifiées au vu des impératifs du fédéralisme américain. Comme le note M. *Redish*, on peut regretter que la Cour Suprême n’ait pas considéré l’effet *cumulé* de sa jurisprudence, qui aboutit à laisser se poursuivre des procédures concurrentes, en repoussant toute solution au stade de la reconnaissance.<sup>1473</sup> Le moins que l’on puisse dire, c’est que la passivité des tribunaux fédéraux n’est dès lors pas tant un choix *positif* et *délibéré* pour la conduite parallèle de procédures concurrentes, qu’une tentative d’éviter les effets secondaires des mécanismes de coordination, jugés néfastes pour les relations fédérales. Il en va de même pour l’autre

V. déjà le dictum du juge Marshall en 1821 dans l’affaire *Coburn* : “It is most true that this court will not take jurisdiction if it should not; but it is equally true that it must take jurisdiction if it should [...]. With whatever doubts, with whatever difficulties, a case may be attended, we must decide it if it be brought to us. We have no more right to decline the exercise of jurisdiction which is given, than to usurp that which is not given” : *Coburn v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.), 264, 404 (1821).

<sup>1468</sup> Sur l’interprétation de cette condition, v. p. ex. *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1 (1983).

<sup>1469</sup> Pour plus de détails, S. T. KOENIG, “Federal Court Stays and Dismissals in Deference to Duplicate State Court Litigation”, *Ohio St. L. J.*, 1985, 435-456 et dans la littérature plus ancienne, “Stays of Federal Proceedings in Deference to Concurrently Pending State Court Suits”, *Columbia L. Rev.*, 1960, 684-710; “Power to Stay Federal Proceedings Pending Termination of Concurrent State Litigation”, *Yale L. J.*, 1950, 978-991; M. M. WILSON, “Federal Court Stays and Dismissals in Deference to Parallel State Courts Proceedings : The Impact of Colorado River”, *Univ. Chi. L. Rev.*, 1977, 641-680.

<sup>1470</sup> V. par exemple *Space Master Int’l. Inc. v. Porta-Kamp Manufacturing Corp. Inc.*, 794 S.W. 2d 944, 946 (C.A. Texas 1990) (“the mere pendency of an action in federal court involving the same parties and the same issues is not a reason for abating the subsequent State court proceedings”).

Comme l’explique une encyclopédie bien connue, “The federal and state courts that have concurrent jurisdiction over civil actions, generally may be considered as courts of separate jurisdictional sovereignties, and the pendency of a personal action in either state or a federal court generally does not entitle the defendant to abatement of a like action in the other” (1 Am. Jur. 2d, v° Abatement, Survival & Revival, § 18). Dans le même sens, *Standard Encyclopedia of Procedure*, v° Another Action Pending, vol. I, p. 1005; *Cyclopedia of Federal Procedure*, 3ème ed., vol. 9, 1993, v° Abatement and Revival, par C. M. Thompson, Rochester, Lawyers Cooperative Publishing, p. 63, n° 27-41.

<sup>1471</sup> La Cour Suprême semble par exemple se montrer plus souple et accepter plus facilement qu’un tribunal fédéral défère à une procédure concurrente devant un tribunal étatique lorsque la procédure fédérale ne vise qu’à obtenir un jugement *déclaratoire*, voyez p. ex. *Will v. Calvert Fire Insurance Co.*, 437 U.S. 655 (1978) et *Wilton v. Seven Falls Co.*, 515 U.S. 277 (1995). Par ailleurs certains Etats ont mis en place un système permettant le transfert d’une procédure dont a été saisi un de leurs tribunaux, à une juridiction fédérale, v. J.-P. GEORGES, *l.c.*, *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 851-852 et p. ex. *Electronic Lab Supply Co. v. Cullen*, 782 F. Supp. 1016 (E.D. Pa. 1991), *aff’d*, 977 F. 2d 798 (3d Cir. 1992).

<sup>1472</sup> Notons que l’interprétation restrictive que fait la Cour Suprême de la possibilité pour un tribunal fédéral de s’abstenir, est loin d’être exempte de toute critique. P. ex. D. SONENSHEIN, “Abstention : The Crooked Course of Colorado River”, *Tulane L. Rev.*, 1985, 651-699 (offre sa propre solution pour un partage des rôles entre les tribunaux fédéraux et ceux établis par les Etats) et L. MULLENIX, “A Branch Too Far : Pruning the Abstention Doctrine”, *Georgetown L.J.*, 1986, 99-157 (qui plaide au contraire pour encore plus de restriction à la possibilité pour un tribunal de s’abstenir). V. aussi l’approche restrictive de J. C. REHNQUIST, « Taking Comity Seriously : How to Neutralize the Abstention Doctrine », *Stanford L. Rev.*, 1994, 1049-1114 et de B. FRIEDMAN, “A Revisionist Theory of Abstention”, *Michigan L. Rev.*, 1989, 530-602.

<sup>1473</sup> M. A. REDISH, *l.c.*, *Notre Dame L. Rev.*, 2000, spéc. 1355-1360. M. *Redish* explique p. 1355 que “the [...] tolerance of such duplication flows not from any kind of conscious choice on the part of either judge or legislator. Rather, such tolerance represents the coincidental and collateral impact of two really distinct jurisdictional doctrines, one concerning the Anti Injunction Statute and the other concerning the scope of judge-made abstention”.

source d'inspiration des tribunaux américains, la concurrence de procédures devant les tribunaux d'États différents.

342. **Les relations entre tribunaux des états, deuxième source d'inspiration** - En règle générale en effet, ces procédures se poursuivront de façon parallèle, faute d'instrument permettant d'assurer leur coordination.<sup>1474</sup> Les tribunaux ont très tôt décidé que les dispositions constitutionnelles imposant le respect des jugements provenant d'autres États ne s'appliquaient pas aux procédures simplement pendantes.<sup>1475</sup> Il n'existe pas non plus de mécanisme permettant le transfert d'une procédure d'un État vers un autre.<sup>1476</sup> En outre, même si en théorie les tribunaux étatiques ont à leur disposition l'injonction *anti-suit* pour mettre fin à une procédure concurrente, on constate qu'en pratique le recours à ce mécanisme est exceptionnel – sans doute en raison de son efficacité limitée, ce type de décision ne jouissant pas du privilège de reconnaissance automatique garanti par la *Full Faith and Credit Clause*.<sup>1477</sup> Les tribunaux sont d'ailleurs unanimes à souligner la nécessité de respecter une certaine courtoisie fédérale, qui commande de n'exercer le pouvoir d'injonction qu'avec réserve.<sup>1478</sup>

Enfin la jurisprudence se montre hésitante à accorder la priorité au tribunal saisi d'une procédure concurrente, en soumettant les différentes formes de la déférence (*infra*, n° 570) à des conditions pour le moins restrictives. On peut tout d'abord observer que la saisine d'un tribunal d'un État ne constitue pas en tant que telle un obstacle à la saisine d'un tribunal situé dans un autre État. Le droit fédéral n'impose aucune règle de priorité en la matière, chaque État est libre de prévoir ce que bon lui semble.<sup>1479</sup> Très tôt les

<sup>1474</sup> En général, G. T. CONWAY, "The Consolidation of Multistate Litigation in State Courts", *Yale L. J.*, 1987, (1099), 1103-1104.

<sup>1475</sup> V. récemment *Texas Employers' Ins. Ass'n v Jackson*, 820 F.2d 1406, 1421 (5<sup>th</sup> Cir 1987). Sur l'historique et les buts assignés par les pères fondateurs américains à la clause de *Full Faith and Credit*, v. C. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux États-Unis*, Paris, Economica, 1987, 104-121.

<sup>1476</sup> Une proposition en ce sens de la *National Association of Commissioners on Uniform State Laws* n'a pas rencontré le succès escompté, v. le *Transfer of Litigation Act, Uniform Transfer of Litigation*, § 104, 14 Uniform Law Association 194 (Suppl. 1999) et l'étude de T. D. ROWE, "Jurisdiction and Transfer Proposals for Complex Litigation", *Rev Litigation*, 1991, 325-358.

<sup>1477</sup> *Supra*. V. J. P. GEORGES, *l.c.*, *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 840-849 et G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia Trans.*, 1990, 595-597. V. toutefois *Hoozer Realty Co v American Institute of Marketing Systems, Inc.*, 179 N.W. 2d 683 (Mich. Ct. App. 1970) (un tribunal du Michigan interdit la poursuite d'une procédure au Missouri); *Williams v Payne*, 94 P. 2d 341 (Kans. 1939) (Cour Suprême du Kansas approuve une injonction anti-suit décernée contre une action au Missouri).

<sup>1478</sup> P. ex. *Christensen v Integrity Insurance Co.*, 719 S.W. 2d 161, 163 (Tex. 1986) (la Cour Suprême du Texas casse une injonction visant une procédure pendante en Californie. Les juges notent que "No question exists that Texas courts are empowered to issue injunctions to prevent parties from going forward with litigation in a sister state. The principle of comity, however, requires, that court exercise this equitable power sparingly, and only in very special circumstances"). V. également *Golden Rule Insurance Co v Harper*, 925 S.W. 2d 649 (Tex. 1996).

<sup>1479</sup> On a fait remarquer que la clause constitutionnelle du *full faith and credit* aurait pu être interprétée comme imposant aux États le respect non seulement d'une procédure achevée mais également d'une procédure pendante (en ce sens, S. B. BURBANK, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 209, qui explique que "The capacious language of the Full Faith and Credit Clause of the Constitution could have been used to fashion a federal law of lis pendens for actions brought within the United States [...]". Cette clause évoque en effet le 'judicial proceedings' d'un autre État, et non la décision déjà rendue (p. ex. le juge Jackson in *Barber v Barber*, 323 U.S. 77, 65 S. Ct. 137, 89 L. Ed. 82 (1944), qui note que la clause aurait pu s'appliquer aux procédures pendantes) Très vite cependant les tribunaux ont décidé que cette clause ne s'appliquait qu'aux décisions finies. V. P. HAY, "On Comity, Reciprocity and Public Policy in the U.S. and German Judgments Recognition Practice", in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siebr.*, J. BASEDOW et al. (éds.), The Hague, T.M.C. Asser Press, 2000, (237), 248-249, note 70 ("While the Full Faith and Credit Clause does refer to 'judicial proceedings' and not to (final) judgments, as Justice Jackson noted in his concurrence in *Barber v. Baber* [...], only final judgments are generally deemed to be covered by the constitutional command"). M. Burbank plaide pour en revenir à une interprétation littérale de la clause, qui devrait dès lors se lire comme contenant une règle de priorité en faveur du tribunal premier saisi : « It is time to implement the Full Faith and Credit Clause, the grants of

tribunaux ont décidé qu'il n'y avait pas lieu d'accueillir une exception d'irrecevabilité déduite de la saisine antérieure d'un tribunal d'un autre Etat. Au départ, cela se traduisait pas un refus de conférer une portée extra-territoriale au '*plea of abatement*', une exception d'irrecevabilité, qui permettait notamment à une partie de s'opposer à l'introduction d'une procédure portant sur un litige déjà soumis à un juge du même Etat.<sup>1480</sup> Ce '*plea*', qui conférait au juge second saisi une certaine marge d'appréciation,<sup>1481</sup> ne pouvait selon la jurisprudence être invoqué que dès lors que les deux tribunaux concernés dépendaient du même souverain.

S'inspirant d'une vieille jurisprudence anglaise, un tribunal de New York a ainsi rejeté en 1812 une exception d'irrecevabilité déduite de l'existence d'une procédure concurrente engagée devant les tribunaux du Massachusetts.<sup>1482</sup> Selon la Cour, "l'existence d'une procédure devant un tribunal étranger, engagée par le même demandeur contre le même défendeur, portant sur le même litige, ne constitue pas un obstacle à l'institution d'une nouvelle procédure devant nous".<sup>1483</sup> Cette première décision fera date. Tout au long du 19<sup>ème</sup> siècle et jusqu'à aujourd'hui, les tribunaux répéteront que l'*abatement* n'a vocation à être invoqué qu'à l'intérieur des frontières d'un souverain, et non pas lorsque deux Etats sont saisis simultanément.<sup>1484</sup>

---

judicial power in Article III [...] with legislation that provides federal lis pendens standards, binding in state and federal courts alike [...]. The standard should not usually permit parallel litigation and they should make it impossible ever again to suggest that normative thinking about American law supports such litigation generally » (*l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 229-230).

<sup>1480</sup> Selon Black's Law Dictionary, 'abatement of action' signifie "an entire overthrow or destruction of the suit, so that it is quashed and ended". Le *plea* pouvait être invoqué par exemple lorsqu'une des parties décédait en cours d'instance, lorsqu'une demande était formulée prématurément ou encore pour alléguer le défaut de compétence *in personam* du tribunal. Sur le *plea of abatement* en général, v. notamment W. J. HABSCHEID, "Bemerkungen zur Rechtshängigkeitsproblematik im Verhältnis der BRD und der Schweiz einerseits und den USA andererseits", in *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, H. BERNSTEIN et al. (eds.), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1981, (109), 118-123 ainsi que N. SCHULTE, *Die anderweitige (ausländische) Rechtshängigkeit im US-amerikanischen Zivilprozessrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 119-120.

<sup>1481</sup> V. par exemple ce qu'en dit une encyclopédie bien connue du droit américain : "A second action based on the same cause will generally be abated where there is a prior action pending in a court of competent jurisdiction within the same state or jurisdictional territory, between the same parties, involving the same or substantially the same subject matter and cause of action and in which prior action the rights of parties may be determined and adjudged" : 1 *Am Jur.* 2d, v° Abatement, Survival and Revival, § 5. V. également *Cyclopedia of Federal Procedure*, 3ème éd., vol. 9, 1993, v° Abatement and Revival, 57, nos. 27-38 et les affaires *Schroeder v Todd*, 249 Iowa 139, 86 N.W. 2d 101 et *Gorman v Gorman*, 92 App. Div. 2d 709, 460 N.Y.S. 2d 629.

Exceptionnellement le dessaisissement peut s'opérer au profit du tribunal second saisi, par exemple lorsque celui-ci possède une compétence plus étendue, voyez 1 *Am Jur.* 2d, v° Abatement, Survival and Revival, no. 7.

<sup>1482</sup> *Bowne & Seymons v Joy*, 9 Johns. 221 (N.Y. 1812), le juge cite à l'appui de sa décision l'arrêt *Maule v Murray*, 101 Eng. Rep. 1081 (K.B. 1798).

<sup>1483</sup> "The pendency of a suit in a foreign court, by the same plaintiff against the same defendant, for the same cause of action, is no stay or bar to a new suit instituted here" : 9 Johns. 221 (N.Y. 1812).

<sup>1484</sup> Dans la jurisprudence du siècle passé, v. p. ex. *Lindsay v Larned*, 17 Mass. 190 (1821); *Drake v Brandler*, 8 Tex. 351 (1852) et *Lynch v Hartford Fire Ins. Co.*, 17 F. (Federal Reporter) 627, 628 (D.N.H. 1883) (en l'espèce le juge Lowell décida que "The general rule is that a plea of lis alibi pendens is not good when the litigation is in a court of foreign jurisdiction", et le juge d'ajouter que "We may regret this, but it has been repeatedly so held". Il cite toutefois des décisions plus anciennes en sens contraire, notamment *Smith v Atlantic Mut. Fire Ins. Co.*, 22 N.H. 21 (1850), en précisant que cette jurisprudence n'a plus lieu d'être depuis que la Cour Suprême a décidé que "the courts of the states are to be considered as foreign to each other", 628). V. également *Mexican Cent. Ry. Co v Charman*, 24 S.W. 958 (Tex. Civ. App. 1894) (la Cour note que la règle qui limite la portée de l'*abatement* au territoire d'un Etat est "almost an unbroken rule in the courts of the American states").

L'indépendance des tribunaux étatiques s'est maintenue jusqu'à aujourd'hui.<sup>1485</sup> Elle a été consacrée dans le *Restatement of Conflicts*, dont le § 86 reprend la règle traditionnelle selon laquelle la saisine d'un tribunal ne constitue pas un obstacle rédhibitoire à la saisine d'un tribunal d'un autre Etat.<sup>1486</sup> La jurisprudence récente confirme d'ailleurs la règle traditionnelle déniait à l'existence d'une procédure tout effet prohibitif à l'égard d'une autre.<sup>1487</sup>

**343. Nuances sur les conflits de procédures au sein de l'espace judiciaire américain** - Il faut toutefois nuancer le constat de l'absence de coordination entre procédures concurrentes engagées dans des états différents. Comme on le verra plus loin, une jurisprudence majoritaire accepte qu'à défaut d'"abatement", un tribunal peut accorder un '*stay*' (sursis à statuer) en déférence à une procédure parallèle pendante dans un autre Etat (*infra*, n° 573). Il s'agit toutefois d'un mécanisme discrétionnaire, dont l'application est considérée comme une exception par rapport à l'interdiction d'appliquer l'"abatement". En outre, dans certaines situations spécifiques, la jurisprudence a toléré une exception au caractère purement territorial de l'"abatement", notamment lorsque la procédure locale intentée après la saisine du juge étranger ne visait qu'à obtenir un jugement déclaratoire.<sup>1488</sup>

En définitive, l'espace judiciaire américain se caractérise donc par une possibilité *limitée* de coordonner les procédures concurrentes. Seules les procédures mues entre deux

<sup>1485</sup> P. ex. *White Light Prods., Inc. v. On The Scene Prods., Inc.*, 660 N. Y. S. 2d 568, 570 (App. Div. NY 1997) (Cour casse une décision qui avait renoncé à statuer en déférence à une action antérieurement introduite en Californie) et également *Reliance Ins. Co. v. American Elec. Power Co.*, 637 N.Y.S. 2d 710 (App. Div. 1996); *Williamson v. Tucker*, 615 S.W.2d 881 (Tex. Civ. App. - Dallas 1981) et *Badgett v. Espana*, 476 S.W.2d 381 (Tex. Civ. App. - Fort Worth 1972). V. aussi *McClellan v. Carland*, 217 U.S. 268, 282 (1910).

<sup>1486</sup> § 86, 2<sup>nd</sup> Restatement : "A State may entertain an action even though an action on the same claim is pending in another State" et dans le même sens, § 619 : "A suit can be maintained on a cause of action although a suit on the same cause of action is pending in another State". Dans le droit moderne de la procédure, le 'plea of abatement' a fait place à la 'motion to dismiss'; en droit anglais, le plea of abatement subsiste uniquement pour déterminer les conséquences du décès ou de la faillite du demandeur sur son action, v. l'Order 15-7 des Rules of the Supreme Court, qui est dorénavant annexé au Schedule 1 des *Civil Procedure Rules*. Dans la jurisprudence, *Phillips v. Hornfray* (1883) 24 Ch.D. 439 (C.A.); *Bathbyany v. Walford* (1887) 36 Ch. D. 269 (C.A.) et *James v. Morgan* [1909] 1 K.B. 564. V. également la définition du 'plea of abatement' donnée par J. BURKE, *Jovitt's Dictionary of English Law*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1977, 5 ("These, under the old system of pleadings, were pleas which, without either admitting or denying the existence of a cause of action, alleged some fact [...] which would preclude the plaintiff from recovering upon the writ as then framed").

<sup>1487</sup> P. ex. *Space Master Int'l, Inc. v. Porta-Kamp Manufacturing Comp., Inc.*, 794 S.W. 2d 944, 94 (C.A. Texas 1990) ("the mere pendency of an action in one state will not be grounds for abating a suit in another state between the same parties and involving the same subject matter"); *John H. Sauter v. Roberta R. Sauter*, 4 Conn. App. 581, 584; 495 A. 2d 1116 (CA Conn. 1985) (deux procédures de divorce dans deux états différents, la cour décide que "the rule that the pendency of a prior action between the same parties and to the same ends is grounds for dismissal has efficacy only where the actions are pending in the same jurisdiction. The pendency of an action in one state is not a grounds for abatement of a later action in another state"); *Brooks Erection Co. v. William R. Montgomery & Associates, Inc.*, 576 S.W. 2d 273, 275 (C.A. Kentucky 1979) (deux procédures dans deux états fédérés différents, cour décide que "the pendency of an action in the courts of one state or country is not a bar to the institution of another action between the same parties and for the same cause of action in a court of another state or country [...]") et *White Light Productions, Inc. v. On The Scene Productions, Inc.*, 660 N.Y.S. 2d. 568 (App. Div. 1997). Dans les commentaires, v. *Standard Encyclopedia of Civil Procedure*, vol. I, v° Another Action Pending, p. 1004 ("It is well established that the pendency of a prior action *in personam* for the same cause between the same parties in the court of another state furnishes no ground of abatement as the states are regarded as foreign to each other"); 1 *Am Jur.* 2d, v° Abatement, Survival and Revival, § 10.

<sup>1488</sup> Un '*declaratory judgment*', v. *Space Master Intl. Inc. v. Porta-Stamp Manufacturing Co.*, 794 S.W. 2d 944, 947 (Tex. App. Houston (1<sup>st</sup> District) 1990) et également *Foreman v. Smith*, 133 So. 2d 497 (Ala. 1961) et en général J.-P. GEORGE, *l.c.*, *Baylor L. Rev.*, 1999, 825-826. V. également *Martin v. Robbins*, 628 So 2d 614 (Ala 1993). Font également exception à la règle les actions 'in rem' qui donnent lieu pour d'évidentes raisons à un 'dismissal', v. *Interfirst Bank Houston v. Quintana Petroleum Corp.*, 699 S.W.2d 864 (Tex. App. 1985).

tribunaux fédéraux font exception à cette règle – ce qui ne doit pas étonner, puisque dans cette hypothèse, les deux tribunaux dépendent du même souverain.<sup>1489</sup>

**344. Une filiation directe, dans l'esprit et la lettre** – Au vu de ces antécédents, on comprend pourquoi les tribunaux américains se sont tout naturellement raccrochés à un 'laissez faire, laissez aller' profondément ancré dans leur tradition, lorsque s'est posée la question de l'attitude à adopter face à une concurrence de procédures internationales. Quoi de plus naturel en effet que de laisser courir les deux procédures en s'abstenant de toute intervention ? La parenté de la '*parallel proceedings rule*' avec la pratique des conflits de procédures propres à l'espace judiciaire américain est incontestable. Il y a plus. C'est la formule même de l'arrêt *Laker* que la Cour d'Appel du district de Columbia a emprunté quasiment *verbatim* à une décision de la Cour Suprême portant sur un litige dont avaient été concurrentement saisi les tribunaux fédéraux et ceux d'un Etat. Dans cette affaire, tranchée en 1939, la Cour avait fait observer que "*where the judgment sought is strictly in personam, both the state court and the federal court, having concurrent jurisdiction, may proceed with the litigation at least until judgment is obtained in one of them, which may be set up as res judicata in the other*".<sup>1490</sup>

On retrouve à quelques mots près la formule de l'arrêt *Laker*. En l'occurrence, la compétence des tribunaux était *in rem*. Ce dictum fut répété mot pour mot par la Cour 30 ans plus tard dans l'affaire *Donovan v City of Dallas*.<sup>1491</sup> Il n'y a pas de doute possible : tant la lettre que l'esprit de la '*parallel proceedings rule*' trouvent leur origine dans la pratique des conflits inter-américains.

**345. L'exception de chose jugée, une solution adaptée au contexte américain** - La tolérance des procédures concurrentes se comprend parfaitement dans le cadre particulier des relations entre tribunaux américains. Comme on l'a vu, elle s'explique dans ce contexte particulier par les impératifs du fédéralisme, qui limitent fortement les possibilités d'intervention des tribunaux dans un sens ou dans l'autre. Que ce soit en réservant l'injonction aux situations les plus exceptionnelles (*supra*, n° 340) ou en réduisant les possibilités pour un tribunal de s'incliner devant un autre (*supra*, n° 341), à chaque fois il s'agit de préserver le délicat équilibre entre les différents niveaux de pouvoir judiciaire, dont l'indépendance et la souveraineté sont jalousement gardées. La tolérance des procédures concurrentes constitue dès lors une expression de la 'courtoisie' fédérale, qui vise à éviter toute intervention qui pourrait être perçue comme une intrusion.

<sup>1489</sup> De nombreuses possibilités de coordination existent à ce niveau, et notamment une règle accordant priorité au tribunal premier saisi. Le tribunal second saisi surseoit généralement à statuer, p. ex. *Kerotest Mfg Co v C-O-Two Fire Equip. Co.*, 342 U.S. 180 (1952) (abstention d'un tribunal fédéral en faveur d'un autre). V. également *Semmes Motor Inc v Ford Motor, Co.*, 429 F. 2d 1197, 1202 (2d Cir. 1970) ("we can see no reason why the end result should be different when the party seeking to preserve the primacy of the first court moves the second court to stay its hand rather than asking the first court to enjoin prosecution of the second case. Whatever the procedure, the first suit should have priority [...]"); *Nigro v Blumberg*, 373 F. Supp. 1206, 1209 (E.D. Penn. 1974) ("It is clear that federal courts may stay actions, pending another federal court's adjudication involving the same parties and issues"); *Mattel, Inc v Louis Marx & Co.*, 353 F.2d 421 (5th Cir. 1965).

Le tribunal premier saisi peut également interdire la poursuite de la seconde procédure, p. ex. *Crosley Corp. v Hazeltine Corp.*, 122 F.2d 925, 929 (3d Cir. 1941), *cert. den.* 315 U.S. 813 (1942) ("the federal district court which first obtains jurisdiction may preserve its jurisdiction by injunction"); *Triangle Conduit & Cable Co, Inc v National Electric Products Corp.*, 125 F. 2d 1008 (3d Cir. 1942), *cert. den.*, 316 U.S. 676 (1942) ("duty of the court first obtaining jurisdiction to enjoin the prosecution of the subsequent proceedings in the other court"); *Cresta Blanca Wine Co, Inc v Eastern Wine Corp.*, 143 F. 2d 1012 (2d Cir. 1944). En général, N. SCHULTE, *op. cit.*, 2001, 128 e.s.

<sup>1490</sup> *Princess Lida of Thurn and Taxis et al. v Thompson et al., Trustees*, 305 U.S. 456, 466, 59 S.Ct. 275, 180 (1939).

<sup>1491</sup> 377 U.S. 408, 412 (1964).

En pratique, la relative indifférence des tribunaux américains face aux procédures concurrentes ne prête pas à grande conséquence dans l'espace judiciaire américain. Le prescrit constitutionnel de libre circulation des jugements ('Full Faith and Credit Clause') garantit en effet que le conflit opposant les deux tribunaux prendra fin dès que l'un d'eux se prononce. Dès lors que des conditions minimales d'identité des procédures sont remplies, la doctrine de la '*res judicata*'<sup>1492</sup> ou une théorie apparentée,<sup>1493</sup> permet d'invoquer la décision d'un for dans l'autre et de mettre ainsi fin à la deuxième procédure. A l'intérieur du marché américain la reconnaissance des jugements, qu'ils émanent des tribunaux fédéraux ou étatiques, ne nécessite aucune procédure spécifique.<sup>1494</sup> De plus la Cour Suprême a toujours défendu une interprétation extensive de la clause du *Full Faith and Credit*, faisant de la libre circulation des jugements un impératif du fédéralisme.<sup>1495</sup>

Il est un autre élément qui a sans doute également contribué à pallier l'absence de mécanisme de coordination directe des procédures concurrentes. Comme le note M. Burbank, la confiance placée dans l'exception de chose jugée se comprend dans la mesure où pendant longtemps les règles de compétence ne laissaient que peu de place pour les procédures concurrentes.<sup>1496</sup> Il a fallu attendre l'arrêt *International Shoe* en 1945 pour que la Cour Suprême se débarrasse de la vision strictement territoriale de la compétence judiciaire, qui empêchait les plaideurs de s'adonner librement aux joies du 'tourisme judiciaire' (*supra*, n° 51). Comme l'explique M. Nyts dans une synthèse inspirée de l'histoire de la compétence juridictionnelle aux Etats-Unis,<sup>1497</sup> jusqu'à cette décision, "les limites territoriales strictes imposées par la décision *Pennoyer v Neff* ne permettaient pas le développement de règles de compétence étatiques visant des personnes situées en dehors du territoire du for".<sup>1498</sup>

A cette relative rigidité des règles de compétence se conjuguaient une très forte *homogénéité juridique* entre les Etats. La culture juridique commune enlevait au 'forum shopping' une grande partie de sa signification. Ce n'est qu'après la 'révolution' d'*International Shoe* que s'est créé un véritable "marché de la procédure".<sup>1499</sup> Ce n'est sans doute pas un hasard si la consécration par la Cour Suprême de la doctrine du *forum non conveniens*, instrument par excellence de correction du *forum shopping*, ait suivi de peu l'assouplissement des règles de compétence.

**346. Les limites de la solution américaine : le contentieux international** – Ces quelques éléments permettent de mieux comprendre l'étonnante tolérance des tribunaux américains pour les procédures concurrentes. Sans doute les impératifs du fédéralisme

<sup>1492</sup> Dont l'appellation moderne est celle de 'claim preclusion', v. *Restatement (Second) of Judgments*, § 17-23.

<sup>1493</sup> A côté de la chose jugée proprement dite, le droit américain connaît également la doctrine de l'*issue preclusion*, ou du 'collateral estoppel'. V. le *Restatement (Second) of Judgments*, § 27 à 29 et la présentation qui est faite de la théorie (très large) de la *res judicata* en droit américain par C. KESSEDJIAN, *op. cit.*, Paris, Economica, 1987, 333-345.

<sup>1494</sup> P. ex. E. SCOLES, P. HAY, P. BORCHERS, S. SYMEONIDES, 2000, 1160-1163. Pour les jugements étrangers, v. C. KESSEDJIAN, *op. cit.*, 1987, 377-388.

<sup>1495</sup> Ce que MM. *Scoles et Hay* appellent la "policy of preclusion" : E. SCOLES, P. HAY, P. BORCHERS, S. SYMEONIDES, 2000, 1140 e.s.

<sup>1496</sup> S. B. BURBANCK, *loc. cit.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 208.

<sup>1497</sup> L'*exception de forum non conveniens*... , 42-55, n° 32 e.s.

<sup>1498</sup> N° 33, p. 43 et les nuances apportées dans les paragraphes suivant.

<sup>1499</sup> Selon l'expression de S. B. BURBANCK, *loc. cit.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 210, qui évoque le "market for litigation" : cet auteur explique que "the absence of a federal lis pendens obligation and the incentives created by a system of full faith and credit to domestic interjurisdictional judgments did not become seriously inconvenient until the needs of the society prompted changes in the federal law constraining state jurisdictional freedom".

suffisent-ils à justifier aux yeux des tribunaux l'inévitable gaspillage qu'entraîne cette tolérance.<sup>1500</sup> Si le recours à l'exception de chose jugée donne satisfaction au sein de l'espace judiciaire américain, cette solution n'en est pas pour autant susceptible de généralisation dans le contentieux international privé. On aperçoit en effet aisément qu'une transposition pure et simple de la tolérance des conflits de procédures au contentieux international soulève d'importantes difficultés. Le contexte est en effet singulièrement différent. Il n'existe pas (encore) d'équivalent au niveau mondial à la *Full Faith and Credit Clause*, ce qui laisse intact le problème des décisions contradictoires. Il suffit d'évoquer le statut des jugements étrangers en droit américain : exclus du bénéfice de la clause de reconnaissance automatique, ils sont soumis à un régime plus strict, même si en définitive relativement libéral. De même les considérations liées au fédéralisme judiciaire perdent toute leur importance dès lors que le conflit met en jeu un for véritablement étranger. Bref, le maintien de la '*parallel proceedings rule*' pour les espèces internationales nécessite une interrogation sur ses justifications propres. On va voir que de nombreux arguments plaident pour le rejet de cette solution.

<sup>1500</sup> D'aucuns considèrent toutefois que le prix à payer est trop important et nullement justifié par la nécessité de préserver la paix judiciaire. M. Redish s'est par exemple récemment élevé contre la tolérance des procédures concurrentes (*Notre Dame L. Rev.*, 2000, 1347-1376). Il dénonce la jurisprudence de la Cour Suprême qu'il qualifie de "myope" (p. 1348) et propose un modèle alternatif, qu'il qualifie de "zero tolerance model", fondé sur le principe que la concurrence de procédures doit être considérée comme "inacceptable" (p. 1361). Visant principalement les relations entre tribunaux fédéraux et étatiques, ce modèle obligerait le tribunal fédéral qui refuse d'interdire la procédure concurrente à surseoir à statuer et inversement (spéc. pp. 1361-1369). Le modèle proposé vise à exclure totalement la poursuite parallèle de deux procédures; M. Redish note que "under the terms of the zero tolerance model, a federal court would not have available the option of allowing parallel litigation; one or the other of the two cases would have to be terminated", p. 1369-1370.

V. également S.B. BURBANK, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 229 (M. Burbank est également for critique de la tolérance actuelle des procédures concurrentes entre les tribunaux américains. Il décrit cette situation comme une "example of the phenomenon of something that under current conceptions must be tolerated because of the perceived requirements of federalism being transmogrified into a normative good", 230, note 129. Il laisse ainsi entendre que la justification traditionnelle avancée pour la tolérance n'est pas convaincante. Il s'écarte toutefois de la solution proposée par M. Redish, notamment en suggérant de réduire autant que faire se peut le recours aux injonctions au sein de l'espace judiciaire américain. Le modèle qu'il envisage s'inspire fortement de la litispendance européenne, qu'il conçoit toutefois sur un mode moins strict, puisque la priorité dont jouirait le for premier saisi ne constituerait qu'une présomption réfragable.

## SECTION 2 L'EXCEPTION DE CHOSE JUGÉE, UNE SOLUTION A REJETTER

347. **Généralités** - La passivité qui va de pair avec le rôle dévolu à l'exception de chose jugée dans la résolution des conflits de procédures n'emporte pas l'adhésion. L'attitude du 'laisser faire, laisser aller' va en effet directement à l'encontre du constat de 'nocivité' des conflits de procédures qui fonde cette étude. Les objections à ce modèle de solution rejoignent dès lors en grande partie les arguments déjà exposés pour justifier le point de départ de notre réflexion (*supra*, n° 11e.s.). Il faudra cependant nuancer le jugement selon que l'indifférence au conflit de procédures constitue une solution *subsidaire* ou procède au contraire d'un choix *délibéré*.

Les juridictions qui ont adopté la 'parallel proceedings rule' la justifient entre autre par le souci de laisser entière liberté au juge étranger de mener sa barque comme bon lui semble (*supra*, n° 334). Elles font également observer que l'attitude passive que cette règle dicte n'aboutit au fond qu'à *retarder* l'issue du conflit et que l'exception de chose jugée permettrait d'éviter le désastre judiciaire de décisions contradictoires. Dès lors qu'une des procédures donne lieu à un jugement, celui-ci pourrait en effet être invoqué dans l'autre for au titre de l'exception de chose jugée et mettre ainsi fin à la seconde procédure. Ce scénario optimiste ne correspond cependant pas nécessairement à la réalité des conflits de procédures. Rien ne garantit en effet que le premier jugement pourra valablement prétendre à la chose jugée dans l'autre juridiction et mettre ainsi fin au conflit de procédures (III). De plus, ce raisonnement fait abstraction des autres inconvénients liés aux procédures parallèles : à côté du risque de décisions contradictoires, les conflits de procédure conduisent également à un regrettable gaspillage de ressources.<sup>1501</sup> En outre, loin de constituer une solution aux procédures concurrentes, la position d'attente encourage au contraire les parties à multiplier les procédures (II). Enfin, puisqu'une des procédures est susceptible de l'emporter sur l'autre, on peut craindre que les parties ne mettent tout en oeuvre pour que la procédure qui a leur faveur ne l'emporte (I). Ces critiques seront examinées successivement.

### I. Le problème de la course au jugement

348. On l'a déjà dit, miser sur les règles de reconnaissance pour vider le conflit en retarde d'autant la solution. La contradiction entre les deux procédures ne pourra se résorber que lorsque l'un des tribunaux se prononce sur le fond du litige. Sa décision pourra alors être invoquée devant l'autre juge pour vider le litige, au titre de l'exception de chose jugée, d'*estoppel* ou de tout autre mécanisme similaire.

<sup>1501</sup> Comme l'on constaté de nombreux commentateurs, p. ex. C. ONG, *Cross-Border Litigation within ASEAN. The Prospects for Harmonization of Civil and Commercial Litigation*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, 486-487 ("It is submitted that the U.S. solution of allowing two parallel proceedings to continue until a final decision is reached in one court, [...] is an extremely costly and wasteful solution"). M. HAU parle à cet égard de "unökonomische Aufwand" (W. HAU, 224); J. J. FAWCETT, "General Report", in *Declining Jurisdiction*, 41 ("[the use of the doctrine of res judicata] does nothing to stop the expense and inconvenience to the parties of parallel proceedings in the period leading up to the grant of the judgment necessary for res judicata"). Nous ne reviendrons plus sur cette question, qui a déjà été abordée dans l'introduction de cette étude, *supra*, n° 16.

En faisant du premier jugement l'instrument de résolution du conflit, on risque cependant d'inciter les parties à une véritable *course au jugement*.<sup>1502</sup> Celles-ci pourront être tentées de faire avancer la procédure dont elles espèrent obtenir satisfaction et inversement de retarder l'issue de l'autre procédure. C'est sans doute la deuxième tactique qui est la plus répandue – il est sans doute plus facile pour une partie de retarder l'issue d'un litige que d'en précipiter la fin. La porte est ainsi grande ouverte à l'imagination, voire à la mauvaise foi des plaideurs. On ne s'étonnera pas que les tribunaux américains aient depuis longtemps dénoncé le risque de manipulation inhérent à la passivité, dont on a expliqué l'importance dans la résolution des conflits qui opposent ces tribunaux (*supra*, n° 333 e.s.). Dans une espèce qui mettait aux prises deux tribunaux d'états différents à propos de la séparation d'un même couple, la Cour d'Appel du Connecticut a ainsi souligné le risque de voir les parties s'efforcer d'accélérer la procédure dont ils espèrent le plus, pour justifier un sursis à statuer qui n'avait rien d'obligatoire.<sup>1503</sup>

Récemment la Cour d'Appel de la province de la Colombie Britannique a également eu l'occasion de dénoncer le risque que fait peser l'indifférence sur la sérénité indispensable à la justice. En l'espèce, une entreprise canadienne, Westec, avait accordé une licence d'exploitation d'un programme informatique à une entreprise établie au Kansas, Raytheon. Westec soupçonnait son cocontractant d'avoir conservé une copie du programme à l'expiration de la licence. Alors que l'entreprise canadienne avait à plusieurs reprises tenté d'engager des négociations, Raytheon saisit les tribunaux du Kansas d'une demande visant à obtenir un jugement l'exonérant de toute responsabilité. Westec chercha à porter la bataille devant les tribunaux canadiens. Ceux-ci accueillirent toutefois l'exception de *forum non conveniens* invoquée par le défendeur, balayant les objections de Westec qui se plaignait du manque de neutralité des tribunaux du Kansas.<sup>1504</sup>

Dans son évaluation du caractère approprié des fors en présence, la Cour a été sensible au danger de course au jugement auquel conduirait un éventuel refus du sursis. Elle évoque ce danger de la manière suivante :

“Une règle qui tolérerait les procédures concurrentes permettrait d'éviter la course au for, mais à sa place apparaîtrait une course au jugement tout aussi néfaste. S'il n'est mis fin à aucune des procédures, c'est la partie qui obtient en premier un jugement en sa faveur qui possède l'avantage, parce qu'en règle générale l'autre tribunal accordera un certain crédit à cette décision. Laisser les deux procédures se poursuivre encouragerait les parties à tenter

<sup>1502</sup> Danger dénoncé par de nombreux commentateurs, p. ex. W. HAU, 65 (“Er fördere ein ‘race to judgment’ et plus loin la règle de l'indifférence führt [...] zu einem höchst unerwünschten race to judgment”); C. KESSEDIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 7, 85, n° 149; A. BURCKHARDT, *Internationale Rechtshängigkeit und Verfahrensstruktur bei Eheauflösungen*, Thèse Heidelberg, s.n., s.l., 1997, 45. Comme l'écrit M. Herzog, “if the rendering of a judgment in one place affects the enforceability of a later judgment, each party will attempt to expedite the litigation pending in the forum most favorable to it, and to stall the litigation pending in the forum most favorable to its opponent” (P. HERZOG, “Brussels and Lugano. Should You Race to the Courthouse or Race for a Judgment?”, *Am J. Comp. L.*, 1995, 379).

<sup>1503</sup> *Sauter v Sauter*, 4 Conn. App. 581, 584, 495 A.2d 116 (CA Conn). La Cour a en l'espèce accordé un sursis, en observant que “It makes little sense, however, for two actions for the same relief to be litigated in parallel, with the plaintiff in each seeking to rush to judgment”.

Dans le même sens, *J. G. Nielsen v S. E. Nielsen*, 3 Conn. App. 679, 684, 491 A.2d 1112 (C.A. Conn. 1985) (alors que deux procédures de divorce sont pendantes devant deux juridictions d'états différents, le juge note que “it makes little sense for these two actions to be litigated in parallel, the plaintiff in each seeking to rush to judgment”). V. également E. CHEMERINSKY, *Federal Jurisdiction*, Boston, Little Brown & Co., 1994, 759 (qui observe que l'indifférence “gives parties an incentive to attempt to manipulate the timing of the decisions”).

<sup>1504</sup> Sur le *forum non conveniens* au Canada, v. *infra* n° 565.

de faire progresser la procédure qu'elle a engagée, tout en retardant autant que faire se peut l'autre procédure en introduisant de multiples exceptions ou par le biais d'autres manoeuvres dilatoires. En d'autres termes, l'indifférence à la concurrence de procédures, si elle ne permet pas d'éviter entièrement le problème de la course au for, retarde simplement le problème à un stade ultérieur de la procédure".<sup>1505</sup>

**349. La course au jugement sur le vieux continent** - Les tribunaux de tradition civile, qui ne se sont que récemment ouverts à la coordination des procédures concurrentes (*infra*, n° 372), sont tout aussi familiers du phénomène de la course au jugement. Il suffit de se rappeler l'exemple évoqué antérieurement du divorce dont sont saisis les tribunaux belges et congolais (*supra*, n° 331). On peut s'attendre à ce que chaque époux fasse diligence pour obtenir avant son conjoint la dissolution du mariage du tribunal qu'il a saisi. Le choix d'une juridiction connue pour la rapidité de sa justice constitue le premier élément de cette stratégie.<sup>1506</sup> En matière de divorce, il suffira pour orienter son choix de comparer les délais obligatoires de conciliation souvent prévus par la législation. Certaines juridictions sont ainsi réputées pour la rapidité de leurs services.<sup>1507</sup>

Au sein de l'espace judiciaire européen, la généralité et l'automatisme de l'exception de litispendance couperont en principe court à toute course au jugement. La 'guillotine' mise en place par l'article 21 de cette Convention [article 27 du Règlement] ne laisse en effet que peu de place aux procédures concurrentes. On peut toutefois imaginer le scénario dans lequel le juge second saisi refuse de lâcher prise parce qu'il tire sa compétence d'une clause d'élection de for que le juge premier saisi a choisi d'ignorer pour une raison ou une autre.<sup>1508</sup> En l'absence de directive de la Cour de Justice quant aux relations entre la litispendance et l'autonomie de la volonté des parties, il n'est pas exclu que le juge second saisi refuse de donner suite à l'exception de litispendance – et adopte ainsi l'interprétation avancée par les tribunaux anglais, *supra* n° 173. Dans ce cas, des procédures concurrentes pourraient se poursuivre simultanément, ouvrant la voie à une course au jugement.<sup>1509</sup>

<sup>1505</sup> *Westec Aerospace Inc v Raytheon Aircraft Co*, 173 D.L.R. 4th 498, 514 (B.C. Ct. App. 1999) : "[A] rule which permitted parallel proceedings would avoid a 'race to file' but in its place would be an equally troubling 'race to judgment'. If neither action is stayed, the advantage goes to the first party to obtain judgment in its favor because the other jurisdiction would be expected to respect that judgment. Permitting parallel proceedings would encourage a litigation strategy in which each side would attempt to expedite its own action while prolonging in any way possible the other party's action through endless motions or other delaying tactics. In other words, allowing parallel proceedings to continue would not avoid entirely the problem of a 'race to the courthouse' but would simply push the problem back a stage in the proceedings". V. les commentaires de L. E. TEITZ sur cette affaire, "International Litigation. Parallel Proceedings and the Guiding Hand of Comity", *Int'l. Lawyer*, 2000, (545), 551-553.

En l'espèce, Westec préféra éviter les aléas d'une procédure devant un jury américain, et concéda le défaut : *Raytheon Aircraft Co v Westec Aerospace, Inc*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 18760 (D. Kan. 1999). V. également la dénonciation par Lord Brandon de la course au jugement, qu'il décrit comme « an ugly rush to get one action decided ahead of the other, in order to create a situation of res judicata or issue estoppel in the other » (*The A bidin Daver*, [1984] A.C. 398, 423 (H.L.) et l'expression utilisée par le juge Wilkey qui évoquait dans l'affaire *Laker* "an embarrassing race to judgment" (*Laker Airways v Sabena Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909, 929 (C.A.)).

<sup>1506</sup> Et l'inverse de cette autre stratégie procédurale qui consiste à sélectionner un for réputé lent pour paralyser toute résolution du litige, *cfr. infra*.

<sup>1507</sup> Pendant longtemps les tribunaux du Nevada ont eu la fâcheuse réputation d'être des véritables 'paradis du divorce' (v. p.ex. Cass., 4 octobre 1956 (*Closset*) *Arr. Cass.*, 1957, 55 et *Pas.*, 1957, I, 88. L'arrêt *Closset* est le prototype même d'une dualité de procédures, d'un côté les époux obtenant le divorce au Nevada, de l'autre l'épouse continuant une procédure en séparation de corps intentée en Belgique avant la procédure américaine). Il semble que les tribunaux haïtiens aient à une époque donnée joui de la même réputation, v. W. HIAU, 33.

<sup>1508</sup> Scénario à la base de l'affaire *Continental Bank* déjà évoquée, *supra*, n° 139.

<sup>1509</sup> A charge des parties de solliciter l'aide interprétative de la Cour de Justice, pour autant que celle-ci soit accessible, v. les restrictions apportées par le Traité d'Amsterdam au mécanisme de la question préjudicielle (art. 68 du Traité CE).

Celle-ci prendra fin avec la première décision au fond, qui est réputée vider le litige non seulement pour le juge qui la prononce, mais aussi, grâce au principe de la reconnaissance de plein droit, pour les juges des autres Etats membres. Il suffira alors à la partie qui a triomphé devant le juge de son choix de plaider la chose jugée.<sup>1510</sup>

**350. Un phénomène peu compatible avec une bonne administration de la justice** - Le scénario de la course au jugement n'est pas l'apanage d'une juridiction particulière.<sup>1511</sup> Il n'en échappe pas moins à la critique. Il n'est en effet pas besoin de montrer qu'une course au jugement peut être tout aussi néfaste qu'une course au for. C'est l'idée même de justice qui s'accommode mal d'une quelconque manipulation par les parties de la conduite d'une procédure. Sans doute la course au jugement tient-elle en partie de l'épouvantail. En pratique les tribunaux disposent en effet de nombreuses armes pour sanctionner les manoeuvres dilatoires les plus abusives.<sup>1512</sup> On peut comprendre en ce sens l'observation des tribunaux américains selon qui "*there is little, if any, evidence that courts sacrifice procedural or substantive justice in a 'race' to judgment*".<sup>1513</sup> On peut compter sur les tribunaux pour reconnaître et déjouer d'éventuelles manoeuvres dilatoires des plaideurs. En outre, les obligations déontologiques qui pèsent sur les conseils des parties peuvent contribuer à prévenir les abus les plus manifestes. Enfin il ne faut pas oublier les risques qu'entraîne la course au jugement : il est en effet difficile de prévoir si le litige dont on cherche à accélérer l'issue s'avérera ou non favorable à la cause qu'on représente. Au mieux la course est elle dès lors une forme de *pari*.

Il y a donc certainement une part de mythe dans le danger de la course au jugement. Il reste que la poursuite simultanée de procédures concurrentes fait peser un certain risque sur la sérénité des débats judiciaires, en n'excluant pas la possibilité de provoquer une course entre parties. Ce danger contribue en tant que tel à disqualifier la 'parallel proceedings rule'. On va voir qu'à la course au jugement se conjuguent d'autres effets indésirables.

<sup>1510</sup> Sous réserve d'un éventuel refus de reconnaissance. Dans l'exemple évoqué, la violation de la clause d'élection de for ne pourra pas mettre un terme aux ambitions extra-territoriales de la décision du juge premier saisi, la méconnaissance de l'article 17 [article 22 du Règlement] ne constituant pas un obstacle à la libre circulation dans l'espace judiciaire européen.

<sup>1511</sup> M. Herzog fait observer que, sous l'empire des Conventions de Bruxelles et de Lugano, la course au jugement cédera bien souvent la place à une course à l'exécution du jugement (*loc. cit.*, *Am J. Comp. L.*, 1994, 394-397), puisque la Convention n'accorde aucune priorité automatique au jugement premier rendu. L'article 27-3 n'exige pas en effet que le jugement du for ait été rendu en premier pour bloquer la reconnaissance d'un jugement 'inconciliable'. Au jugement premier rendu s'attache toutefois une valeur incontestable, puisque la chose jugée peut être invoquée pour paralyser l'autre procédure. Le scénario envisagé par M. Herzog suppose dès lors qu'une fois le premier jugement rendu, la partie qui en bénéficie, reste coite et ne l'invoque pas...

<sup>1512</sup> Le droit comparé révèle ainsi ces dernières années une tendance lourde en matière de procédure judiciaire, qui voit s'accroître le rôle du juge et sa maîtrise sur le déroulement de la procédure, v. par exemple la récente réforme du droit anglais de la procédure, sur laquelle N. ANDREWS, "A New Civil Procedural Code for England: Party-Control 'Going, Going, Gone'", *Civil Justice Quarterly*, 2000, 19 e.s.; P. SOBICH, "Die Civil Procedure Rules 1999 - Zivilprozessrecht in England", *J.Z.*, 1999, 775-780, ainsi que le nouveau droit néerlandais de la procédure civile, qui fait une plus large place au rôle actif du juge, dans le but de prévenir les retards et délais, p. ex. W. D. H. ASSER et J. B. M. VRANKEN, "Verantwoordelijk procederen", *Preadvies Nederlandse Vereniging voor Procesrecht 1999*, Boom Juridische Uitgevers; R. J. B. BOONEKAMP et C. J. J. VAN MAANEN, "Het procesmodel van het ontwerp", *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2000, 1-5; H. M. TEN HAAFT, "De actieve rolrechter en de lijdelijke advocaat", *T.C.R.*, 2001, 8-10 et les considérations de H. W. WIERSMA, "Inhaalmanoeuvres van het burgerlijk procesrecht. De hercodificatie van wetsvoorstel 26 855 c.a. per 1 januari 2002", *N.J.B.*, 2002, 6 e.s.

<sup>1513</sup> *Laker Airways*, précitée, 731 F.2d 909, 929 (D.C. Cir. 1984). Dans le même sens, *Mutual Service Casualty Insurance Co. v. Frit Industries, Inc.*, 805 F. Supp. 919, 922 (M.D. Alab. 1992).

## II. Le danger du 'tourisme judiciaire'

351. Un encouragement à multiplier les procédures - L'indifférence à la concurrence de procédures n'est pas non plus sans encourager une certaine forme de *forum shopping* dans le chef des justiciables : puisqu'une procédure peut être intentée alors même qu'un tribunal a déjà été saisi, une partie peut saisir sans entrave un second tribunal, par exemple lorsqu'elle craint de ne pas obtenir satisfaction ou veut épuiser les ressources de son adversaire.<sup>1514</sup> Il est vrai que l'on ne peut reprocher aux justiciables de profiter des possibilités qui leur sont offertes du fait de la multiplication des chefs de compétence. On ne saurait toutefois établir une règle qui, en faisant fi de toute coordination immédiate, les encourage directement à comparer et multiplier les procédures.<sup>1515</sup>

Ce qui choque dans le libéralisme apparent de l'indifférence, ce n'est pas tant l'incitation au tourisme judiciaire que l'encouragement, au moins implicite, à multiplier les procédures. Quand un Etat retarde la solution du conflit au stade de la reconnaissance, il signale ainsi aux plaideurs que les portes de ses tribunaux restent ouvertes même en cas de saisine antérieure d'un for étranger. En ce sens, l'indifférence, loin d'être une solution aux conflits de procédures, constitue sans nul doute une *incitation* à la multiplication de ces conflits.

On certes pourrait formuler le même reproche à chaque fois que, selon le droit d'un pays donné, l'existence d'une procédure concurrente ne constitue pas un empêchement absolu à la saisine des tribunaux. Mais ce serait exiger l'impossible. L'automatisme et le rejet de toutes les procédures concurrentes ne sont possibles que dans des contextes particuliers. Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, on peut au moins exiger une volonté minimale de coordination qui ne laisse à l'indifférence qu'une place subsidiaire. Dans certains cas il faudra bien s'accommoder de l'existence d'une marge de tolérance des Etats. Autre chose cependant est de faire de cette tolérance la première règle de conduite d'un Etat dans le traitement des conflits de procédures. Accueillir tous les plaideurs, même ceux qui ont déjà frappé à la porte d'autres tribunaux ne fait que contribuer à l'apparition des conflits de procédures - le triste record des tribunaux américains qui sont impliqués dans un nombre plus qu'élevé de conflits, vient confirmer ce constat. En d'autres termes, l'indifférence ne peut être tolérée que comme solution *subsidiaire* ; elle ne peut devenir une solution privilégiée. C'est ce que confirme le troisième et dernier danger que fait naître la tolérance des procédures concurrentes.

## III. Risque de décisions contradictoires

352. Le péril des jugements contradictoires - La course au jugement et le gaspillage de ressources ne sont pas les seuls inconvénients du recours à l'exception de chose jugée comme mode de solution des conflits de procédures. Cette approche laisse également subsister la possibilité de voir apparaître des décisions contradictoires. Nous avons déjà

<sup>1514</sup> Risque dénoncé par L. E. TEITZ, *loc. cit.*, *Int'l. Lawyer*, 1992, 29 (qui parle de "a forum shopper's delight") et C. ONG, *op. cit.*, 1997, 486, note 49 ("It is submitted that this is a bad encouragement on the part of the court to parties to forum shop and obtain conflicting judgments").

<sup>1515</sup> M. HAU semble d'autant plus hostile à l'indifférence lorsque c'est la même partie qui est à l'origine des deux procédures (W. HAU, 225). Il note que dans ce cas, le demandeur vise bien souvent à épuiser les ressources de l'adversaire et à le forcer à négocier. Il est toutefois difficile de présumer de telles intentions. Il se peut que le demandeur hésite tout simplement sur ses chances de succès.

eu l'occasion d'expliquer le danger de la contrariété de décisions, tout en nuancant l'impératif 'idéalist' de l'harmonie des décisions – *supra*, n° 15 e.s. Comme il a été précisé à cette occasion, le véritable problème de la contrariété de décisions n'est pas le risque de collision directe entre deux jugements, mais bien l'*incertitude juridique* qu'entraîne la coexistence de jugements contradictoires.<sup>1516</sup>

Bien sûr, lorsqu'un tribunal choisit d'ignorer l'existence d'une procédure concurrente dont un for étranger est saisi, le conflit ne débouchera pas nécessairement sur des décisions contradictoires. Tout dépendra de la réaction du for concurrent. Celui-ci peut en déférer au tribunal concurrent, auquel cas le conflit sera résorbé. Ce n'est que lorsque les deux tribunaux partagent la même attitude *passive* face au conflit de procédures qu'il y a lieu de craindre que celui-ci ne débouche sur un conflit de décisions. Prenons l'exemple d'un tribunal suisse saisi par une partie alors que son adversaire a déjà porté la même affaire à la connaissance des tribunaux américains. Si ceux-ci refusent de donner suite à une exception de for non approprié soulevée par le défendeur, tout en rejetant, au nom de la courtoisie internationale, une demande d'injonction visant à mettre fin à la procédure suisse, les procédures ne se poursuivront que si le tribunal suisse rejette à son tour l'exception de litispendance internationale que le défendeur ne manquera pas d'invoquer.<sup>1517</sup>

Tout est donc affaire de circonstances. Il faudra dans chaque espèce examiner comment se combinent les décisions des deux tribunaux. S'agissant de dégager une solution susceptible d'être appliquée de façon générale, on conviendra toutefois aisément que la position d'attente à laquelle conduit le recours à l'exception de chose jugée n'est pas propice à un règlement rapide du conflit.

**353. L'exception de chose jugée comme solution** – Certes, la contrariété de décisions n'est pas une fatalité. Comme l'a noté la Cour d'Appel dans l'affaire *Laker*, cette issue malheureuse du conflit peut être évitée à partir du moment où un des juges saisis se prononce et que sa décision est invoquée devant l'autre tribunal peut être évitée dès lors que l'on invoque, devant un tribunal, la décision de l'autre.<sup>1518</sup> Il ne faudrait donc pas se soucier outre mesure du danger de contradiction, l'exception de chose jugée ou d'autres mécanismes équivalents, permettant de résoudre le conflit avant que ne naissent des décisions contradictoires. La nuance est importante, les règles relatives à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers peuvent en effet offrir une aide précieuse pour éviter que le conflit de procédure ne se transforme en conflit de décisions malgré la passivité d'un des tribunaux.

<sup>1516</sup> On doit ajouter que l'inconciliabilité entre deux décisions doit s'apprécier *in concreto* au vu des circonstances de la cause. Il n'est pas exclu que lorsque deux juges se prononcent, le conflit de décisions puisse être évité et ce même si les décisions ne sont pas identiques. Ainsi une décision prononçant le divorce aux torts de l'un des époux n'entre pas directement en opposition avec une décision étrangère prononçant le divorce aux torts de l'autre : dans les deux cas, le juge a mis fin au lien conjugal. Si les conséquences qui sont déduites de cet état juridique sont différentes, il n'y a pas nécessairement opposition. En matière de secours alimentaire par exemple, on sait que les décisions ne sont rendues qu'en considération de faits précis. Une décision étrangère qui accorde une pension alimentaire différente de celle attribuée par le juge du for, pourrait ainsi en appeler à une modification des circonstances de l'espèce. Il n'y aurait pas alors contradiction entre les deux décisions, mais variation de la somme accordée en fonction des circonstances, v. sur cette question G. CUNIBERTI, note sous Cass. Fr., 24 novembre 1998, *R.C.D.I.P.*, 1999, (527), 530-531.

<sup>1517</sup> Art. 9 LFDIP, *infra*, n° 403.

<sup>1518</sup> *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et. al.*, 731 F. 2d 909, 926-927 ( D.C. Cir. 1984): Selon la Cour, la passivité doit être la règle "[...] until a judgment is reached in one court which can be pled as res judicata in the other [...]".

Dans de nombreux cas, le conflit entre une décision et une procédure encore pendante pourra dès lors se résoudre. Ainsi on reconnaît en droit belge qu'une décision étrangère peut être invoquée pour fonder une exception de chose jugée alors même que la procédure du for est déjà en cours. L'exception peut être invoquée même lorsque la procédure belge avait été engagée antérieurement à la procédure étrangère et que le juge belge s'est en quelque sorte fait 'dépasser' en cours de procédure.<sup>1519</sup> Pour les questions d'état il ne sera même pas besoin de passer par la procédure d'exequatur pour obtenir la reconnaissance de la chose jugée à l'étranger. Une jurisprudence bien établie admet en effet que les décisions étrangères doivent être reconnues *de plein droit*.<sup>1520</sup> Le juge du fond, saisi d'un litige, peut dès lors se prononcer directement sur l'autorité de la décision étrangère, sans devoir attendre un quelconque *fiat* du juge de l'exequatur.<sup>1521</sup> Il en va de même en droit français, du moins pour les jugements constitutifs.<sup>1522</sup>

<sup>1519</sup> Sur l'absence en droit belge de motif de refus de reconnaissance tiré de la saisine antérieure du juge belge, v. I. COUWENBERG, note sous Civ. Bruxelles, 9 avril 1997, *E.J.*, 1998, 72 ; S. FRANCO et S. SAROLEA, "Le divorce international", *Reu Dr. Etrangers*, 1997, (731), 738 ; G. FIERNAUX, *Divorce et séparation de corps. Chronique de jurisprudence 1989-1999*, Bruxelles, Larcier, 2001, 91, n° 92.

Ainsi dans une affaire de divorce qui mettait aux prises deux époux croates, le tribunal de Liège a-t-il pu constater que, bien que premier saisi de la demande de divorce, il avait été pris de vitesse par un tribunal croate saisi entretemps, qui avait prononcé le divorce. Le tribunal ne put que constater que le jugement croate répondait aux conditions posées à sa reconnaissance et qu'il y avait dès lors lieu d'en tenir compte « même si on pouvait regretter que l'épouse n'ait dit mot au juge croate de la procédure introduite préalablement en Belgique » (Civ. Liège, 7 janvier 1999, *Divorce*, 1999, (46), 47). L'antériorité de la saisine du juge belge ne changeait rien à l'efficacité du jugement étranger selon le tribunal, qui constata que « de toute façon, il n'est pas certain que le juge croate se soit désisté en faveur du juge belge préalablement saisi de l'action de l'épouse, l'exception de litispendance sur le plan international n'étant pas accueillie majoritairement à défaut de convention ». V. toutefois l'article 25 (6) du projet de Code de droit international privé.

<sup>1520</sup> V. surtout les arrêts *De Pellaert* (Cass., 16 janv. 1953, *Arr. Cass.*, 1953, 304 et *Pas.*, 1953, I, 335) et *Defontaine* (Cass., 29 mars 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 763, *Pas.*, 1973, I, 725 et *R.W.*, 1973-74, 29). La Cour a confirmé sa jurisprudence en 1995 à l'occasion d'une affaire portant sur une répudiation, Cass., 11 déc. 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 1101 et *R.W.*, 1995-96, 1339. Le projet de Code de droit international privé fait de la reconnaissance de plein droit la règle générale, dont bénéficient en principe toutes les décisions (art. 22, § 1). Comme on l'a fait remarquer, l'expression reconnaissance de 'plein droit' est pour le moins ambiguë (C. KESSEDJIAN, *Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de mars 1998 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 9, juillet 1998, 26, § 53). Elle semble en effet suggérer qu'une décision étrangère pourra librement, sans aucun contrôle, déployer ses effets dans le for de la reconnaissance. Or telle n'est pas la portée de la règle dans les pays qui la connaissent. Accepter la reconnaissance de plano signifie simplement qu'il n'est pas besoin de faire constater l'autorité de chose jugée de la décision étrangère dans une procédure spécialement destinée à cet effet. Toute autorité du for peut procéder à une telle vérification, ce qui facilite grandement la perméabilité des ordres juridiques (V. les explications de P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments. The Preclusive Effect of Foreign Judgments in Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 264-269. Le plus souvent, la vérification sera le fait d'un juge saisi d'une nouvelle demande au fond. C'est le scénario habituel des procédures concurrentes : la décision étrangère sera invoquée pour mettre fin à une procédure concurrente dont le for est saisi. Toute la question est alors de savoir si le juge du for peut, sur sa lancée, se pencher sur l'exception de chose jugée ou doit renvoyer les parties vers une procédure particulière.

<sup>1521</sup> Contrôle dit 'incident' de la décision étrangère.

Le cas échéant, le tribunal statuant en référé pourrait également se prononcer sur la reconnaissance *de plano* de la décision étrangère, par exemple lorsque le président du tribunal de première instance est saisi d'une demande de mesures provisoires dans le cadre d'une demande en divorce qui a également été soumise à un tribunal étranger. On ne peut ainsi accepter la décision du président du tribunal de Nivelles, qui a refusé de se prononcer sur la reconnaissance d'une décision de divorce prononcée en Angleterre, prétextant des compétences limitées du juge des référés, Civ. Nivelles (réf.), 17 février 1995, *R.T.D.F.*, 1996, 71. On ne peut se débarrasser ainsi d'une encombrante décision étrangère qui a pour objet de vider le litige de tout objet!

<sup>1522</sup> La Cour de Cassation a en effet décidé que "les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état et à la capacité des personnes, produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur, sauf les cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes", (Jurisprudence *Hainaud*, Cass. Req., 30 mars 1930, *S.*, 1930, 1, 377 et les obs. de NIBOYET; *J.D.I.*, 1930, 981; *R.C.D.I.P.*, 1931, 329, note NIBOYET; v. B. AUDIT, *Droit international privé*, Paris, Economica, 2000, 407-411). On parle alors ici aussi de contrôle 'incident', sur le contrôle par voie incidente en droit français, v. B. AUDIT, dans le même ouvrage, 415-416.

Le droit allemand réserve également un accueil chaleureux aux décisions étrangères : en principe, celles-ci peuvent être invoquées devant le juge allemand sans autre forme de procès.<sup>1523</sup> Les auteurs anglais n'évoquent guère la reconnaissance de plein droit ou la possibilité de faire reconnaître une décision étrangère de façon incidente.<sup>1524</sup> MM. *North* et *Fawcett* expliquent toutefois que les motifs de refus de reconnaissance prévus en droit commun peuvent être invoqués tant par le défendeur, lorsque l'action vise à obtenir la reconnaissance, que par le demandeur lorsque c'est son adversaire qui invoque une décision étrangère pour s'opposer à une demande au fond.<sup>1525</sup> On peut en déduire que, tout comme dans les pays déjà évoqués, l'exception de chose jugée déduite d'une décision étrangère peut être invoquée de façon *incidente* et ainsi permettre à la partie qui a triomphé à l'étranger de paralyser une nouvelle procédure anglaise.

**354. L'exception de chose jugée comme solution (suite)** - L'exception de chose jugée peut prévenir la contradiction de décisions en l'absence d'une mesure de coordination préventive. Le droit comparé apprend en effet que la plupart des pays acceptent de reconnaître une certaine mesure, fut-elle limitée, d'autorité de la chose jugée aux décisions étrangères.<sup>1526</sup> La suite réservée à la chose jugée étrangère ne pourra certes pas aller au-delà de ce qui faisait l'objet de la procédure étrangère, laissant parfois subsister un 'résidu' de la demande, sur lequel le juge du for devra se prononcer.<sup>1527</sup> Certes encore les limites de la chose jugée accordée aux jugements étrangers varient de pays à pays,<sup>1528</sup> de même que la forme et les conditions auxquelles le jeu de l'exception est

<sup>1523</sup> *Infra*, n° 706 sur l'historique de cette grande perméabilité du droit allemand. La règle s'accompagne toutefois de quelques nuances importantes, par exemple en ce qui concerne les jugements d'état (*infra*, n° 357). De plus le jugement étranger premier rendu ne pourra être invoqué que si le juge étranger était également premier saisi. On verra que dans le cas contraire, la reconnaissance sera refusée, *infra*, n° 358.

<sup>1524</sup> Il faut dire que les règles anglaises en matière de reconnaissance et d'exécution sont particulièrement complexes. A côté du régime de la common law et des Conventions de Bruxelles et de Lugano, coexistent également deux législations particulières fondées sur l'idée de réciprocité, v. l'aperçu synthétique que donne P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments. The Preclusive Effect of Foreign Judgments in Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 24-25.

<sup>1525</sup> CHESHIRE et NORTH, 1999, 441, note 6 et les décisions citées. V. également BRIGGS et REES, 1997, 333, n° 7.29 : "Once the foreign court has given a judgment which is entitled to recognition under English law, no proceedings may be brought on the underlying cause of action : the foreign judgment itself now constitutes the sole basis of the claim in the English court". *Adde* la section 34 du 1982 Jurisdiction Act ainsi que *The Indian Grace* [1993] AC 410 et *The Indian Grace (No 2)* [1996] 2 Lloyd's Rep. 12.

<sup>1526</sup> Selon M. Juenger il est même "universel" (F. K. JUENGER, "The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters", *Am J. Comp. L.*, 1988, (1), 3). V. aussi la décision de la Cour Internationale de Justice citée par P. BARNETT, *ac*, 2001, 8, dans l'affaire *South West Africa Case (Rec, 1966, vol. 4, 240)* dans laquelle le juge Korotky évoque à propos de l'autorité de chose jugée « a clear example of a general principle of law recognised by civilised nations ».

<sup>1527</sup> Il se peut ainsi que le juge étranger ne se soit prononcé que sur la dissolution du lien conjugal, laissant entière la question des conséquences patrimoniales du divorce, p. ex. Mons, 30 novembre 1993, *R.R.D.*, 1995, 173 et Civ. Liège, 7 janvier 1999, *Div Aα*, 1999, 46 (dans cette affaire déjà évoquée, *supra*, n° 352, un tribunal belge saisi d'une demande de divorce s'était vu pris de vitesse par un tribunal croate concurrentement saisi. Le tribunal belge s'inclina devant l'autorité de chose jugée de la décision croate prononçant la dissolution du lien matrimonial. Il constata toutefois qu'il restait saisi d'une autre question non encore résolue, à savoir celle de la sanction des torts respectifs des époux et de leur influence sur une éventuelle pension alimentaire. Cette décision montre également que la comparaison des objets des deux demandes n'est pas chose aisée, en l'espèce il subsistait des doutes sur la portée exacte de la décision croate. La mesure exacte de l'autorité de la chose jugée devient un véritable défi lorsque l'on se préoccupe aussi de la loi applicable à cette question, v. les réflexions de P. BARNETT, *ac*, 2001, 6-7, 38-39 et 250). V. aussi *infra*, n° 458 sur la question de l'identité des demandes.

<sup>1528</sup> On pense par exemple à la distinction qui est faite en droit américain entre la 'claim preclusion' et l'issue preclusion, (par exemple C. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux États-Unis*, Paris, Economica, 1987, 333-345), distinction qui est inconnue de la tradition romane et qui, appliquée aux jugements étrangers, leur permet de recevoir une portée plus importante que celle qui leur serait reconnue en droit français ou belge. Le droit anglais distingue quant à lui pas moins de 4 exceptions distinctes qui peuvent

subordonnée. Malgré ces différences, l'exception de chose jugée se révèle être un instrument efficace pour mettre fin, même tardivement, aux conflits entre tribunaux. On constate ainsi qu'aux Etats-Unis, la prophétie de la Cour *Laker* se réalise souvent, le juge américain acceptant de mettre fin à la procédure dont il est saisi au vu de la décision étrangère.<sup>1529</sup>

**355. Limites de l'exception de la chose jugée** – L'exception de chose jugée peut Il demeure que si le conflit de décisions est évité, la prise en compte de la décision étrangère ne permet pas de rencontrer l'impératif d'économie de procédure (*supra*, n° 16). De plus, le jeu de l'exception de chose jugée n'est pas sans faille : il ne sera pas toujours possible d'oblitérer le risque de décisions contradictoires par le biais de la reconnaissance de la décision étrangère.<sup>1530</sup> Si on peut dès lors s'attendre à ce que dans un grand nombre de cas, l'exception permette d'éviter la contradiction de décisions, il n'en sera pas toujours ainsi.

La libéralisation progressive du régime des décisions étrangères n'a en effet pas fait sauter tous les obstacles à la libre circulation des décisions judiciaires.<sup>1531</sup> Rien ne permet dès lors d'affirmer qu'il suffira, le moment venu, d'invoquer l'autorité de la décision étrangère pour mettre un terme au conflit. Les motifs de refus de reconnaissance sont nombreux.<sup>1532</sup> Et nous verrons qu'il en est un qui peut poser un problème particulier pour les procédures concurrentes. Au-delà de l'existence de motifs de refus de reconnaissance, qui font peser une hypothèque sur les chances de succès de l'exception de chose jugée, il faut également évoquer le régime des jugements étrangers en général, pour apercevoir quelle peut être la faillite de l'exception de chose jugée. Comme le rappellent très justement deux auteurs suisse, la libre circulation des décisions de justice n'est en effet pas seulement fonction du nombre ou de l'importance des motifs de refus,

---

être invoquées pour donner effet à un jugement anglais ou étranger, v. P. BARNETT, *ac*, 2001, spéc. pp. 9-11 pour une présentation générale. Puisque les effets accordés aux décisions judiciaires, et en particulier l'étendue de la chose jugée, varient selon les droits nationaux, il importe de déterminer s'il appartient à l'Etat requis ou au contraire à l'Etat d'origine de se prononcer sur les effets des jugements, v. sur cette question C. KESSEDJIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 7, 91-92, n° 169 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, in *Travaux comité français DIP*, 1995-96 et de la même, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris, Economica, 1986. En général, W. J. Habscheid, « Quelques questions fondamentales concernant l'autorité de la chose jugée en droit comparé », in *Liber amicorum A. F. Schnitzer offert à l'occasion de son 90<sup>ème</sup> anniversaire*, Genève, Georg, 1979, 179-196 ainsi que F. RITTER, « Die Bestimmung der objektiven Rechtskraftsgrenzen in rechtsvergleichender Sicht », *Z.Z.P.*, 1974, 138-199.

<sup>1529</sup> P. ex. *Success Motivation Inst. of Japan, Ltd. v Success Motivation Inst.*, 966 F.2d 1007 (5<sup>th</sup> Cir. 1992) (procédures concurrentes au Japon et aux Etats-Unis, suite à la rupture d'un contrat de franchise, le tribunal texan met fin à la procédure américaine en reconnaissant le jugement japonais premier rendu); *Alfadda v Fern*, 966 F. Supp. 1317 (S.D.N.Y. 1997) (conflit opposant les tribunaux français et américains à propos d'un investissement dans une entreprise néerlandaise. Le tribunal américain met fin à la procédure dont il est saisi en acceptant l'autorité de chose jugée du jugement français); *Phillip USA, Inc v Allflex USA Inc*, 77 F.3d 354, 360 (10<sup>th</sup> Cir 1996) (tribunaux australiens et du Kansas, la Cour note que "the law does not favor a multiplicity of suits, and, where all the matters in controversy between parties may be fairly included in one action, the law requires that it should be done" et met fin à sa procédure); *Panama Processes v Citius Service Co.*, 796 P.2d 276 (Okla 1990) (Oklahoma et Brésil).

<sup>1530</sup> En ce sens, W. HAU, 65 (*M. HAU* reconnaît d'abord que la 'parallel proceedings rule' évite l'inconvénient majeur des procédures parallèles, à savoir les décisions contradictoires, mais admet ensuite qu'en pratique, le jugement étranger ne sera pas toujours reconnu et donc qu'on peut quand même aboutir à des décisions contradictoires).

<sup>1531</sup> MM. *Walter et Baumgartner* relèvent à juste titre que "there is a considerable number of states in which recognition is still very limited or where courts yield substantial power in deciding whether a foreign judgment that otherwise meets recognition requirements will be given any effect" : G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, "General Report", in *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 17.

<sup>1532</sup> Pour une étude d'ensemble, v. le rapport général de G. WALTER et S. BAUMGARTNER précité, pp. 1 e.s.

elle est également tributaire, pour une grande part, du statut procédural des jugements étrangers.<sup>1533</sup>

**356. Les limites de l'exception de chose jugée : le statut procédural des jugements étrangers** – On a vu que l'exception de chose jugée pouvait dans de nombreux cas apporter une solution à la question de la contradiction de décisions. Il en est particulièrement ainsi lorsque l'autorité du jugement étranger est reconnue sans autre forme de procès. La reconnaissance '*de plano*' permet alors au juge du for, saisi lui aussi du litige déjà tranché par le juge étranger, de prendre en compte 'en cours de route' la décision étrangère. La très grande perméabilité du for aux jugements étrangers donne alors à l'exception de chose jugée sa pleine efficacité comme mécanisme de résolution des conflits de procédure.<sup>1534</sup>

Dans d'autres matières et dans d'autres pays, le plaideur qui l'a emporté à l'étranger sera obligé de solliciter la 'nationalisation' de la décision étrangère au moyen de la procédure appropriée. La nécessité de recourir à une procédure intermédiaire diminue d'autant l'utilité de l'exception de chose jugée comme solution aux procédures concurrentes. Quelques exemples tirés du droit comparé illustreront cette influence du statut procédural des jugements étrangers sur l'efficacité de l'exception. Le premier est tiré de la délicate position des jugements patrimoniaux déclaratifs en droit français. Il règne sur le statut de ces jugements une grande incertitude, la jurisprudence n'ayant pas eu l'occasion d'en éclaircir tous les recoins.<sup>1535</sup>

On a souvent affirmé que tant qu'ils n'ont pas été examinés par le juge de l'exequatur, ces jugements ne peuvent être invoqués devant les tribunaux français pour fonder une exception de chose jugée.<sup>1536</sup> Il s'en suivrait qu'en cas de conflit entre une décision étrangère de cette nature et une procédure française, le créancier du jugement devrait d'abord obtenir l'exequatur du jugement avant de pouvoir en invoquer l'autorité pour mettre fin à la procédure française. Et l'on constate effectivement que certaines décisions ont déduit de l'existence en France d'une procédure au fond une cause de forclusion de la demande d'exequatur de la décision étrangère, jugée tardive.<sup>1537</sup> Si elle se confirme, cette jurisprudence serait proprement *désastreuse* pour la résolution des conflits de procédures : au plaideur qui invoque l'autorité d'un jugement étranger prononçant la nullité d'un contrat, le juge français saisi du fond du litige pourrait opposer l'absence de la formalité préalable que constitue l'exequatur. En outre, une éventuelle demande

<sup>1533</sup> G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, "General Report", précité, 2000, (1), 19 rappellent très justement que le traitement des jugements étrangers dépend non seulement des motifs de refus, mais également de l'interaction avec d'autres règles comme celles de procédure.

<sup>1534</sup> Un problème peut toutefois surgir lorsque selon les règles de procédure du for, le juge apprécie sa compétence et la recevabilité de l'action à la date de sa saisine. La partie qui a entre temps obtenu gain de cause du juge étranger, pourra-t-elle encore se prévaloir de la décision étrangère ? Il serait par trop formaliste de refuser de tenir compte de celle-ci pour la simple raison qu'elle a été rendue *après* la saisine du juge du for. En ce sens, S. FRANCOQ et S. SAROLEA, *l.c.*, *Reu Dr. Étrangers*, 1997-98, 738-739.

<sup>1535</sup> Il est symptomatique que la plupart des décisions habituellement citées par la doctrine pour expliquer ce statut remontent au 19<sup>ème</sup> siècle, v. par exemple H. MUIR WATT, *Juris Classeur Droit international*, Fasc. 584-6, n° 88-104, v. aussi l'aperçu de la jurisprudence que donne P. MAYER, 1998, 262-263, n° 399-401. On peut penser que les avancées fulgurantes du droit conventionnel, et en particulier l'intégration judiciaire européenne, ont enlevé une grande partie de son actualité à la question des effets en France de ces jugements, et dans le même temps rendu plus difficile, faute de 'matière première', le développement d'une jurisprudence moderne sur cette question.

<sup>1536</sup> V. les décisions citées par H. MUIR WATT, *l.c.*, n° 88, p. 21

<sup>1537</sup> V. surtout l'arrêt *Negrotto* de la Cour de Cassation du 10 mars 1914, *Reu Dr. Int. Privé*, 1914, 449 ; *D.*, 191, 1, 13, note Valéry ainsi que Cass., 5 avril 1960, *R.C.D.I.P.*, 1961, 389, note M. Weser ; *J.D.I.*, 1960, 1070, note Sialelli.

d'exequatur se verrait rejetée lorsqu'elle est engagée après la saisine au fond du juge français.<sup>1538</sup>

Il y a pire : on enseigne également, sur le pied d'une décision certes isolée de la Cour d'Appel de Lyon,<sup>1539</sup> qu'il y a lieu de *suspendre* l'instance en exequatur lorsqu'une partie agit au fond en France après l'assignation en exequatur – et ce jusqu'à ce qu'il n'y ait plus lieu de redouter de contrariété avec le jugement à intervenir du tribunal français.<sup>1540</sup> Une telle attitude témoigne de bien peu de respect envers la procédure étrangère achevée. La saisine au fond du juge français devient une véritable arme pouvant paralyser tout effet de la décision étrangère en France,<sup>1541</sup> le débiteur du jugement pouvant à sa guise saboter toute tentative d'exécution de la décision étrangère en France en ouvrant une nouvelle instance au fond.<sup>1542</sup>

**357. Les limites de l'exception de chose jugée : le statut procédural des jugements étrangers, l'exemple des décisions patrimoniales déclaratives en droit français (suite)** – Il est difficile de dire si cette position extrême, toute entière fondée sur la primauté de la justice du for, reflète encore l'état actuel du droit positif français.<sup>1543</sup> D'une part la jurisprudence n'a pas exclu la possibilité d'obtenir un exequatur de façon incidente, ce qui permettrait au créancier du jugement étranger de faire valoir ses droits directement dans l'instance au fond engagée par son adversaire.<sup>1544</sup> D'autre part il faut se garder de généraliser, les solutions extrêmes posées dans certains arrêts n'ayant pas trouvé écho dans la jurisprudence. Du reste, une doctrine unanime plaide pour la généralisation de la reconnaissance de plein droit de l'autorité de chose jugée à toutes les décisions étrangères,<sup>1545</sup> qu'elles soient patrimoniales ou extra-patrimoniales.<sup>1546</sup> Elle peut

<sup>1538</sup> Le sort d'une demande d'exequatur préalable à la saisine au fond du juge français est incertain.

<sup>1539</sup> Lyon, 15 octobre 1920, *Reu. Dr. Int. Privé*, 1921, 522.

<sup>1540</sup> Cet enseignement est à vrai dire celui d'ouvrages plus vieux, v. par exemple Batiffol et Lagarde, t. II, 1971, 442, n° 2, qui expliquaient que « le juge de l'exequatur devra surseoir à statuer jusqu'à la décision du tribunal du fond pour éviter toute contrariété de décisions ». Il n'est plus repris dans les ouvrages plus récents, v. P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 2001, 297-298, n° 449, qui expliquent que lorsque la demande d'exequatur a été formée la première, elle doit être examinée la première. Toutefois, dans le cas inverse où la demande au fond est la première engagée, ces mêmes auteurs écrivent que la demande en exequatur doit être rejetée ou du moins faire l'objet d'une décision de sursis à statuer en attendant la décision au fond ! V. aussi dans le même sens, M.-L. NIBOYET-HOEGY, 81.

<sup>1541</sup> Comme l'explique H. MUIR WATT, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 584-6, n° 93, « l'action devant le juge français devient finalement une action contre les procédures et décisions étrangères, action ouverte [...] à toute personne mécontente de l'issue d'une procédure étrangère ou la craignant ».

<sup>1542</sup> Et ce n'est pas un défaut de compétence qui l'arrêtera, cf. les articles 14 et 15 du Code civil.

<sup>1543</sup> Les décisions citées, pour la plupart assez anciennes, précèdent toutes la disparition de la révision au fond par la Cour de Cassation. L'existence du pouvoir de révision explique sans doute en grande partie l'accueil fort peu chaleureux réservé aux jugements patrimoniaux déclaratifs (en ce sens, P. MAYER, 1998, 263, n° 400). En effet, le juge français saisi d'une demande au fond, aurait dû, pour recevoir l'exception de chose jugée déduite de la décision étrangère, procéder d'abord à une révision au fond. Il était sans doute plus facile de statuer directement sur le fond, en opposant à l'exception l'absence d'exequatur.

<sup>1544</sup> H. MUIR WATT, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 584-6, n° 95, observe ainsi que la jurisprudence « n'a jamais nettement exclu la possibilité pour un plaideur d'obtenir en matière patrimoniale, au cours d'une procédure française, le contrôle incident d'une décision étrangère déclarative ».

<sup>1545</sup> Et ce d'autant plus que la distinction entre jugements constitutifs et jugements déclaratifs n'est pas toujours chose aisée, v. B. AUDIT, 1997, 402, n° 473.

<sup>1546</sup> D. ALEXANDRE, « Les effets des jugements étrangers indépendants de l'exequatur », *Travaux comité français DIP*, 1975-77, (60), 77 ; H. MUIR WATT, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 584-6, n° 98-104 et B. AUDIT, 1997, 402-403, n° 473. C'est très justement que M. Mayer critique la distinction opérée selon la *nature* du jugement, et plaide pour une généralisation de la reconnaissance de plein droit de l'autorité de chose jugée, réservant la formalité de l'exequatur au cas où l'exécution matérielle sur les biens est recherchée (P. MAYER, 1998, 263-264). On n'aperçoit pas en effet pourquoi les jugements en matière d'état devraient bénéficier d'un traitement privilégié. A dire vrai,

d'ailleurs en appeler à des évolutions récentes de la jurisprudence française<sup>1547</sup> qui sont en parfaite contradiction avec l'affirmation que l'autorité de chose jugée des décisions étrangères patrimoniales est subordonnée à l'exequatur.<sup>1548</sup>

Toujours est-il qu'en l'état actuel du droit positif français, rien n'interdit à une plaideur qui s'est vu condamné à l'étranger de paralyser, au moins temporairement, l'exécution de la décision étrangère en saisissant le juge français au fond.<sup>1549</sup> Si cette saisine est préalable à l'introduction d'une demande d'exequatur, il est probable, et fort regrettable, qu'il pourra obtenir du juge du fond qu'il poursuive l'examen de la demande au fond malgré l'existence d'une décision étrangère, de sorte que pourra voir le jour en France une décision potentiellement contradictoire avec la décision étrangère. Et il ne faut pas attendre grand chose de la fin de non recevoir tirée de l'effet constitutif du jugement étranger pour pallier les défaillances, toute provisoire, du régime des jugements étrangers patrimoniaux. On sait qu'en matière d'état cette fin de non-recevoir joue le rôle de *substitut* à l'exception de chose jugée. Un plaideur peut ainsi opposer l'effet constitutif d'une décision étrangère prononçant le divorce pour s'opposer à une nouvelle demande de divorce, sans que les conditions de l'exception de chose jugée n'aient à être remplies.<sup>1550</sup> S'agissant toutefois de décisions patrimoniales déclaratives, on ne saurait déduire de ces décisions un quelconque effet constitutif.

Bref la perméabilité limitée de l'ordre juridique français aux décisions étrangères vient contredire la vocation de l'exception de chose jugée à résoudre les conflits de procédure.

**358. Les limites de l'exception de chose jugée : le statut procédural des jugements étrangers (suite)** – Le même problème se pose en droit allemand, mais cette fois-ci non plus pour les jugements patrimoniaux, mais bien pour le contentieux conjugal. En règle générale, point n'est besoin d'une procédure spécifique pour obtenir en droit allemand la reconnaissance d'une décision étrangère.<sup>1551</sup> Il en va toutefois autrement pour les décisions prononçant le divorce et autre séparation de corps ou nullité. Prétendant du besoin de sécurité juridique et de certitude qui seraient impérieux en matière d'état des personnes – arguments invoqués en droits belge et français pour justifier la

---

la seule distinction qui s'impose est celle qui se fonde non pas sur la nature du jugement mais bien sur la nature de l'effet recherché par celui-ci dans le for.

<sup>1547</sup> Et notamment l'accueil de l'exception de litispendance internationale en matière patrimoniale, *infra*, n° 391, et aussi la disparition de la révision au fond.

<sup>1548</sup> Mme. *Muir Watt* fait très justement remarquer que la jurisprudence limitant le jeu immédiat de l'exception de chose jugée aux décisions d'état et aux jugements constitutifs, se situe en retrait des solutions admises au 19<sup>ème</sup> siècle, où l'artifice du *contrat judiciaire* (*infra*, n° 397) permettait d'invoquer une décision étrangère non revêtue de l'exequatur, quelle que soit la matière, pour empêcher le réexamen devant les juges français de la contestation déjà tranchée par le juge étranger : H. MUIR WATT, « Remarques sur les effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'exequatur », *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, (302), 313, n° 14.

<sup>1549</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *ac.*, 2001, 297, n° 449 évoquent une « jurisprudence qui paraît encore dominante » selon laquelle l'exception de chose jugée à l'étranger ne peut en matière patrimoniale être invoquée « qu'après que l'exequatur ait été accordé à la décision étrangère ». V. en droit belge Bruxelles, 20 juin 2000, *J.T.*, 2001, 678 (procédures concurrentes en Pologne et en Belgique au sujet de la garde d'un enfant ; le juge belge écarte en première instance l'exception de litispendance faute de traité ; en appel la Cour constate que le tribunal polonais a rendu une décision mais n'en tient pas compte parce qu'elle n'a pas fait l'objet d'un exequatur).

<sup>1550</sup> A la différence de l'exception déduite de l'autorité de chose jugée d'une décision étrangère, la fin de non-recevoir suppose que le jugement étranger soit passé dans son pays d'origine en force de chose jugée, v. D. ALEXANDRE, « Sur la possibilité d'obtenir le divorce en France lorsqu'un jugement a déjà été rendu à l'étranger à propos du divorce », *R.C.D.I.P.*, 1983, (597), 614-614.

<sup>1551</sup> V. les développements de H. SCHACK, 1996, 341-343 et de D. MARTINY, « Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomen Recht », *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, III/1, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1984, 686-687.

reconnaissance *de plano*... - le législateur allemand a dès 1941 instauré une procédure spéciale visant à assurer une certaine uniformité dans le traitement des jugements étrangers de divorce.<sup>1552</sup> Concrètement, le monopole de la reconnaissance de ces jugements est attribué aux ministères de la justice des Länder, qui seuls sont habilités à se prononcer sur l'effet à reconnaître aux décisions étrangères.<sup>1553</sup> En cas de concurrence entre une procédure engagée devant un juge allemand et une décision étrangère ayant statué sur une demande de divorce, il faudra dès lors passer par le *Landesjustizverwaltung* pour obtenir que cette décision puisse sortir ses effets en Allemagne.<sup>1554</sup> La Cour fédérale allemande a d'ailleurs décidé qu'avant la décision du ministère compétent, la décision étrangère ne pouvait sortir aucun effet en Allemagne.<sup>1555</sup>

Concrètement, l'époux qui a obtenu raison du juge étranger, ne pourra pas sur cette seule base s'opposer à la poursuite de la procédure allemande. Il devra d'abord obtenir l'assentiment de l'autorité administrative avant de pouvoir invoquer la décision étrangère. Fort heureusement les tribunaux allemands ont semble-t-il pour politique de surseoir à statuer lorsqu'ils sont saisis d'une demande au fond alors qu'une décision étrangère est en passe d'être reconnue par le ministère compétent.<sup>1556</sup> On évite de la sorte la catastrophe judiciaire des décisions contradictoires.

Ces deux exemples montrent comment le statut procédural des jugements étrangers peut mettre à mal l'efficacité de l'exception de chose jugée comme mécanisme apportant une résolution différée des conflits de procédure. Il est un autre problème qui vient diminuer encore cette efficacité, il est lié à un motif de refus spécifique.

**359. Les limites de l'exception de chose jugée : la saisine antérieure du for comme obstacle à l'exception de chose jugée** – Le statut procédural des jugements étrangers vient déjà fortement nuancer l'affirmation selon laquelle il suffira, le moment venu, d'invoquer l'autorité de la décision étrangère pour mettre un terme au conflit. Le régime procédural des décisions étrangères n'est pas le seul obstacle à l'invocation de l'autorité de chose jugée étrangère. Celle-ci peut également buter sur les diverses conditions posées par le for pour l'efficacité internationale des décisions étrangères. Ces

<sup>1552</sup> Loi du 25 octobre 1941, modifiée en 1961 par la *Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften* du 11 août 1961 (Art. 7 § 1), modifiée depuis en 1976, communément appelée la *Familienrechtsänderungsgesetz* (FamRÄndG). V. sur la reconnaissance des jugements étrangers de divorce en Allemagne, J. BASEDOW, *Die Anerkennung von Auslandsurteilen : Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und Rechtspolitik*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung n° 103, Frankfurt aM, Metzner, 1980, 266 p.; J. HAECKER, *Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Ehesachen*, 2ème éd., Frankfurt am Main, Verl. für Standesamtswesen, 2000, 114 p. et dans la littérature plus ancienne K. KLEINRAHM, *Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Ehesachen*, Göttingen, Schwartz, 1970, 231 p. Pour la situation en droit autrichien, v. H. HOYER, *Die Anerkennung ausländischer Ehescheidungen in Österreich*, Vienne, Manz, 1972, 168 p.

<sup>1553</sup> Sur la procédure, H. SCHACK, 1996, 344-348. En général, D. MARTINY, *o.c.*, 1984, 761-769.

<sup>1554</sup> M. Schütze en a d'ailleurs tiré argument pour contester la possibilité d'accorder un quelconque effet à une procédure étrangère de divorce simplement pendante. Il explique qu'il serait "unsinnig" "wolle man vor der Rechtskraft des Urteils die Einrede der Rechtshängigkeit zulassen, wenn nach rechtskräftiger Entscheidung die Parteien erneut im Inland klagen können, solange keine Anerkennung ausgesprochen ist" : R. SCHÜTZE, "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *RebelsZ.*, 1967, 247. V. la réponse de A. BURCKHARDT, *Internationale Rechtshängigkeit und Verfahrensstruktur bei Eheauflösungen : Untersuchungen zum Eintritt der Rechtshängigkeit und der Identität des Streitgegenstandes bei konkurrierenden Verfahren zur Eheauflösungen*, Thèse Heidelberg, s.n., s.l., 1997, 27-28.

<sup>1555</sup> BGH, 5 février 1975, *BGHZ*, 64, 19, 22; *N.J.W.*, 1975, 1072; *IPRSpr.*, 1975, n° 98. Le BGH décide que "die ausländische Entscheidung vor der positiven Entscheidung der Landesjustizverwaltung über die Anerkennungsfähigkeit im Inland keine Wirksamkeit entfaltet".

<sup>1556</sup> BGH, 6 octobre 1982, *IPRax*, 1983, 292; *N.J.W.*, 1983, 514; *IPRSpr.*, 1982, n° 170. V. les observations de M. Burckhardt sur cette jurisprudence, et en particulier sur la technique juridique permettant le sursis ("Verfahrenshindernis" ou "Rechtsschutzbedürfnis") : *o.c.*, 1997, 29-30.

conditions joueront quel que soit le degré de perméabilité du for.<sup>1557</sup> Parmi les motifs de refus de reconnaissance, il en est un qui, dans le contexte particulier des conflits de procédures, est de nature à enlever à l'exception de chose jugée la vocation que lui prêtent certains à servir de mécanisme de solution des conflits de procédures. Il s'agit du motif tiré de la violation de la saisine antérieure du for.

Il n'est pas rare en effet qu'un ordre juridique tente de protéger la saisine première de ses tribunaux en déniautout effet aux décisions étrangères qui portent sur le même objet qu'une procédure dont le for a été saisi *avant* l'introduction de la procédure étrangère.<sup>1558</sup> Les droits d'inspiration germanique ont ainsi élevé la violation de la litispendance de leurs tribunaux au rang de motif de refus de reconnaissance.<sup>1559</sup> On retrouve ainsi ce motif de refus en Autriche,<sup>1560</sup> en droit allemand<sup>1561</sup> et en droit suisse.<sup>1562</sup> La très grande déférence dont ces droits font preuve à l'égard de procédures étrangères antérieures<sup>1563</sup> explique sans doute pourquoi les juristes de ces pays estiment justifié d'exiger des tribunaux étrangers une reconnaissance réciproque de l'antériorité de la saisine de leurs tribunaux, faute de quoi la déférence fait place à un refus de participer à l'efficacité internationale des décisions émanant de tribunaux jugés indéliçats. Il est plus regrettable de voir que les rédacteurs de la future Convention de La Haye envisagent également d'inclure une règle à cet effet dans la Convention.<sup>1564</sup> Le motif de refus déduit de la violation de la

<sup>1557</sup> On sait en effet que la reconnaissance de plano ne signifie pas reconnaissance inconditionnelle. Chaque autorité confrontée à une décision étrangère devra s'en référer aux exigences minimales posées par le for.

<sup>1558</sup> G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, "General Report", in *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 33-34.

<sup>1559</sup> Le droit hongrois connaît un motif de refus similaire, v. le § 73 (d) du code de droit international privé de 1979 et les observations de M. KENGYEL, "Die Anerkennung und Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidungen außerhalb des Geltungsbereiches des Brüsseler und Lugano-Übereinkommens in Ungarn", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (eds.), *ac*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (323), 335.

<sup>1560</sup> W. H. RECHBERGER et U. FRAUENBERGER-PFEILER, "Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Titel ausserhalb des Anwendungsbereiches des Brüsseler und Luganer Übereinkommens : Österreich", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (eds.), *ac*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (47), 61 : "Wird im Inland ein Verfahren früher eingeleitet, steht dem die Anerkennung und Vollstreckung der ausländischen Entscheidung entgegen".

<sup>1561</sup> Motif qui figure au § 328 I (3) *in fine* ZPO. Sur ce motif, v. H. SCHACK, 1996, 332, n° 857 et surtout D. MARTINY, "Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomen Recht", in *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, III/1, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1984, 509-510 et la jurisprudence citée.

<sup>1562</sup> Article 27(2)(c) IPRG suisse, v. les commentaires de F. M. R. WALTHER, "Die Anerkennung und Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidungen ausserhalb des Geltungsbereiches des Brüsseler und Lugano-Übereinkommens in der Schweiz", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, "General Report", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (eds.), *ac*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (541), 555 et A. BUCHER, 1998, 232, n° 754 (cet auteur précise que l'élément d'antériorité dans le temps vise non pas la date du jugement, mais bien celle de l'introduction de l'action; il explique également que le motif de refus fondé sur la litispendance d'une action d'abord intentée en Suisse doit être retenu d'office par le juge, même s'il n'est pas allégué ou établi par une partie (217, n° 696).

<sup>1563</sup> Déférence dont on verra qu'elle participe d'une politique générale de respect du fait judiciaire étranger, *infra*, n° 706.

<sup>1564</sup> Article 27 bis (1)(a) du projet de Convention de La Haye. V. POCAR-NYGH, 108. Ce motif de refus de reconnaissance n'est pas nouveau en droit conventionnel, v. déjà les articles 2, 4° *in fine* de la Convention du 15 avril 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires, 5-3(a) de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, conclue le 1er février 1971, l'article 5-3° de la Convention du 2 octobre 1973 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires ainsi que l'article 15(f) de la convention franco-tunisienne du 28 juin 1972, qui sanctionnent également la violation de la litispendance du for par un refus de reconnaissance. On évoquera également l'article 999 (3) du Code des personnes et de la famille du Burkina Faso, qui dispose que « La reconnaissance ou la force exécutoire doit être refusée [...] (3) si un litige entre les mêmes parties et ayant le même objet est pendant devant une juridiction burkinabe antérieurement saisie [...] », d'où on peut déduire que la saisine antérieure du juge burkinabé constitue un motif de refus de reconnaissance. *Adde* l'article 7(c)(ii) du projet de Convention anglo-américain de 1976, qui prévoyait que la reconnaissance pouvait être refusée lorsque « proceedings based on the same transaction or occurrence [...] are pending before a court or authority of the Contracting State of the court addressed, were the first to be instituted and may result in such an irreconcilable judgment [...] ».

litispendance du for a également séduit les législateurs québécois<sup>1565</sup> et italien<sup>1566</sup> et pourrait bien faire à l'avenir partie du droit belge.<sup>1567</sup>

D'autres droits se montrent plus réticents encore à accepter qu'une décision étrangère puisse interrompre une procédure en cours dans le for : ainsi il semble qu'en droit espagnol<sup>1568</sup> et dans l'ancien droit italien,<sup>1569</sup> la simple existence d'une procédure locale suffisait à neutraliser l'exception de chose jugée étrangère, même si celle-ci s'attache à une décision prononcée antérieurement à la saisine du for. Un italien assigné à l'étranger, qui craignait de succomber aux prétentions de son adversaire, pouvait donc jusqu'il y a peu intenter à son tour une nouvelle action en Italie<sup>1570</sup> et paralyser ainsi la reconnaissance ultérieure du jugement étranger.<sup>1571</sup>

On comprend bien ce qui justifie aux yeux des législateurs et des juges cet accroc porté à la libre circulation des jugements : en refusant tout effet au jugement étranger lorsque le juge étranger a été saisi en dépit de l'existence d'une procédure dans le for, on encourage au moins indirectement l'ordre juridique étranger à corriger la manoeuvre et à instaurer un mécanisme de coordination.<sup>1572</sup> En outre, il s'agit aussi de décourager les justiciables d'aller chercher justice à l'étranger après avoir été assignés devant un tribunal, dans l'espoir que la procédure qu'ils ont engagée, se terminera plus vite.<sup>1573</sup>

Il reste qu'on peut regretter l'automatisme du motif de refus de reconnaissance ainsi créé : en faisant dépendre l'effet du jugement étranger de la priorité de saisine, la 'punition' semble sévère. Elle obligera le juge du for à poursuivre l'étude du dossier à laquelle son collègue étranger a déjà procédé, alors même que le jugement étranger pourrait satisfaire en tout point les exigences du for. Et que dire des conséquences pour les parties, obligées de remettre le travail sur l'ouvrage pour la simple raison que le for est froissé d'avoir été dépassé en route...<sup>1574</sup> Il nous semble dès lors que le refus de reconnaissance déduit de la

<sup>1565</sup> Art. 3155(4) du Code civil, qui dispose que la reconnaissance peut être refusée si « un litige entre les mêmes parties, fondés sur les mêmes faits et ayant le même objet [...] est pendant devant un autorité québécoise première saisie [...] ».

<sup>1566</sup> Art. 64(f) de la loi n° 218 de 1995.

<sup>1567</sup> V. l'article 25(6) du projet de Code belge de droit international privé.

<sup>1568</sup> En ce sens, J. A. PÉREZ BEVIÁ, "Reconnaissance et exécution des décisions étrangères en marge de l'application des conventions de Bruxelles et de Lugano : rapport sur le droit espagnol", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (eds.), *oc*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (499), 515, qui explique que lorsqu'une décision étrangère est opposée à une procédure pendante en Espagne, celle-ci reçoit systématiquement la préférence même si la procédure étrangère est antérieure à la procédure espagnole. Et l'auteur de remarquer que dans certaines conventions signées par l'Espagne la préférence pour la procédure du for est quelque peu nuancée, puisqu'elle ne vaut que lorsque cette procédure a été initiée *avant* la procédure étrangère.

<sup>1569</sup> Article 797(1)6) du Code de procédure civile du 28 octobre 1940, qui disposait que la reconnaissance était exclue lorsqu'une procédure portant sur le même objet et la même cause était pendante en Italie. V. G. BROGGINI, "Riconoscimento ed esecuzione delle sentenze civili straniere nel ius commune italiano", *R.D.I.P.P.*, 1993, (833), 849-850.

<sup>1570</sup> Le code de procédure civile neutralisait jusqu'en 1996 la litispendance internationale, *v. infra*.

<sup>1571</sup> V. J. J. FAWCETT, "General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 42.

<sup>1572</sup> Selon M. MARTINY, puisque les tribunaux allemands s'effacent devant la saisine antérieure des tribunaux étrangers, il serait "équitable" d'attendre le même geste de la part d'un tribunal étranger, ("billig", *oc*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1984, 509-510, n° 1146).

<sup>1573</sup> Justification invoquée par D. MARTINY, *oc*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1984, 509, n° 1145.

<sup>1574</sup> Comme on l'a vu, le droit commun belge s'incline devant les décisions étrangères, que le juge belge ait été saisi avant ou après le juge étranger. Le projet de Code de droit international privé revient sur cette attitude généreuse puisque son article 25(6) prévoit que la priorité de saisine du juge belge empêche la reconnaissance de la décision étrangère. *Comp.* avec l'opinion de M. FALLON, note sous *Civ. Bruxelles*, 17 octobre 1989, *R.T.D.F.*, 1990, 397, qui plaiderait contre le motif de refus de reconnaissance tiré de la violation de la litispendance du for : « on ne voit guère non plus de raison à une éventuelle priorité accordée à la procédure du for pour la cas où celle-ci aurait été

saisine antérieure du for ne se justifie pas, du moins lorsqu'il se présente comme un obstacle dirimant à l'effet de la décision étrangère. Les considérations tirées de l'ordre de saisine des fors n'ont pas leur place dans l'évaluation des effets à accorder à une décision étrangère.

La volonté de faire respecter un certain ordre dans le contentieux international privé et de décourager la multiplication des procédures sont certes respectables. Il reste qu'une fois que le juge étranger s'est prononcé sur le fond du litige, sa décision mérite d'être prise en compte. La priver de tout effet sans permettre au juge premier saisi d'évaluer la légitimité de la saisine de son collègue étranger, constitue une démarche par trop mécanique. L'expérience montre en effet qu'il ne faut pas toujours jeter la pierre à la partie qui ouvre un second front ; la priorité de saisine du for peut elle aussi se révéler abusive. Si cette priorité de saisine doit être érigée en obstacle à la reconnaissance du jugement étranger, nous eussions préféré que ce ne fût pas de manière automatique, mais seulement après un examen par le juge requis de la chronologie des faits.<sup>1575</sup> On se réjouira à cet égard que le droit européen ne prévoit pas un tel motif de refus de reconnaissance.<sup>1576</sup> Si ceci peut paraître paradoxal lorsque l'on connaît l'importance de la litispendance dans le règlement européen des conflits de juridiction, on peut voir dans cette situation l'heureuse influence de l'impératif de libre circulation des jugements.<sup>1577</sup>

**360. Illustration des défaillances de l'exception de chose jugée** - Quoi qu'il en soit de la pertinence de la priorité de saisine comme motif de refus, son existence montre que la majeure de la 'parallel proceedings rule' - à savoir que le conflit se résoudra 'naturellement', une fois la première procédure achevée - peut s'avérer fautive. L'affaire *Banque Libanaise* illustre parfaitement les dangers de retarder l'issue du litige jusqu'à ce

---

ouverte avant la procédure étrangère », « en l'absence au moins de toute exception de litispendance internationale qui s'imposerait bilatéralement aux tribunaux de chacun des Etats intéressés ». L'auteur laissait donc la porte ouverte à un tel motif lorsque les deux Etats font honneur à l'exception de litispendance.

<sup>1575</sup> On notera que le droit anglais est, comme on pouvait s'y attendre, d'une logique imparable à ce sujet : tout comme il reste indifférent à la chronologie de saisine des deux fors lorsqu'il s'agit de décider à quelle procédure revient la priorité (*infra*, les nuances en ce qui concerne le *forum non conveniens*, n° 559), il semble que la date de saisine respective des fors n'entre pas automatiquement en ligne quand il s'agit de reconnaître une décision étrangère. Ainsi un tribunal anglais pourra fort bien reconnaître effet à une décision étrangère alors même qu'il a été saisi avant que l'affaire ne soit portée devant le juge étranger : Selon M. Collier, "it does not seem that a foreign judgment rendered before an English judgment, though the English action was begun before the foreign action or judgment, would be refused recognition, since the English judgment would not be *res judicata* at the time of the foreign judgment" : J. G. COLLIER, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments : England", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *op. cit.*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (131), 145. Il demeure que si le tribunal anglais est convaincu que la saisine ultérieure du tribunal étranger n'était qu'une manœuvre destinée à court-circuiter la procédure en cours en Angleterre, il pourra faire appel à l'exception d'ordre public ou à la violation de la 'natural justice' (sur ce motif de refus, v. MM. *Cheshire et North*, 1999, 450-453) pour faire prévaloir la procédure anglaise.

<sup>1576</sup> Comme l'ont constaté par exemple MM. Gothot et Holleaux, *La Convention de Bruxelles du 2 septembre 1968 : compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris, Jupiter, 1985, 157, n° 275 ainsi que G. DROZ, 1972, n° 518. V. aussi Cass. fr., 14 mai 1996, *Brasserie du Pêcheur c. Kreissparke Main-Spessart* [1997] *Bull. civ.*, 1996, I, n° 210 ; [1997] I.L.Pr 173 (la Cour de Cassation constate que la violation par le juge étranger de la règle de litispendance européenne n'autorise pas le juge requis à refuser la reconnaissance de la décision étrangère).

<sup>1577</sup> D'aucuns regrettent toutefois que le législateur européen ne se soit pas montré plus cohérent. Mme. *Balkanyi-Nordmann* (« The Perils of Parallel Proceedings », *Dispute Resolution Journal*, 2000-01, (20-28), 25) juge ainsi "peu satisfaisante" l'absence parmi les motifs de refus de reconnaissance, d'un pendant à l'exception de litispendance. Elle suggère même de faire appel à l'exception d'ordre public prévue par le Règlement 44/2001 pour refuser tout effet à un jugement lorsqu'une procédure sur le même litige est toujours pendante (p. 26). Singulièrement, elle ne vise que la confrontation entre un jugement prononcé par un tribunal européen et une procédure pendante en dehors de l'Union européenne. L'auteur envisage d'autre part la possibilité pour le for saisi d'une demande de reconnaissance d'un jugement étranger, d'interdire la poursuite d'une instance engagée postérieurement dans un Etat tiers (p. 26). On peut regretter qu'elle ne précise pas dans quelle hypothèse l'injonction doit être préférée au refus de reconnaissance.

qu'un des juges se prononce.<sup>1578</sup> En l'espèce, le litige opposait une banque française et sa succursale établie à Abu Dhabi à un citoyen américain qui avait longtemps vécu dans cet émirat. La banque avait saisi les tribunaux du Texas, réclamant le remboursement d'une somme d'argent prêtée au défendeur. Un an plus tard celui-ci attaqua la banque devant les tribunaux d'Abu Dhabi, réclamant des dommages et intérêts pour inexécution contractuelle. Selon l'emprunteur, le soi-disant prêt était en vérité simulé et faisait partie d'un arrangement avec la banque visant à l'aider à récupérer une importante somme dont il avait été privé lors de son expulsion de l'émirat.<sup>1579</sup>

Après avoir ouvert ce second front, l'emprunteur tenta d'obtenir du tribunal texan qu'il se dessaisisse. Pour ce faire il invoquait la doctrine du *forum non conveniens*, les tribunaux d'Abu Dhabi étant selon lui mieux placés pour statuer et insistait sur la circonstance que la procédure texane ne constituait qu'un doublon de celle déjà pendante dans l'émirat.<sup>1580</sup> Le tribunal texan refusa de donner suite à l'exception de for plus approprié, laissant subsister le conflit de procédures. Contrairement aux prévisions de la Cour d'Appel dans l'affaire *Laker*, le conflit ne se résorba cependant pas pour autant une fois la première procédure achevée. Lorsque la banque tenta d'obtenir la reconnaissance au Texas de la décision d'Abu Dhabi qui lui donnait raison, l'emprunteur s'opposa à cette reconnaissance, alors même qu'il avait pris l'initiative de saisir les tribunaux d'Abu Dhabi!

En l'espèce, la reconnaissance fut refusée pour défaut de réciprocité.<sup>1581</sup> Cet obstacle levé, le jury texan décida en faveur de l'emprunteur. Le refus des deux tribunaux de céder la priorité à l'autre conduit dès lors à une collision que les règles en matière de reconnaissance n'ont pu éviter.<sup>1582</sup>

## CONCLUSION : REJET DU MODELE DE LA TOLERANCE

361. L'affaire *Banque Libanaise* illustre les dangers de l'indifférence. Ces dangers ne sont certainement pas confinés aux affaires les plus spectaculaires comme celles de *Laker Airways*. Un banal litige commercial peut aussi bien conduire à des décisions

<sup>1578</sup> *Banque Libanaise pour le Commerce v Khreich*, 915 F. 2d 1000 (5<sup>th</sup> Cir. 1990). Sur cette affaire, v. les commentaires de L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l Lawyer*, 1992, (21), 29-31.

<sup>1579</sup> L'opération impliquait une tierce personne, débiteur commun de la banque et de l'emprunteur, à qui l'argent devait être confié pour lui permettre de mener à bien une transaction et de rembourser ainsi les deux parties.

<sup>1580</sup> 915 F. 2d 1000, 1003. L'emprunteur souligne que "a case involving the same parties and the same facts was currently pending in the Abu Dhabi courts".

<sup>1581</sup> V. le § 36.005(b)(7) du Tex. Civ. Proc. & Rem. Code Ann., qui constitue la version texane de l'*Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act*. Selon cette disposition, la reconnaissance peut être refusée si "it is established that the foreign country in which the judgment was rendered does not recognize judgments rendered in this State [...]".

<sup>1582</sup> Le tribunal texan s'est contenté de rejeter la reconnaissance du jugement étranger, sans examiner la question de l'estoppel. V. les critiques de L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l Lawyer*, 1992, 30-31. *Cons.* également *Southeast Livestock & Trading Co Inc v Ramon*, 169 F.3d 317 (5<sup>th</sup> Cir 1999) (les règles relatives à la reconnaissance d'un jugement étranger ne peuvent empêcher un conflit de procédures opposant les tribunaux texans et mexicains de déboucher sur un conflit de décisions, le tribunal texan refusant de reconnaître le jugement mexicain premier rendu pour violation de l'ordre public texan, v. les commentaires (pour le moins confus) de L. DRAKE, "Stop the Madness! Procedural and Practical Defenses to Avoid Inconsistent Cross-Border Judgments Between Texas and Mexico", *J. Transnat'l. L. & Policy*, 1999, 209-262); *Alasayi Beverage Corp. v Canada Dry Corp.*, 947 F. Supp. 658 (S.D.N.Y. 1996) *aff'd*, 12 F.3d 1055 (2d Cir. 1997) (un litige entre un fabricant de boisson gazeuse et son distributeur saoudien avait conduit à des procédures concurrentes aux Etats-Unis et en Arabie Saoudite. Le fabricant triompha dans la seconde procédure, mais ne put faire valoir le jugement aux Etats-Unis. Si le jugement était en principe susceptible d'être reconnu, le juge américain refusa toutefois d'en tenir compte en prétextant la différence entre les droits américain et saoudien en matière de charge de la preuve).

contradictoires. Le conflit de décisions auquel a donné lieu l'affaire Banque Libanaise, laisse les parties dans une situation embarrassante. A l'incertitude qui en découle s'ajoute le gaspillage énorme de ressources. Le tribunal texan a ainsi dû se prononcer dans un premier temps sur l'exception de *forum non conveniens* et les effets du jugement d'Abu Dhabi avant de pouvoir s'attaquer au fond du litige.

On conçoit à la lumière de ces inconvénients que la passivité que commande l'indifférence n'emporte pas notre conviction. A choisir, le recours à l'exception de chose jugée est sans doute à préférer par rapport au règlement des conflits par la contrainte, cette dernière faisant peser une trop lourde hypothèque sur une coopération sereine entre tribunaux. Il reste que les inconvénients d'une position d'attente sont trop importants pour qu'on puisse en privilégier l'adoption. Si cette solution fonctionne sans trop de heurts au sein de l'espace judiciaire américain, c'est en raison des caractéristiques particulières de ce système judiciaire, et au premier plan du prescrit constitutionnel de libre circulation des jugements (*supra*, n° 344). Au sein de la communauté internationale, ces justifications disparaissent.

Il devient dès lors difficile de justifier le gaspillage et la course au jugement qu'entraîne la poursuite des procédures concurrentes, sans parler du risque d'encourager les saisines multiples. Même si l'argument est quelque peu circulaire, on peut également ajouter au passif de l'exception de chose jugée le risque qu'elle décourage les Etats de tenter de remédier activement aux conflits de procédure. Pourquoi en effet s'efforcer de coordonner les activités de ses propres tribunaux avec celle des tribunaux étrangers alors que l'autre for s'entête à privilégier sa propre procédure ? <sup>1583</sup> Il ne faudrait pas en conclure que l'indifférence n'a aucun rôle à jouer dans la résolution des conflits de procédures. Malgré les nombreux inconvénients qu'elle entraîne, elle reste incontournable lorsque les autres mécanismes restent en défaut. C'est là le seul rôle qu'on peut réserver à l'exception de chose jugée, mécanisme de seconde ligne qui ne doit intervenir qu'à défaut de solution plus directe.

\*            \*  
\*            \*

<sup>1583</sup> L'argument est invoqué par W. HAU, 224 (avec la parallel proceedings rule "wird aber auch im konkurrierenden ausländischen Forum die Motivation sinken, eine Bewältigung des Kompetenz konfliktes durch des Verzicht auf eine eigene Sachenentscheidung zu erwägen. Die parallele proceedings rule ist daher nicht internationalisierungsfähig; vielmehr provoziert sie eine ähnlich unkoperative haltung anderer Staaten").





## CONCLUSION DU TITRE PREMIER

362. Nous avons dans ce titre examiné deux réponses possibles au problème de la concurrence de procédures, pour les rejeter. La première, manifestation singulière du pouvoir d'injonction, s'est révélée contre-productive. On ne peut l'envisager comme solution 'normale' des conflits de procédures, sous peine de voir le contentieux international privé dégénérer en une véritable 'guérilla' judiciaire. La seconde, mélange d'un refus d'intervenir et d'une confiance, parfois trop grande, dans les vertus de l'exception de chose jugée, fait manifestement fi du souci de l'économie de procédures. Si on peut la tolérer comme *solution d'appoint*, lorsqu'une meilleure alternative fait défaut, elle ne saurait être élevée au rang de règle générale.

L'interdiction de procéder et l'exception de chose jugée n'apportent pas de réponse appropriée aux conflits de procédures. Elles n'empêcheront pas nécessairement que les tribunaux concurrentement saisis se prononcent simultanément sur le fond du litige. Le conflit de procédures se mue alors pour prendre la forme d'un *conflit de décisions*. Il ne peut dans cette hypothèse plus être question de résolution, ni a fortiori de prévention du conflit de procédures. Les parties en sont réduites à se battre pour faire triompher la décision qu'elles privilégient, sans que la contradiction entre les deux décisions puisse être jamais résolue. Il n'est en effet pas d'instance supérieure qui soit en mesure de faire triompher une décision au détriment d'une autre. En outre, on aperçoit difficilement comment un Etat pourrait accepter de réformer la décision prononcée par ses tribunaux en raison de l'existence d'un jugement étranger qui la contredit.<sup>1584</sup>

Si les parties prétendent à l'exécution simultanée des deux décisions dans le même pays, il appartiendra à celui-ci d'établir des règles de priorité. Les règles applicables en la matière diffèrent selon que le conflit implique ou non une décision du for. Nous les examinerons brièvement dans les paragraphes suivant tout en étant conscient que l'exposé de ces solutions dépasse le cadre d'une simple conclusion.<sup>1585</sup>

\* \*  
\*

363. **Conflit entre une décision du for et une décision étrangère** - Le droit comparé apprend que lorsqu'une décision du for est en jeu, le conflit de décisions est systématiquement tranché en faveur du prononcé du for. C'est la solution que la Chambre des Lords a retenu à l'occasion d'une rocambolesque affaire impliquant les

<sup>1584</sup> Les droits internes prévoient certes des mécanismes permettant de trancher le conflit opposant deux décisions rendues au nom du même souverain, on pense par exemple à la requête civile prévue par l'article 1133 - 3 du Code Judiciaire belge. Cette disposition autorise la juridiction qui a rendu une décision à lui ôter l'autorité de chose jugée lorsqu'il apparaît qu'elle contredit une autre décision rendue entre les mêmes parties, agissant en même qualité et portant sur le même objet et la même cause. Il n'est toutefois pas certain que l'on puisse invoquer ce mécanisme lorsque la contradiction procède de la comparaison entre une décision belge et une décision étrangère.

<sup>1585</sup> Pour plus de détails, on lira à profit M. KOCH, *Unvereinbare Entscheidungen i.S.d. Art. 27 Nr 3 und 5 EuGVÜ und ihre Vermeidung*, Europäische Hochschulschriften, Série 2, n° 1366, Frankfurt a.M., Lang, 1993, 192 p. ; M. LENENBACH, *Die Behandlung von Unvereinbarkeiten zwischen rechtskräftigen Zivilurteilen nach deutschem und europäischem Zivilprozessrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, 220 p. ; A. HELLER, « Die Anerkennung einander widersprechender ausländischer Entscheidungen », *ZfRVlg*, 1982, 162-168 ; H. SCHACK, « Anerkennung eines ausländischen Entscheidung trotz widersprechenden deutschen Unterhaltsurteils », *IPRax*, 1986, 218-221 et G. M. ÜBERTAZZI, « Delibazione di sentenza straniera contraria ad altra italiana », *R.D.I.P.P.*, 1972, 417-432.

tribunaux belges et anglais.<sup>1586</sup> En l'espèce, une citoyenne belge s'était mariée en 1954 avec un citoyen anglais dans le seul but d'éviter la déportation. L'union n'avait jamais été consommée. La femme convola quelques 20 ans plus tard en noces avec un Italien, qui décéda le jour du mariage. Désirant venir à la succession de celui qui, pour n'avoir été que si brièvement son mari, n'en possédait pas moins une fortune personnelle considérable, la femme cherchait à obtenir l'annulation du mariage précédemment contracté, en arguant l'absence de consentement. Les tribunaux anglais rejetèrent cette demande.<sup>1587</sup> L'épouse se tourna alors vers les tribunaux belges qui, plus compatissant, déclarèrent le mariage nul. Confortée par cette décision, la jeune veuve sollicita de nouveau les tribunaux anglais, cette fois pour faire constater que la décision belge était digne d'être reconnue, et que dès lors le mariage second contracté devait l'être tout autant. La Chambre des Lords ne montra pas beaucoup de patience envers l'épouse bigame : elle n'était plus en droit d'invoquer une quelconque décision belge, puisque existait un jugement anglais en bonne et due forme qui tranchait la question.<sup>1588</sup>

Voilà qui constitue une règle générale : on accepte en effet majoritairement que l'existence d'une décision du for rend impossible toute reconnaissance d'une décision étrangère qui viendrait contredire celle-ci. Cette priorité accordée à la justice locale, qui est consacrée tant en droit commun<sup>1589</sup> qu'en droit conventionnel<sup>1590</sup> - se comprend aisément : il s'agit de préserver la *cohérence* de l'ordre juridique interne, que ne saurait venir troubler une décision étrangère. La reconnaissance doit certes être la règle, et le refus

<sup>1586</sup> *Veruoke v Smith*, [1983] 1 AC 145. V. les commentaires de P. B. CARTER, *B.Y.B.I.L.*, 1982, 302 ; JAFFEY, *I.C.L.Q.*, 1983, 500 et SMART, *L.Q.R.*, 1983, 24. V. aussi BRIGGS et REES, 1997, 350 e.s.

<sup>1587</sup> *Messina v Smith*, [1971] P. 322.

<sup>1588</sup> Techniquement les hauts magistrats anglais firent également appel à l'exception d'ordre public pour repousser la décision belge. La décision se justifiait principalement en raison de l'existence d'une 'cause of action estoppel' : puisque les tribunaux anglais avaient débouté l'épouse de sa demande visant à faire constater la nullité du mariage, cette décision ne pouvait être contournée en cherchant justice à l'étranger (v. Lord Hailsham, 1 A.C. 145, 156-157 et Lord Diplock, 1 A.C. 145, 158-160). La solution a été confirmée par la Cour d'Appel dans l'affaire *Man (Sugar) Ltd v Haryanto (No 2)*, [1991] 1 Lloyd's Rep. 429, 436 (C.A.) (dans une non moins rocambolesque vente de sucre entre une entreprise anglaise et un citoyen indonésien, les parties ayant multiplié les procédures et les contre manœuvres, aussi bien en Angleterre qu'en Indonésie que devant un tribunal arbitral. La Cour d'Appel décida que « a English court will not recognise a foreign judgment, even if otherwise unimpeachable, if it is inconsistent with a previous decision of a competent English court »). V. aussi *Macaulay v Macaulay*, [1991] All ER 865, [1991] 1 W.L.R. 179 (contradiction entre une décision anglaise et une décision irlandaise).

<sup>1589</sup> P. ex. en droit grec, K. D. KERAMEUS, "Enforcement in the International Context", *Recueil des Cours*, 1997, t. 264, (179), 366. En droit allemand, H. SCHACK, 1996, n° 854 et R. GEMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2001, 868-869 et W. HAU, 101 ; en droit autrichien, G. MUSGER, « Zur 'Abänderung' von Unterhaltstiteln in Sachverhalten mit Auslandsberührung », *IPRax*, 1992, (108-117), 109 ; pour le droit belge, v. art. 25(5) du projet de Code de droit international privé ; pour le droit français, v. Cass. civ., 15 mai 1963, *R.C.D.I.P.*, 1964, 532, note P. Lagarde ; *J.D.I.*, 1963, 1016, note Ph. Malaurie et Paris, 23 juillet 1979, *R.C.D.I.P.*, 1981, 687 ; en droit suisse, A. BUCHER, 1998, 232, n° 755 ; au Québec, art. 3155(4) du Code civil et E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *Droit international privé. T. 1 : Théorie générale*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 394-395, n° 164. V. aussi les observations de P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, 1999, t. 276, (9), 26, qui explique qu'il « existe une forte tendance en faveur d'une priorité en tout cas du jugement prononcé dans le for ».

<sup>1590</sup> Ce motif de refus est également présent en droit conventionnel, v. l'article 5(3)(b) de la Convention de La Haye de 1971, qui prévoit que la reconnaissance d'une décision étrangère peut être refusée lorsqu'un litige entre les mêmes parties, fondé sur les mêmes faits et ayant le même objet "a donné lieu à une décision rendue dans l'Etat requis [...]"] et parmi les conventions bilatérales l'article 1(5) de la Convention franco-italienne du 3 juin 1930 ainsi que l'article 3(c)(1) de la Convention franco-britannique du 18 janvier 1934. Il faut bien sur évoquer l'article 27(3) de la Convention de Bruxelles, devenu l'article 34(3) du Règlement, qui accorde priorité absolue aux décisions du for. Sur cette disposition, v. G. COSCIA, « Conflitti e contrasti di giudicati nella convenzione di Bruxelles del 2 settembre 1968 », *R.D.I.P.P.*, 1995, 265-286 ; J. MAURO, "L'inconciliabilità des décisions judiciaires rendues entre les mêmes parties au sens de la Convention de Bruxelles diffère-t-elle de la contrariété de jugements au sens de l'article 60 du Nouveau Code de Procédure Civile ? », *Gaz. Pal.*, 1980, doctrine, 1, 144 e.s. ; A. DI BLASE, « Convenzione di Bruxelles e rapporti fra sentenze incompatibili », *R.D.I.P.P.*, 1989, 331-342.

l'exception. Il demeure que lorsque l'autorité de la justice du for est en jeu, la perméabilité d'un ordre juridique doit s'effacer. Il ne s'agit nullement d'une manifestation d'une quelconque 'souveraineté' ou d'une jalousie nationale. On a expliqué la primauté du jugement du for par une application de l'autorité de la chose jugée dans sa fonction positive.<sup>1591</sup> Plus prosaïquement, on peut en appeler au respect des attentes des justiciables<sup>1592</sup> et généralement aux difficultés d'intégrer à l'ordre juridique du for une décision étrangère qui remet en question un jugement local.<sup>1593</sup> Cette difficulté explique sans doute pourquoi en l'absence de motif de refus spécifique, on a eu recours à l'exception d'ordre public pour refuser tout effet à un jugement étranger qui contredisait une décision locale. Ceci montre bien qu'on touche ici à la cohérence du for.<sup>1594</sup>

**364. Conflit entre une décision du for et une décision étrangère (suite) – quid en cas de décision étrangère antérieure ?** - Si la priorité donnée à la décision du for semble s'imposer, elle soulève toutefois une difficulté particulière lorsque le juge étranger s'est prononcé *avant* celui du for. L'hypothèse d'un conflit de décisions sera certes rare dans cette situation, puisqu'on a vu que nombres de juridictions acceptent de reconnaître effet à une décision étrangère alors même qu'une procédure concurrente est pendante devant un tribunal du for (*supra*, n° 352). Admettons que la décision étrangère n'ait pas été invoquée pour mettre fin à la procédure du for, par exemple parce que le créancier du jugement en attendait encore une traduction certifiée. La priorité généralement reconnue aux décisions du for est-elle encore justifiée dans cette situation particulière ?<sup>1595</sup>

<sup>1591</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, 84.

<sup>1592</sup> Qui à l'égard du for se sont cristallisées dans le jugement prononcé. *M. Mayer* en appelle dans ce contexte au respect des droits acquis, P. MAYER, 1998, 450, n° 289 (pour qui lorsque la décision du for a été rendue la première, « le respect des droits acquis s'oppose à l'efficacité de la décision étrangère »).

<sup>1593</sup> On a proposé d'appliquer par analogie les règles internes visant le conflit de décisions (p. ex. M.-L. NIBOYET-HOEGY, 84-85). Ainsi, il appartiendrait à la Cour de cassation française de résoudre la difficulté selon l'article 618 NCP, c'est-à-dire soit d'annuler le jugement français, soit de déclarer inopposable, à défaut de pouvoir l'annuler, le jugement étranger.

<sup>1594</sup> Ainsi la convention franco-belge ne prévoit pas de motif de refus visant spécifiquement le conflit de décisions. Les tribunaux ont dès lors eu recours à l'ordre public pour trancher la question, v. Cass. fr., 23 mars 1936, *R.C.D.I.P.*, 1937, 198 ; Trib. Civ. Seine, 6 mai 1904, *J.D.I.*, 1904, 691 ; Trib. Civ. Lille, 14 février 1951, *R.C.D.I.P.*, 1952, 341 ; Bruxelles, 24 février 1926, *Pas.*, 1926, II, 10 ; Liège, 8 août 1948, *Jur. Liège*, 1948-49, 26 et pour plus de détails, N. WATTE, « La Convention franco-belge », *Juris-classeur droit international*, Fasc. 591, p. 24, n° 135. *Adde* les commentaires de M. WESER, note sous Amiens, 18 février 1958, *R.C.D.I.P.*, 1959, 129 (qui se demande s'il est nécessaire de mettre en cause l'ordre public pour refuser l'autorité à la décision invoquée, et suggère d'avoir plutôt recours à l'exception de chose jugée) (sur la même décision, v. les observations de F. RIGAUX, *J.T.*, 1958, 418). MM. *Rigaux* et *Fallon* confirment qu'en droit commun belge (art. 570 C. Jud.), le juge requis peut avoir recours à la clause d'ordre public pour en déduire un motif de refus de reconnaissance lié à l'inconciliabilité des décisions, ce motif n'étant pas inscrit dans la loi mais devant être considéré comme « étant inhérent à l'exception d'ordre public » (DIP, 1993, n° 855). Le droit japonais a lui aussi recours à l'exception d'ordre public pour faire triompher les jugements du for sur les décisions étrangères qui leur sont inconciliables (v. la décision du tribunal de Osaka du 22 décembre 1977 citée par T. KOJIMA, « Cooperation in international Procedural Conflicts : Prospects and Benefits », *Law & Contemporary Problems*, 1994, (59-75), 63-64 ainsi que les commentaires de T. SAWAKI, « Battle of Lawsuits. Lis Pendens in International Relations », *Japanese Annual of International Law*, 1979-1980, 17-19.

Pour ce qui est de la Convention de Bruxelles, la Cour de Justice a précisé que le recours à la clause d'ordre public est exclu lorsque le problème posé est celui de la compatibilité d'une décision étrangère avec celle du for, en raison de l'existence d'une disposition particulière visant ce problème (C.J.C.E., 4 février 1988, *Hoffmann c. Krieg*, af. 145/86, *Rec.*, 1988, 645, point 21).

<sup>1595</sup> Comme on l'a fait remarquer, la question de l'efficacité d'une décision étrangère prononcée antérieurement à une décision du for ne se pose pas lorsque cette efficacité est subordonnée à un exequatur du for (v. M. FALLON, note sous Civ. Bruxelles, 17 octobre 1989, *R.T.D.F.*, 1990, (394), 395). Dans ce cas, la décision étrangère n'est en effet réputée acquiescer dans le for qu'au jour du prononcé de l'exequatur, qui n'a pas d'effet rétroactif. Il reviendra alors au juge de l'exequatur de constater, au jour où il se prononce, que les effets recherchés par la décision étrangère sont inconciliables avec ceux d'une décision belge intervenue entretemps, ce qui justifiera le rejet de l'exequatur. La situation n'est pas différente lorsque la décision du for survient après la mise en route de

Le droit comparé nous apprend que la majorité des droits nationaux ne s'embarrassent pas de savoir si la décision étrangère a été prononcée avant ou après celle du for. Dans les deux cas, le jugement foral triomphe. La préférence conférée à la décision locale vaut en réalité la plupart du temps de façon générale, c'est-à-dire sans avoir égard à la chronologie procédurale. Ainsi la décision étrangère devra s'effacer devant le prononcé local alors même que le tribunal étranger s'est montré plus rapide que le juge du for et que son jugement précède celui qu'on lui oppose.<sup>1596</sup> C'est la solution qui a été retenue par la Cour de Cassation belge dans une affaire tranchée en 1909.<sup>1597</sup> En l'espèce deux citoyens belges avaient été condamnés par un tribunal français au paiement d'une traite. Le créancier du jugement obtint ensuite l'exequatur de cette décision en vertu de la toute récente Convention franco-belge. Les débiteurs contestèrent l'exequatur devant la Cour d'Appel de Bruxelles. Avant que celle-ci ne se prononce, la Cour d'Appel de Liège décida que les signatures de la traite étaient fausses. Ceci n'empêcha pas la Cour d'Appel de Bruxelles de confirmer l'exequatur, rejetant le grief déduit de la contrariété à l'ordre public.<sup>1598</sup> Le procureur général Janssens se pourvu en cassation dans l'intérêt de la loi contre cette décision. La Cour de Cassation lui donna raison, s'appuyant pour ce faire, comme le recommandait le ministère public, sur la contrariété à l'ordre public.<sup>1599</sup>

On a pu hésiter sur la solution de cette question au sein de l'espace judiciaire européen : l'article 34(3) du Règlement 44/2001, qui reproduit le texte de l'article 27-3 des Conventions, ne contient aucune précision sur la question. Si cette disposition ne subordonne pas le motif de refus déduit de l'existence d'une décision du for à une condition d'antériorité de celle-ci, cette condition aurait pu être déduite de l'économie de la Convention et en particulier de la préférence accordée à la chronologie des procédures pour résoudre les conflits de procédures.<sup>1600</sup> Il semble toutefois qu'il faille déduire de l'arrêt *Hoffmann* de la Cour de Justice que le for peut faire triompher sa décision quelle

---

la procédure d'exequatur. La contradiction entre décisions relevant de l'ordre public, le juge de l'exequatur pourra en relever l'existence même si au jour où la requête d'exequatur a été introduite, il n'y avait pas contradiction.

<sup>1596</sup> V. l'article 27(2)(c) de la loi fédérale suisse qui prévoit que la reconnaissance d'une décision étrangère doit être refusée lorsque « un litige entre les mêmes parties et sur le même objet a déjà été introduit en Suisse ou y a déjà été jugé [...] » ; article 25 (5) du projet belge de Code de dip ; art. 3155(4) du Code civil québécois ; art. 64(e) de la loi italienne. En droit espagnol, la décision locale a priorité absolue (J. A. PÉREZ BEVIÁ, "Reconnaissance et exécution des décisions étrangères en marge de l'application des convention de Bruxelles et de Lugano : rapport sur le droit espagnol", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (eds.), *ac*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (499), 515). En droit allemand il a fallu l'intervention du législateur en 1986 pour que soit consacrée la primauté du jugement allemand rendu après le jugement étranger, le législateur s'étant inspiré de la solution retenue dans la Convention de Bruxelles, v. W. HAU, 101. Pour la solution dans l'ancien droit v. D. MARTINY, *ac*, 1984, n° 1132 e.s. En droit anglais, la jurisprudence ne s'est pas expressément penchée sur la question, pas même dans l'affaire *Veruete* déjà évoquée. Les commentateurs estiment cependant que la solution retenue dans cette affaire doit également s'imposer lorsque la décision étrangère est première rendue (p. ex. CHESHIRE et NORTH, 1999, 454. *Comp.* toutefois avec J. COLLIER, "England", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (eds.), *ac*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 145, qui estime que la décision étrangère première rendue triomphera.

<sup>1597</sup> Cass., 4 novembre 1909, *Pas.*, 1909, I, 429.

<sup>1598</sup> Décision de la Cour d'Appel de Bruxelles du 7 décembre 1908, *Pas.*, 1909, II, 347.

<sup>1599</sup> En l'espèce la décision étrangère n'a pas pu profiter de la reconnaissance de plein droit, qui était à l'époque le privilège des seules décisions d'état. Ceci ne modifie pas à notre sens les conclusions que l'on peut déduire de la décision de la Cour de Cassation.

<sup>1600</sup> V. les différentes opinions citées par H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 270-271, n° 373, et en particulier celle de MM. Gothot et Holleaux (*ac*, Paris, Jupiter, 1985, 159-160, n° 280), qui estimaient que, dans la mesure où la Convention prévoit la reconnaissance de plein droit des décisions, une décision ultérieure du for ne pouvait remettre en question cette reconnaissance. Dans le même sens, J.-P. BERAUDO, *Juris-classeur droit international*, Fasc. 633, 15, n° 46. Mme. *Gaudemet-Tallon* penche par contre pour l'absence d'une condition d'antériorité.

que soit l'ordre chronologique.<sup>1601</sup> Une lecture combinée des articles 34(3) et 34(4) du Règlement fait d'ailleurs apparaître que seule la seconde des deux dispositions pose une condition d'antériorité.<sup>1602</sup> L'absence de condition d'antériorité se comprend en réalité dans un souci de protection des décisions du for, qui se manifeste d'ailleurs indirectement par l'absence de condition d'identité d'objet et de cause : le Règlement permet de rejeter toute décision inconciliable, alors que le motif de refus portant sur la contrariété entre deux décisions étrangères ne vise quant à lui que les seules décisions portant sur le même objet et la même cause.<sup>1603</sup>

**365. Conflit entre une décision du for et une décision étrangère (suite) – Appréciation de la priorité de la décision locale en cas de décision étrangère antérieure** - On a pu écrire que la priorité absolue accordée aux décisions du for n'était pas justifiée.<sup>1604</sup> Il est vrai qu'il peut sembler choquant de privilégier la décision du for alors même que le jugement étranger a été rendu en premier. Ce refus semble en contradiction avec l'idée de chronologie temporelle : si le for réclame la priorité pour ses tribunaux lorsque ceux-ci sont premiers saisis, il doit aller au bout de sa logique et accepter qu'une décision rendue par ses tribunaux s'efface lorsque le juge étranger s'est prononcé antérieurement.<sup>1605</sup> Et l'on observe d'ailleurs qu'exceptionnellement, la priorité est concédée au jugement étranger lorsque celui-ci précède la décision du for. Cette solution est par exemple retenue en Pologne et au Portugal.<sup>1606</sup>

<sup>1601</sup> En l'espèce la question se posait de savoir si le tribunal néerlandais pouvait refuser la reconnaissance d'une décision allemande ayant accordé un secours alimentaire à un époux. La décision allemande avait été prononcée avant que le juge néerlandais ne statue sur le divorce. Ceci n'a pas empêché la Cour de Justice d'admettre que ce dernier juge refuse de faire droit à une demande d'exequatur

<sup>1602</sup> On peut faire la même observation à propos du Règlement 1347/2000 : si l'article 15(1)(d) pose une condition d'antériorité (bien compréhensible, puisqu'à défaut d'une telle condition, on ne pourrait résoudre le conflit), l'article 15(1)(c) qui vise le conflit entre une décision du for et une décision étrangère, fait triompher la première sans avoir égard à la date du prononcé.

<sup>1603</sup> La Cour de Justice a eu l'occasion de se prononcer sur le concept d'inconciliabilité dans ce contexte, v. C.J.C.E., 4 février 1988, *Hoffmann c. Krieg* aff. 145/86, *Rec.*, 1988, 645, point 22. Selon la Cour, sont inconciliables les décisions qui « entraînent des conséquences juridiques qui s'excluent mutuellement ». Ainsi, le for pourra refuser tout effet à une décision condamnant un débiteur à des dommages et intérêts pour exécution fautive du contrat lorsqu'il a lui-même déclaré ce même contrat nul. Dans l'affaire *Hoffmann*, la Cour a jugé qu'une décision étrangère accordant à un époux des aliments au titre de ses obligations d'entretien résultant du mariage était nécessairement inconciliable avec une décision du for prononçant le divorce, parce que la première présupposait l'existence d'un lien conjugal alors que ce lien avait été dissous par la décision du for. On ne s'explique d'ailleurs pas pourquoi le texte européen exige l'identité de parties tout en faisant abstraction de l'identité d'objet et de cause. Des décisions peuvent se révéler contradictoires, même si elles n'ont pas été rendues entre les mêmes parties (v. en ce sens H. GAUDEMET-TALLON, 1996 269, n° 372 ; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *ac.*, 1985, n° 279 ; A. BUCHER, 1998, 234, n° 763)

<sup>1604</sup> R. GEIMER, "Germany" in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *ac.*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (219), 242. M. Geimer écrit que "Diese Bevorzugung inländischer Urteile ist nicht gerechtfertigt", opinion qu'il reprend dans la quatrième édition de son ouvrage, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2001, 868, n° 2891. M. Geimer propose d'accorder effet à la décision étrangère pour ensuite trancher le conflit entre les deux décisions sur base de la règle interne du Code de procédure civile, à savoir le § 580(7) ZPO. V. également les critiques de W. HAU, 105-106, qui plaide pour une égalité absolue entre jugement étranger et jugement du for, le conflit devant être tranché en privilégiant la décision du juge premier saisi. *Cors.* également les doutes de H. MUIR WATT, note sous Cass., 9 janvier 1996, *R.C.D.I.P.*, 1996, (721), 725 sur la justification de ce qu'elle appelle l'« infériorité congénitale » dont serait affectée la décision étrangère du fait même de son extranéité.

<sup>1605</sup> K. D. KERAMEUS, *ac.*, *Recueil des cours*, 1997, t. 264, 369, s'élève contre la priorité accordée aux jugements du for ; il explique que cette priorité remet en question la règle de litispendance : on peut en effet se demander quel est le rôle de cette règle si la violation de la règle par les tribunaux du for ne sera pas sanctionnée au niveau de la reconnaissance, les jugements du for recevant de toute façon priorité. Sa préférence semble aller à une solution qui accorderait priorité au juge premier saisi (et non au jugement premier rendu).

<sup>1606</sup> Selon G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, *lc.*, in *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 34. Ces mêmes auteurs signalent que dans la majorité des juridictions, le jugement du for triomphera quelle que soit la date de son prononcé (ils évoquent la situation en Espagne, Italie, France, Allemagne, Suisse, Autriche et Hongrie.). *Cors.* Cass. fr. 9 janvier 1996,

Cette solution est séduisante. Elle paraît cohérente avec l'idée de priorité chronologique dont on verra qu'elle constitue un principe raisonnable de solution des conflits de procédures (*infra*, n° 631). Accepter au contraire une priorité absolue pour les décisions du for en cas de conflit avec une décision étrangère antérieure ne traduit-il pas une méfiance mal placée, une jalousie judiciaire déplacée ?

Toutefois, des arguments sérieux plaident pour faire triompher la décision du for, même lorsqu'elle intervient après la décision étrangère. Il y va tout d'abord d'une nécessité *pratique* : que va-t-on faire de la décision du for rendue certes postérieurement à et en contradiction avec la décision étrangère, mais qui n'en existe pas moins ? Cette décision ne disparaîtra purement et simplement parce qu'un juge du for déclare reconnaître un jugement étranger. Il faudra encore, si tant est que la procédure nationale le permet, tenter de priver la décision locale de l'autorité qui lui revient. Et l'on peut douter que les dispositions pertinentes du droit national prévoient une telle hypothèse.<sup>1607</sup> A défaut subsisteront deux décisions contradictoires mais de force égale, dont l'une devra d'une manière ou d'une autre être renvoyée dans les 'limbes' juridiques. C'est précisément ce que la Cour de Cassation belge a voulu éviter dans l'espèce déjà invoquée, qui opposait une décision française et une décision belge (*supra*, n° 363). Pour justifier le pourvoi dans l'intérêt de la loi, le ministère public évoquait en effet les difficultés qui pourraient résulter de la coexistence au sein de l'ordre juridique belge de deux décisions contradictoires : il expliquait en substance que « l'exequatur donné au jugement [français] aurait pour effet de mettre les officiers publics belges dans cette situation contradictoire d'être obligés, d'une part, de prêter la main à l'exécution d'un jugement qui condamne un Belge à payer une certaine somme, alors que, d'autre part, il leur serait défendu de prêter la main à ce qu'il soit fait usage du titre servant de base à cette condamnation [...] ». <sup>1608</sup> Et le procureur d'y voir un « trouble intolérable » à l'ordre public. La décision locale subsiste en effet, et permettre qu'on invoque la décision étrangère aboutirait à créer des difficultés inextricables d'exécution. <sup>1609</sup>

### 366. Conflit entre une décision du for et une décision étrangère antérieure (fin)

- On pourrait avancer que lorsqu'un Etat embrasse la reconnaissance *de plano* des décisions étrangères, il peut difficilement faire triompher ses propres décisions sur le jugement étranger antérieur, puisque celui-ci est réputé pouvoir sortir ses effets sans aucune procédure, à la date à laquelle il sort ses effets dans le for d'origine.<sup>1610</sup> Ainsi, la décision étrangère s'imposerait immédiatement au juge du for, dont la décision devrait être écartée pour avoir méconnu le jugement étranger. Ce raisonnement ne nous semble

---

*R.C.D.I.P.*, 1996, 719, note H. MUIRWATT, qui accorde la priorité à la décision algérienne antérieure au jugement français prononçant le divorce. L'annotatrice du jugement y voit l'influence de la convention franco-algérienne applicable en l'espèce.

<sup>1607</sup> *Supra* l'article 1133-3 du Code Judiciaire belge. *Comp.* avec la suggestion de MM. *Gabot* et *Holleaux*, pour qui le principe de la reconnaissance de plein droit des décisions étrangères s'oppose à ce que le for fasse triompher une décision locale prononcée postérieurement à la décision étrangère (*ac.*, 1985, n° 280 - les auteurs évoquaient la situation particulière de l'espace judiciaire européen, leur raisonnement peut toutefois être prolongé dans le droit commun des Etats qui connaissent la reconnaissance de plein droit). Ils expliquent que pour éviter les difficultés pratiques, il faudrait permettre aux parties d'obtenir une déclaration d'inopposabilité de la décision étrangère, puisqu'il est impossible pour un tribunal du for d'annuler cette décision.

<sup>1608</sup> Conclusions R. Janssens, 4 novembre 1909, *Pas.*, 1909, I, (429), 430-431.

<sup>1609</sup> Ce raisonnement n'est pas neuf, les commentateurs s'appuient généralement sur la nécessité de garantir la cohérence du système juridique du for pour écarter la reconnaissance d'une décision étrangère même antérieure à une décision du for, v. p. ex. les observations de M. FALLON, note précitée, *R.T.D.F.*, 1990, 396-397.

<sup>1610</sup> Même si ceci est constaté de façon rétroactive lors d'une instance de vérification.

pas convaincant : lorsqu'un Etat consacre la reconnaissance de plein droit, il donne la possibilité au créancier du jugement étranger d'invoquer sans autre forme de procès une éventuelle décision étrangère. Si le juge étranger se prononce avant son collègue du for, il suffit au créancier du jugement étranger d'invoquer la décision étrangère au titre de l'exception de chose jugée pour ainsi vider l'instance du for encore pendante de tout - ou au moins d'une partie de son - objet.<sup>1611</sup>

S'il ne le fait pas, pour une quelconque raison, on peut admettre qu'il renonce implicitement à invoquer le bénéfice de la décision étrangère. Il sera alors mal venu de le faire une fois l'instance locale achevée.<sup>1612</sup> S'il a effectivement invoqué la décision étrangère mais que le juge du for a rejeté l'exception de chose jugée, par exemple en raison d'un défaut de compétence indirecte, le problème ne se pose plus : il n'y aura plus de véritable conflit de décisions.

En définitive la priorité accordée à la décision du for semble donc s'imposer.<sup>1613</sup> Il est d'ailleurs significatif que cette solution continue à séduire le législateur européen, puisqu'elle figure à nouveau dans le Règlement 44/2001.<sup>1614</sup> Or nulle considération de souveraineté égoïste n'est permise au sein de l'espace judiciaire européen, tout entier dominé par l'idée d'équivalence des décisions nationales et de la reconnaissance automatique. Si le motif de refus déduit de l'existence d'une décision locale reçoit une telle portée entre Etats européens, l'absence de condition d'antériorité s'impose d'autant plus dans d'autres contextes où la confiance entre Etats est moindre.<sup>1615</sup>

**367. Conflit entre deux décisions étrangères** – Les limites de l'exception de chose jugée expliquent l'existence de conflits de décisions. Lorsqu'un tribunal se prononce sur un litige malgré l'existence d'une décision étrangère, son jugement peut contredire cette dernière. Le conflit ainsi né peut, dans des circonstances exceptionnelles, être soumis à l'arbitrage d'un Etat tiers. L'enjeu est alors différent, en l'absence de décision du for : celui-ci peut se permettre de jouer le rôle de 'policier' neutre.<sup>1616</sup> Plusieurs solutions peuvent être envisagées : si l'on s'en tient au critère chronologique, le for peut choisir de

<sup>1611</sup> Un moyen qu'il pourra la plupart du temps invoquer en tout état de cause, au besoin en sollicitant la réouverture des débats (p. ex. art. 772 C. Jud.).

<sup>1612</sup> V. les observations de P. MAYER, 1998, 450, n° 289, qui note que lorsque la décision du for a été rendue après la décision étrangère, « son autorité efface celle de toute décision antérieure : il appartenait au défendeur d'invoquer à temps l'exception de chose jugée ».

<sup>1613</sup> Il nous semble difficile de moduler la priorité accordée à la décision locale en fonction de l'avancement de l'exécution. La priorité ne lui reviendrait que pour autant qu'elle ait déjà servi de fondement à des actes d'exécution. Si au contraire, la décision n'a pas encore donné lieu à un début d'exécution, on pourrait alors envisager de faire triompher la décision étrangère prononcée antérieurement. Une telle solution nous semble hautement douteuse. Elle nécessite en effet de pouvoir dater avec précision le début de l'exécution d'une décision. Or celui-ci ne s'accompagnera pas toujours d'actes officiels.

<sup>1614</sup> Art. 34(3).

<sup>1615</sup> L'existence d'une double priorité temporelle au profit du juge étranger n'est pas à mon sens de nature à modifier cette conclusion : dans ce cas de figure, le jugement étranger peut en appeler à une double antériorité, antériorité de saisine et antériorité de jugement. Cette double antériorité ne remet toutefois pas en question le refus de reconnaissance. Il appartient en effet à la partie intéressée de soulever l'exception de litispendance si elle se trouve confrontée à une instance locale intentée postérieurement à l'instance engagée à l'étranger. Si l'exception de litispendance échoue et que les deux juges se prononcent, le juge étranger d'abord et le juge local ensuite, le simple fait que le juge étranger ait été saisi en premier ne change rien aux raisons qui justifient la priorité du jugement local, et notamment au souci de cohérence du for. V. en ce sens, M.-L. NIBOYET-HOEGY, 84, selon qui il n'est pas choquant de faire prévaloir le jugement français premier rendu même si c'est le tribunal étranger qui a été saisi en premier, parce que cette préférence donnée au jugement français n'est que la conséquence logique du pouvoir d'appréciation concédé au juge français saisi d'une exception de litispendance.

<sup>1616</sup> *Comp.* avec la possibilité pour les juges anglais de prendre une mesure d'interdiction de procédure lorsque deux juges étrangers ont été saisi du litige, possibilité reconnue dans l'affaire *Airbus* (*supra*, n° 211).

privilegier la décision première rendue ; il peut au contraire accorder la préférence à la décision dernière rendue.<sup>1617</sup> Il peut enfin tenir compte de la priorité de saisine,<sup>1618</sup> au besoin pour moduler les deux premiers critères.<sup>1619</sup>

Le droit comparé révèle que la première solution a les faveurs de nombreux pays.<sup>1620</sup> Elle a notamment été adoptée par le *Privy Council* qui a opté pour la priorité au jugement premier rendu dans l'affaire *Shoulag*.<sup>1621</sup> En l'espèce, le conflit opposait une décision anglaise et un jugement égyptien, qui se prononçaient différemment sur les demandes d'un administrateur de succession qui tentait de récupérer auprès d'un employé d'une banque les sommes que le *de cuius* lui avait confiées. Le hasard voulait que les sommes litigieuses se trouvent sur l'île de Jersey. Les tribunaux de l'île eurent donc à trancher la contradiction entre ce qui était techniquement deux jugements étrangers. S'inspirant fortement de la solution retenue par la Convention de Bruxelles,<sup>1622</sup> le *Privy Council* décida que le jugement premier rendu écartait le second.<sup>1623</sup>

<sup>1617</sup> Pour un aperçu des solutions retenues dans les droit nationaux pour la contradiction entre deux décisions nationales, v. K. D. KERAMEUS, *l.c.*, *Recueil des cours*, 1997, vol. 264, (179), 365-369. Il ressort de cet aperçu qu'en droit autrichien, suisse et grec, c'est le jugement dernier prononcé qui triomphe. La Cour fédérale allemande a retenu la solution contraire (BGH, 13 mars 1981, *N.J.W.*, 1981, 151).

<sup>1618</sup> La préférence pourrait ainsi être accordée au jugement étranger prononcé par le juge premier saisi. C'est la solution privilégiée par W. HAU, 104-105, qui évoque à son appui l'article 69 II de la Convention européenne du 21 décembre 1989 sur le brevet.

<sup>1619</sup> M. Picone a proposé des solutions plus sophistiquées pour trancher la contradiction entre deux jugements étrangers; elles ne se comprennent cependant que dans le cadre des diverses méthodes de coordination des systèmes qu'il propose (ac, *Recueil des cours*, 1999, t. 276, (9), 26-283, n° 98-99). Ainsi, lorsqu'on a opté pour la méthode de référence à l'ordre juridique compétent, il faudrait selon lui aller jusqu'au bout du raisonnement et appliquer cette méthode pour faire triompher le jugement qui reçoit la priorité selon les règles de l'ordre juridique compétent. Lorsque la question litigieuse doit être appréhendée selon la méthode matérielle, il faudrait au contraire privilégier le jugement, éventuellement postérieur, qui réalise de la meilleure façon le résultat recherché. Il va de soi qu'une telle pluralité de solution ne pourrait être introduite qu'au prix d'une réforme intégrale, et peu réaliste, des méthodes de coordination des systèmes.

<sup>1620</sup> Selon G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), ac, *La Haye*, Kluwer Law International, 2000, (1), 34, la plupart des juridictions appliquent le principe du 'first-in-time' pour départager deux jugements étrangers (évoquent la France, l'Allemagne, la Suisse et l'Autriche). V. aussi C. BECKER, *First in Time, First in Right : Das Prioritätsprinzip im deutschen und US-amerikanischen Zwangsvollstreckungsrecht*, Schriften zum internationalen Recht vol. 115, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 132 p.

<sup>1621</sup> *Shoulag v Mansour*, [1995] 1 A.C. 431, [1994] 2 All ER 129 ; [1995] I.L.Pr 157 (P.C.) et les commentaires de E. MORGAN, « Cyclops meets the Privy Council : the conflicts in the conflict of laws », *Can Y. B. I. L.*, 1995, 3 e.s.

<sup>1622</sup> A l'origine, la Convention ne prévoyait pas de règle permettant de trancher le conflit opposant deux décisions étrangères. Ce n'est qu'avec la Convention d'adhésion de 1978 que fut ajouté un article 27 (5), qui vise le conflit entre un jugement émanant d'un autre Etat contractant que le for et un jugement d'un for tiers. Ce motif de refus de reconnaissance s'appuyait sur la priorité temporelle : la décision première rendue triomphe, qu'elle ait été prononcée par un juge européen ou un juge tiers. Ce faisant, les Etats membres ont évité l'écueil qui aurait consisté à privilégier systématiquement la décision rendue dans un autre Etat membre, en raison de l'existence d'une obligation conventionnelle quasi absolue de reconnaissance qui confère aux jugements européens un statut spécial.

Le texte de l'article 27(5) ne permettait toutefois pas de faire face à un conflit, très hypothétique, entre deux jugements émanant de tribunaux européens. Pour combler cette lacune, on a proposé de faire prévaloir la décision première rendue (v. les suggestions de G. DROZ, 1972, n° 519 à 523, qui furent reprises par Mme Gaudemet-Tallon, 1996, 274-275, n° 380, MM. GOTHOT et HOLLEAUX, ac, 1985, n° 282 ; K. KERAMEUS, ac, *Recueil des cours*, 1997, t. 264, 368, note 958 ; A. BUCHER, 1998, 234, n° 761). Cette solution raisonnable se comprenait, s'agissant de décisions provenant d'Etats contractants présumés équivalents. Elle a été consacrée par le Règlement 44/2001, l'article 34(4) étendant la règle de l'ancien article 27(5) pour couvrir cette hypothèse exceptionnelle. Ce faisant, on a également appliqué à l'hypothèse de la contradiction entre deux jugements européens les conditions restrictives posées pour ce motif de refus de reconnaissance - notamment l'exigence d'identité de parties, de cause et d'objet. Or ces conditions se comprenaient dans le contexte de l'ancien article 27 (5) parce qu'il s'agissait de faire triompher un jugement d'un Etat tiers sur celui d'un Etat contractant. On pouvait dès lors se permettre de subordonner la primauté du jugement de l'Etat tiers à l'existence d'une identité parfaite entre jugements. Le motif de refus nouvellement introduit avec le Règlement concerne lui la contradiction entre deux jugements européens. La définition très stricte de l'inconciliabilité retenue pour ce motif de refus pourrait soulever des difficultés, puisque des décisions peuvent être contradictoires même lorsqu'elles

La préférence pour le jugement premier rendu n'est toutefois pas partagée par tous les droits nationaux. Le droit américain notamment se distingue en accordant la faveur au jugement dernier rendu. C'est la solution qu'a retenue la Cour Suprême dans l'affaire *Sunshine Mining*.<sup>1624</sup> En l'espèce les tribunaux de l'Etat de Washington avaient décidé en faveur du mari de la défunte dans un litige portant sur le partage de sa succession. Les tribunaux de l'Idaho quant à eux, après avoir décidé que les tribunaux de Washington n'étaient pas compétents, donnèrent raison à la fille de la défunte. Le détenteur des biens litigieux voulut savoir à quelle décision s'en tenir et sollicita l'aide des tribunaux fédéraux. La Cour Suprême accorda la préférence au jugement second rendu.<sup>1625</sup>

Il est encore une autre solution possible, plus radicale, qui consiste à écarter les deux décisions comme s'annulant et à ordonner aux parties de reprendre les débats au fond devant le juge local !<sup>1626</sup> Cette solution - qui peut se comprendre dans d'autres contextes, comme celui de la fameuse 'bataille des conditions générales' - fait fi de toute économie de procédures. Elle se heurte également à la nécessité d'établir la compétence du for pour se prononcer sur le fond du litige.

**368. Conflit entre deux décisions étrangères (suite)** - Pour s'en tenir aux deux règles principales (priorité au jugement premier rendu ou dernier rendu), c'est la première solution qui remporte notre préférence. Accorder la priorité à la deuxième décision risque en effet d'encourager les parties à remettre en question les décisions qui leur sont défavorables.<sup>1627</sup>

En outre, lorsque deux décisions sont rendues successivement dans le même litige, la décision seconde rendue ne peut l'être qu'au mépris de l'autorité de la chose jugée de la première décision. Il aurait en effet suffi d'accueillir l'exception de chose jugée déduite

portent sur une cause ou un objet différent. On remarquera d'ailleurs que l'article 15(1)(d) du Règlement 1347/2000 ne subordonne pas le motif de refus déduit de l'inconciliabilité à une condition d'identité de cause ou d'objet. V. déjà les suggestions de H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 274-275, n° 380, qui suggérerait d'écarter tout condition d'identité pour l'hypothèse d'une contradiction entre deux jugements européens.

<sup>1623</sup> On peut s'étonner de voir les tribunaux anglais en appeler à la chronologie procédurale pour trancher un tel conflit, lorsque l'on sait qu'ils se montrent relativement indifférents à cette circonstance lorsque les deux procédures sont simplement pendantes ! Il existe cependant une exception à la règle de la priorité du premier jugement, à savoir la possibilité pour le créancier du second jugement d'invoquer l'estoppel, le créancier du premier jugement ayant renoncé à l'invoquer, v. *Republic of India v India Steamship Co Ltd* [1993] AC 410, 440-441.

<sup>1624</sup> *Treines v Sunshine Mining Co*, 308 U.S. 66, 60 S. Ct. 44; 84 L. Ed. 85 (1939).

<sup>1625</sup> V. pour plus de détails, R. B. GINSBURG, "Judgments in Search of Full Faith and Credit : The Last-In-Time Rule for Conflicting Judgments", *Harv L. Rev*, 1966, 799 e.s. Juenger a observé que cette préférence pour le jugement dernier rendu ne sera peut être pas automatiquement transposée dans le contentieux international (Juenger, *Am J. Comp. L.*, 1988, 25). La jurisprudence fait en effet apparaître une certaine hésitation sur la question, certaines décisions s'en tenant à la priorité du jugement dernier rendu (p. ex. *Ackerman v Ackerman*, 517 F. Supp. 614 (S.D.N.Y. 1981) (conflit entre un jugement anglais et une décision californienne); *Ambatielos v Foundation Co*, 203 Misc. 470, 116 N.Y.S 2d 641 (Sup. Ct. 1952) (jugement grec et jugement anglais) et *Perkins v de Witt*, 279 A.D. 903, 111 N.Y.S. 2d 752 (1952). D'autres décisions refusent d'accorder la préférence à l'une ou l'autre décision (*Bata v. Hill*, 139 A.2d 159 (Del. Ch. 1958) et la jurisprudence citée par C. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis*, Paris, Economica, 1987, 337-338. Parfois c'est la décision ultérieure du for qui l'emporte, v. *Peutz v Kuppinger*, 31 Cal. App. 3d 590 (1973).

<sup>1626</sup> C'est apparemment la solution qu'avait suggéré la Cour d'appel de Jersey aux parties dans l'affaire *Shoulag* déjà évoquée.

<sup>1627</sup> En ce sens, S. C. SYMEONIDES, W. PERDUE et A. T. VON MEHREN, *Conflict of Laws* St. Paul, West, 1998, 795 et les observations de P. MAYER, 1998, 451, n° 289-290, qui écrit que « il faut d'ailleurs empêcher les parties de recommencer sans fin les procès, et l'inefficacité promise à la seconde décision est de nature à les en décourager ».

de la première décision pour mettre fin au litige. Or l'exception de chose jugée étrangère constitue un acquis fondamental du contentieux international. Refuser de reconnaître la chose jugée d'une décision étrangère parce qu'une procédure est en cours dans le for, comme autorisés par certains droits nationaux (*supra*, n° 358), nous semble confiner à l'égoïsme. De même, il nous semble déplacé de refuser de reconnaître la décision première rendue en en appelant à la priorité de saisine du for de la reconnaissance, un motif de refus auquel nous ne pouvons souscrire (*supra*). En principe dès lors, il nous semble préférable de privilégier la décision première rendue. Il est toutefois difficile d'ériger cette préférence en règle *absolue*. Il se peut en effet que le juge auquel était opposé l'exception de chose jugée déduite du jugement premier rendu, l'ait écarté pour un motif tout à fait légitime, par exemple le défaut de compétence du juge qui s'est prononcé. Dans ce cas, on comprend que le for poursuive l'examen de la cause et se prononce à son tour sur le litige. Il est sans doute plus difficile d'être catégorique lorsqu'il convient de départager deux décisions étrangères. D'ailleurs la solution inverse - accorder la priorité au jugement étranger dernier rendu - n'est pas non plus dénuée de toute pertinence : non seulement elle peut être présumée refléter le dernier état du litige ; mais en outre, le débiteur du deuxième jugement avait tout le loisir d'invoquer l'autorité du premier jugement pour empêcher la naissance d'une décision contradictoire.<sup>1628</sup>

En définitive, la règle de priorité temporelle nous semble devoir être privilégiée. Elle aboutira à privilégier le jugement premier rendu, même s'il a été saisi par le juge second saisi. Cela revient à faire triompher l'exception de chose jugée sur une éventuelle exception de litispendance. Cette solution nous semble s'imposer : la première est une solution quasi universellement reconnue. On verra qu'au contraire, la litispendance, entendue comme la priorité du juge premier saisi, n'a pas convaincu les pays de *common law* (*infra*, n° 516). Il est dès lors difficile de sanctionner une procédure pour la seule raison que le juge n'a pas donné suite à une exception de litispendance. La violation de l'exception de chose jugée appelle au contraire une sanction. Elle impose à notre sens le respect du jugement premier rendu.<sup>1629</sup>

\*            \*  
\*            \*

<sup>1628</sup> Argument invoqué aux Etats-Unis pour justifier la 'last-in-time rule' : *Armatelos v Foundation Co.*, 203 Misc. 470, 476 ; 116 N.Y.S. 2d, 641, 648 (Sup. Ct. 1952° et *Ackerman v Ackerman*, 517 F. Supp. 614, 625.

<sup>1629</sup> Il est une autre solution possible pour départager deux décisions étrangères, à savoir accorder la priorité à la décision étrangère dont la reconnaissance a été sollicitée en premier. On pourrait alors lire cette règle comme une référence à la décision qui a été invoquée la première en Belgique à l'appui par exemple d'une exception de chose jugée ou de tout autre effet (ex. demande de mariage devant l'officier d'état civil en cas de divorce à l'étranger). Cette solution est élégante, en ce qu'elle évite de devoir trancher entre la priorité du jugement premier ou dernier rendu. On se contente de mesurer la priorité sur base du critère des effets recherchés en Belgique. Elle semble toutefois poser un problème, en particulier lorsque le for reconnaît les décisions étrangères de plein droit puisque la reconnaissance est alors informelle et donc précaire. Il peut en effet s'avérer délicat de déterminer à quel moment précis une partie a invoqué le bénéfice d'une décision étrangère.



SECONDE PARTIE

TITRE II

## INTRODUCTION

369. **La coordination des procédures concurrentes par la déférence** - Lorsqu'un même litige fait l'objet de deux procédures concurrentes, le conflit de procédures peut se résoudre comme la rencontre de deux voitures à un carrefour : à l'instar du conducteur qui cède la priorité au véhicule venant de droite (ou de gauche), un des juges concernés peut laisser le soin à l'autre de trancher le litige. C'est ainsi qu'un tribunal belge saisi d'une demande de dommages et intérêts par un concessionnaire qui prétend que son cocontractant a mis abusivement fin au contrat les liant se dessaisira en faveur du tribunal suisse en application de l'article 21 de la Convention de Lugano lorsque ce dernier a été saisi auparavant par le concédant d'une demande visant à faire constater l'inexistence du contrat. L'exception de for plus approprié des droits de la *common law* - le fameux *forum non conveniens* - permet d'assurer la même coordination entre procédures concurrentes. Ainsi, si un même contrat de concession lie un concessionnaire canadien à un concédant anglais, le premier pourra demander au juge anglais saisi par le second de surseoir à statuer en déférence à une procédure canadienne qu'il a lui-même engagée. Le juge accueillera cette exception s'il estime que le tribunal canadien est, au vu des circonstances de la cause, mieux placé pour trancher le litige. C'est enfin dans la même logique qu'un juge français se déclarera incompétent lorsque le demandeur français qui le saisit a déjà porté son action devant un tribunal étranger, du moins lorsque cette action trahit la volonté de renoncer au privilège de juridiction offert par l'article 14 du Code civil.

Dans toutes ces hypothèses, le conflit de procédures se résout par une mesure de coordination qu'on pourrait appeler la *déférence* ou l'*abstention* d'un des tribunaux, qui s'efface spontanément pour laisser à l'autre le soin de statuer sur le litige.<sup>1630</sup> L'abstention connaît différentes traductions en droit positif. Certaines, comme l'exception de litispendance internationale, visent spécifiquement l'hypothèse du conflit de procédures. D'autres ont un champ d'application plus étendu - l'exception du for plus approprié peut ainsi également être invoquée en l'absence de saisine concurrente du juge étranger. Le trait commun à toutes ces doctrines est qu'elles conduisent un juge à renoncer à exercer une compétence qu'il possède.<sup>1631</sup> L'appellation générique - nous utiliserons indifféremment les concepts d'abstention et de déférence<sup>1632</sup> - permet de rassembler sous

<sup>1630</sup> L'abstention ou la déférence telle que nous l'entendons ici doit être distinguée de la situation dans laquelle il existe un *obstacle* à la compétence du juge, ou que celui-ci ne possède pas le pouvoir de juridiction requis. Dans le cadre des conflits de procédures, une telle constatation d'incompétence ne sera pas exceptionnelle. Il n'est en effet pas exclu qu'une partie saisisse un for, qu'elle sait pertinemment être dénué de compétence, dans l'espoir d'épuiser les ressources de l'adversaire par une exténuante escarmouche sur la compétence, ou encore pour retarder autant que faire se peut l'issue du litige - même si on ne peut exclure que la saisine d'un for incompétent soit l'oeuvre d'une partie de bonne foi. Dans ce cas également il est mis fin au parallélisme de procédures par l'extinction d'une procédure. Cette extinction ne se fait cependant que pour des raisons qui touchent à la procédure même du for, sans avoir égard à la procédure concurrente engagée devant un juge étranger. Si le résultat final est le même, on ne peut dès lors parler d'une véritable abstention au sens où nous l'entendons ici. L'*abstentionnisme* judiciaire dont il est question ici est autre. Il n'entre en scène que lorsque le juge renonce à statuer, une fois établi qu'il possède compétence et pouvoir de juridiction pour ce faire.

<sup>1631</sup> La langue anglaise dispose d'une expression concise pour désigner ces différentes doctrines : 'decline (ou) declining jurisdiction'. V. la définition qu'en donne J. J. FAWCETT, "General Report", in *Declining Jurisdiction*, 2 : "The phrase 'declining jurisdiction' refers to the situation where a court which has jurisdiction refuses to exercise it".

<sup>1632</sup> L'utilisation du terme 'abstention' dans le contexte des conflits de juridiction n'est pas nouvelle. Il a par exemple été utilisé pour désigner le refus des tribunaux de trancher un litige impliquant un Etat étranger : p. ex. G. VAN HECKE, "Notes critiques sur la théorie de la non-justiciabilité", in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, (517) 522, n° 10. Le droit américain donne à cette expression la même signification dans le cadre des relations fédérales (*infra*, n° 589).

un concept fédérateur diverses doctrines qui, malgré les différences qui les séparent, permettent toutes de résoudre le conflit de procédure de la même façon.

370. **Plan du titre** – La coordination par la déférence est le mécanisme que nous entendons privilégier pour la résolution des conflits de procédures. Il convient dès lors d'expliquer les raisons de ce choix. Pour ce faire, un détour par l'histoire s'impose, qui permettra d'envisager les différentes formes que peut revêtir l'abstention. L'étude historique sera également l'occasion d'apercevoir les nombreuses résistances que l'abstention a dû affronter avant d'être acceptée. Voilà l'objet du premier chapitre de ce titre. Nous pourrions ensuite nous employer à dégager dans un second chapitre le profil que devrait idéalement adopter l'abstention.



## CHAPITRE I

### LA COORDINATION PAR LA DEFERENCE : UNE SOLUTION A PRIVILEGIER

## CHAPITRE I

### LA COORDINATION PAR LA DEFERENCE : UNE SOLUTION À PRIVILÉGIER

371. **Introduction – une solution qui s’est progressivement imposée** – Le droit comparé révèle que l’abstention au profit d’une procédure concurrente peut prendre de multiples formes. Dans certains pays, la coordination des procédures concurrentes par la déférence passe par la reconnaissance d’une *exception de litispendance internationale*. Dans d’autres le tribunal ne s’effacera devant la saisine du juge étranger que si celui-ci lui paraît mieux placé pour connaître de la cause, selon la technique bien connue du *forum non conveniens*. A côté de ces deux principales manifestations de la déférence existent d’autres variantes, aux contours plus ou moins bien définis.

Au sein de l’espace judiciaire européen, la coordination par la déférence a été élevée au rang de solution *de principe* des conflits de procédures – si l’on fait exception du rôle préventif que jouent les règles de compétence uniformes partagées par tous les Etats membres. Il en sera sans doute de même pour la future Convention de La Haye – à la différence que les rédacteurs de la Convention ont judicieusement combiné deux formes d’abstention. Dans le droit commun d’autres pays, et en particulier ceux qui se sont inspirés de la *common law*, l’abstention coexiste avec d’autres solutions, comme par exemple l’injonction *anti-suit*.

La consécration de l’abstention par la Convention de La Haye en fait un phénomène incontournable, ce que confirme sa reconnaissance croissante par le droit commun des Etats. Au total on peut dire sans crainte de généraliser que l’abstention, dans ses multiples formes, occupe aujourd’hui les devants de la scène lorsqu’il s’agit de résoudre les conflits de procédure.<sup>1633</sup> Il n’en a pas toujours été ainsi. Au contraire, l’étude de la jurisprudence révèle la défaveur avec laquelle était perçue jusqu’il n’y a pas si longtemps la possibilité pour un tribunal de céder la priorité à un autre.

Cette défaveur s’effacera progressivement et la déférence s’imposera comme solution des procédures concurrentes. Il n’est pas sans intérêt de retracer les grandes lignes de cette évolution historique (section 1). Ceci permettra tout d’abord d’expliquer plus avant le fonctionnement des deux grandes formes de l’abstention. Dans le même temps, on apercevra l’étonnant parallélisme de l’évolution des conceptions nationales à propos de la déférence internationale. Une fois les grandes lignes de l’évolution historique dessinées, on expliquera dans un deuxième temps pourquoi l’abstention internationale emporte notre préférence comme mécanisme de coordination des procédures concurrentes (section 2).

<sup>1633</sup> V. également les travaux que l’ILA a consacré à la technique de la ‘declining jurisdiction’ et qui ont débouché sur les ILA Leuven-London Principles on Declining Jurisdiction (sur ce projet, G. WALTER et F. M. R. WALTHER, *International Litigation: Past Experiences and Future Perspectives*, Bern/Zürich/Bruxelles, Stämpfli/Schulthess/Bruylant, 2000, 42-43).

## Section 1 : l'émergence de la déférence internationale

**372. Introduction** - L'histoire de la déférence comme technique de résolution des conflits de procédures est celle d'une lente disparition de la méfiance, voire de l'hostilité qui entourait cette solution, méfiance qui a progressivement fait place à une acceptation de plus en plus grande. L'émergence de l'abstention a emprunté des chemins différents selon les juridictions. Il convient de tenir compte de ces différences pour tracer le parcours qu'ont emprunté les tribunaux des différents pays étudiés.

Dans les pays d'Europe continentale c'est l'exception de litispendance internationale qui constitue le véhicule principal de l'abstention. Cette figure juridique ne s'est pas imposée partout de la même façon, ni à la même période. Pour illustrer l'évolution des mentalités face à la litispendance internationale, nous prendrons l'exemple du droit français, qui nous semble le plus représentatif. Là où d'autres jurisprudences ont très tôt conféré une portée internationale à l'exception de litispendance – on pense au droit allemand, *infra* n° 706 -, ou au contraire n'ont toujours pas franchi ce pas – à l'instar des tribunaux belges, *infra*, n° 400-, la jurisprudence française donne l'exemple d'une évolution lente mais certaine vers une reconnaissance de la litispendance internationale. L'histoire de cette jurisprudence fera également apercevoir les artifices auxquels les tribunaux ont dû recourir pour donner effet à une procédure étrangère concurrente sans pour autant s'incliner devant celle-ci (§ 1).

La tradition anglaise a quant à elle rattaché l'abstention au mécanisme du '*stay*', qui a donné naissance au *forum non conveniens*. Ce mécanisme s'est imposé dans la plupart des pays de *common law*, avec quelques différences locales il est vrai. Pour illustrer la transformation progressive du '*stay*', conçu au départ comme un mécanisme anti-abus mais qui va évoluer vers une doctrine d'application générale, nous avons choisi de dépeindre l'évolution qu'a connu le droit anglais, qui pour être la plus linéaire, et dès lors la plus facile à raconter, n'en présente pas moins l'exemple d'une évolution pleinement aboutie (§ 2). On verra à cette occasion que l'exception de for inapproprié n'est somme toute que de facture récente.

### § 1. L'émergence du déclinatoire de litispendance internationale : l'exemple du droit français

**373. Généralités** - L'exception de litispendance est une figure bien connue du droit interne des pays de tradition romano germanique.<sup>1634</sup> D'aucuns n'ont d'ailleurs pas hésité

<sup>1634</sup> A titre d'exemple on mentionnera l'article 100 du Nouveau Code de Procédure Civile (France); article 29 Code Judiciaire (Belgique); article 158 Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering (Pays-Bas); § 261 III n° 1 ZPO (Allemagne, v. l'analyse de cette disposition par B. HEIDERHOFF, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit im Ehescheidungsverfahren*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1998, 17-48); § 233-1 du ZPO autrichien; article 553-5° Ley de Enjuiciamiento civil (Espagne, sur cette règle, v. E.C. BAZAGA, *La litispendencia Comunitaria*, Madrid, Eurolex, 1997, 21-27); article 222 du Code de procédure civile grec; pour le Portugal, v. les articles 115 à 121 du Código de Processo civil; pour les droits scandinaves, L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S. L.*, 1970, (59), 65-68, n° 5-6. En droit suisse, l'exception de litispendance est prévue par les codes cantonaux de procédure, p.ex. art. 160 ZPO de Berne ou l'art. 107 ZPO de Zürich. Sur ces différentes dispositions, v. l'analyse détaillée de M. WITTIBSCHLAGER, *Rechtshängigkeit in internationale Verhältnissen*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1994, 4-20 ainsi que l'ouvrage de J.-M. REYMOND, *L'exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, Lausanne, éd. Payot, 1991, 369 p.

à en faire remonter l'origine au droit romain.<sup>1635</sup> A partir de cette tradition romano-germanique, elle a essaimé, avec quelques modifications, vers des pays aussi divers que le Québec,<sup>1636</sup> le Japon,<sup>1637</sup> l'Afrique du Sud,<sup>1638</sup> l'Ecosse<sup>1639</sup> et la Chine.<sup>1640</sup> Le déclinatoire de litispendance empêche les plaideurs de profiter de la pluralité des fors prévus par un ordre juridique pour saisir plusieurs juges d'un même litige. A ce titre il vise à préserver la cohérence du système juridique en évitant que plusieurs tribunaux statuent séparément sur les demandes identiques dont chacun d'entre eux a été saisi et rendent ainsi des décisions contradictoires ou du moins difficilement conciliables.<sup>1641</sup> L'exception de litispendance fait classiquement appel à la date de saisine des juridictions pour départager les tribunaux concurrents : le juge second saisi doit s'effacer devant le juge premier saisi.

Depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles, l'exception de litispendance<sup>1642</sup> fait figure de solution *privilegiée* des conflits de procédures au sein de l'espace judiciaire européen. Cette position prééminente n'a pas été démentie par les multiples avatars de cette convention. Elle a d'ailleurs trouvé appui dans l'évolution du droit commun des Etats membres.

Cette solution ne va pas de soi. Elle ne s'est imposée qu'au terme d'une longue évolution, sans que l'on puisse d'ailleurs affirmer que tous les Etats soient aujourd'hui convaincus des vertus de l'exception de litispendance internationale. Le parcours qui a mené à une plus grande acceptation de l'exception de litispendance a été long et mouvementé. Pour l'illustrer, nous ferons appel à la jurisprudence française dont le moindre des mérites n'est pas d'avoir mené à son terme l'ouverture au déclinatoire de litispendance.

<sup>1635</sup> Sur la litispendance en droit romain, v. E. SPIRO, "The defence of *lis alibi pendens*", *Comp. & Int'l L. J. of Southern Africa*, 1976, 89 ainsi que le rapport de SACERDOTI pour l'Institut de Droit International : "De la litispendance dans les rapports entre les juridictions d'Etats différents", *Ann. de l'Institut Dr. Intl.*, vol. 15, 1896, (85), 87, note 2.

<sup>1636</sup> Articles 165-166 du Code de Procédure civile.

<sup>1637</sup> Article 231 du Code japonais de Procédure civile, v. T. SAWAKI, *l.c.*, *Jap. Ann. Int'l L.*, 1979-80, (17), 19-20.

<sup>1638</sup> Sur la litispendance en droit sud-africain, v. E. SPIRO, *l.c.*, *Comp. & Int'l L. J. of Southern Africa*, 1976, (89), 92-98.

<sup>1639</sup> Dans la jurisprudence récente v. *Melides v Richard Neil McDiarmid Anderson*, Court of Session, Inner House, 16 juin 1993, disponible sur Lexis; *Flannigan v British Dyewood Company Ltd.*, 1971 SC 110; 1971 SLT 208 (Outer House 12 février 1971). Dans la jurisprudence plus ancienne, v. *Aitken v Dick* (1863) 1 S.C. (Macpherson) 1038; *McAlay v Cowe* (1873) 1 S.C. (Rettie) 307 et *Nelson v Gordon*, (1974) 1 S.C. (Rettie) 1093.

<sup>1640</sup> Article 35 de la loi sur la procédure civile de 1982, cité par H. ZHENJIE, "International Jurisdiction of Chinese Courts in Contractual Matters : Rules, Interpretation and Practice", *N.I.L.R.*, 1999, (204), 224.

<sup>1641</sup> P. ex. H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, II, *La compétence*, Paris, Sirey, 1973, 834, n° 801. Cf. également J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montschrestien, 1991, 641, n° 887.

<sup>1642</sup> Le concept de 'litispendance' ('*Rechtshängigkeit*' (allemand), '*aanhangigheid*' (néerlandais), '*litispendenza*' (italien), '*litispendencia*' (espagnol), en droit autrichien le terme utilisé est celui de '*Streitanhängigkeit*') désigne littéralement la circonstance qu'un litige est soumis à un tribunal. Par extension, la notion s'entend généralement comme visant la situation dans laquelle le même litige fait l'objet de deux procédures concurrentes. Selon la définition qu'en donnait M. de Paepé, "il y a litispendance lorsqu'une cause introduite devant un juge, est déjà pendante devant un autre juge" : P. DE PAEPE, *Études sur la compétence civile*, I, Bruxelles, Bruylant, 1889, 256. Il serait sans doute plus indiqué de parler de 'double litispendance' pour exprimer l'idée du dédoublement de procédures, comme l'observe C. C. A. VOSKUIL, "La litispendance en droit international privé néerlandais", in *De conflictu Legum Buxrdel opstellen aangeboden aan R.D. Kolléwijn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, 502. C'est ce que semble d'ailleurs faire l'expression néo-latine utilisée en droit anglais : *lis alibi pendens*. On comprend cependant mieux l'absence de référence expresse au dédoublement lorsque l'on sait que l'expression traditionnellement consacrée est celle d'*exception de litispendance*. Cette dernière expression suffit à traduire l'idée que la situation visée est celle dans laquelle le litige a déjà été porté à la connaissance d'un autre juge. M. Palsson proposait de parler de la 'reconnaissance de la litispendance étrangère', L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. L. Stud.*, 1970, (59), 62. La référence à l'*exception* de litispendance indique également le caractère inhabituel du mécanisme, qui voit un tribunal renoncer à statuer sur un litige alors qu'il est compétent pour en prendre connaissance.

Si l'on s'en tient à la jurisprudence de la Cour de Cassation, l'histoire de la litispendance internationale en droit français peut se résumer à peu de choses. Il suffirait d'évoquer le refus de la Cour, constant jusqu'en 1974, d'accueillir cette exception dans les espèces internationales, pour ensuite constater que cette même Cour a changé son fusil d'épaule à cette date dans l'affaire *Minera de Fragne (infra, n° 395)*. Ce serait toutefois faire fi de certains courants plus discrets, qui permettaient déjà au 19<sup>ème</sup> siècle, par des voies détournées, aux tribunaux français de renoncer à statuer en raison de l'existence d'une procédure concurrente engagée devant un juge étranger. Pour permettre de rendre compte de ces courants, on distinguera, de façon sans doute un peu artificielle, deux périodes dans l'évolution de l'attitude des tribunaux français à l'égard de la coordination par l'abstention. Une première période s'étend sur tout le 19<sup>ème</sup> siècle et la première moitié du siècle qui a suivi (I). Elle est faite de refus obstiné d'étendre le bénéfice de la litispendance aux espèces internationales, mêlées de décisions plus nuancées qui laissaient la porte ouverte à une certaine coordination. Ces décisions ont dans un second temps laissé place à l'accueil progressif d'une véritable exception de litispendance internationale (II).

## I. LES HEURES SOMBRES DE LA LITISPENDANCE INTERNATIONALE AU 19<sup>ÈME</sup> SIÈCLE

**374. Le principe et les exceptions** - Les tribunaux français se sont très vite prononcés contre la coordination des procédures concurrentes par le biais de l'exception de litispendance internationale. Ce refus de principe ne doit toutefois pas cacher que déjà au 19<sup>ème</sup> siècle, la coordination des procédures concurrentes pouvait s'imposer par des voies détournées. Nous examinerons successivement le principe et les exceptions.

### A. Le principe : le refus de la litispendance internationale

**375. Une jurisprudence unanimement opposée à la litispendance internationale** - La jurisprudence française, dont l'histoire a si bien été dressée par M. *Holleaux*,<sup>1643</sup> se montrait au 19<sup>ème</sup> siècle pour le moins réticente au déclinatoire de litispendance : de façon unanime, les tribunaux décidaient que l'existence d'une procédure concurrente engagée devant une juridiction étrangère n'empêchait pas le juge français de statuer sur la cause qui lui était soumise.

Déjà en 1827 la Cour de Cassation rejetait une exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure étrangère.<sup>1644</sup> La Cour confirma cette solution en 1842 à l'occasion d'un litige portant sur la succession d'un Français à propos de laquelle se disputaient plusieurs tuteurs du *de cuius*, ainsi qu'un mandataire désigné pour la gestion de la tutelle.<sup>1645</sup> Plusieurs actions avaient été introduites devant un tribunal sarde, alors qu'une action en partage était pendante devant le tribunal de Grenoble. La Cour de Grenoble

<sup>1643</sup> D. HOLLEAUX, "La litispendance internationale", *Travaux de la Commission de la DIP*, 1971-73, (203), spéc. pp. 205-209. V. du même, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, pp. 166-169, n° 157-159.

<sup>1644</sup> Cass. Req., 30 mai 1827, S., 1827, I, 425. M. FOELIX (M. FOELIX, *Traité de droit international privé ou du conflit des lois en matière de droit privé*, I, 4<sup>ème</sup> éd., par DEMANGEAT, Paris, 1866, 369, n° 182) cite (et critique) également les arrêts suivants prononcés par des 'Cours royales', et qui tous rejettent la litispendance, en s'appuyant sur la circonstance que les jugements étrangers ne pouvaient être exécutés en France : Paris, 23 thermidor An XII, *Sirey*, 1807, II, 855 (la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt par une décision en date du 7 septembre 1808, *Sirey*, 1808, I, 453); Montpellier, 12 juillet 1826, *Sirey*, 1827, II, 227; *Dalloz*, 1826, II, 140.

<sup>1645</sup> Cass. fr., 16 février 1842, S., 1842, I, 714; *Dalloz*, 1842, I, 93.

refusa de faire droit à l'exception de litispendance invoquée par un des défendeurs à l'action en partage. La Cour de cassation rejeta le moyen tiré de l'exception : après avoir reconnu dans un premier motif qu'il n'y avait sans doute pas identité entre les litiges, la Cour indiqua qu'en "principe général, et à moins de stipulations diplomatiques contraires, les dispositions de l'article 171 du Code de procédure civile ne sont applicables qu'à des instances liées devant les tribunaux français".

La solution est restée constante tout au long du 19<sup>ème</sup> siècle, que ce soit dans la jurisprudence de la Cour<sup>1646</sup> ou dans celle des tribunaux du fond.<sup>1647</sup> Les tribunaux se contentaient le plus souvent de constater que l'exception de litispendance "ne peut avoir d'effet qu'à l'égard des instances liées devant les tribunaux français".<sup>1648</sup> La Cour de Cassation avait elle-même donné le ton en se contentant, pour seule réponse au moyen reprochant à un arrêt d'avoir rejeté une exception de litispendance, de constater que "[l]exception de litispendance ne peut être opposée qu'autant qu'il y a litispendance devant les tribunaux français".<sup>1649</sup> La doctrine de l'époque n'était pas en reste. Ainsi M. Bonfils, dans son étude parue en 1865, écrivait-il que "[l]a litispendance ne peut exister qu'entre tribunaux du même pays, chargés par le même pouvoir de rendre la justice".<sup>1650</sup>

**376. Une jurisprudence bien dans l'air du temps** - La jurisprudence française, qui rejetait sans autre discussion les appels des plaideurs à s'effacer devant la saisine antérieure d'un juge étranger, n'était pas isolée, au contraire ! La position des tribunaux français était sans conteste caractéristique de l'époque. Ainsi, les tribunaux belges n'étaient-ils pas moins opposés à la coordination des procédures concurrentes par la déférence. Dès 1823, la Cour d'Appel de Bruxelles décida "qu'on ne peut tirer aucun avantage d'une contestation pendante devant un tribunal français pour s'appuyer devant les tribunaux [belges] d'une litispendance de ce chef [...]".<sup>1651</sup> En l'espèce le litige, portant sur la récupération par une entreprise de transport de tabac de droits perçus par l'administration française, avait déjà été porté à la connaissance des tribunaux français, où les associés obtinrent une saisie-arrêt. D'autres associés de la même entreprise s'en furent ensuite chercher justice en Belgique. A l'appui de leur demande ils invoquaient le fait qu'en vertu du traité du 25 avril 1818 le gouvernement des Pays-Bas avait succédé au gouvernement français comme débiteur de leurs créances. Il leur importait donc

<sup>1646</sup> Cass., 27 janvier 1847, *S.*, 1847, I, 819; Cass. fr., 11 décembre 1860, *S.*, 1861, 1, 331; *D.*, 1861, 1, 166; (deuxième espèce); Cass. fr. Req., 6 février 1878, *S.*, 1880, 1, 79; *J.D.I.*, 188, 372.

<sup>1647</sup> Par exemple Paris 9 juillet 1884, *J.D.I.*, 1884, 626; Comm. Nantes, 25 juillet 1888, *J.D.I.*, 1889, 640; Lyon, 19 août 1905, *J.D.I.*, 1906, 159; Trib. Comm. Dunkerque, 16 mai 1887, *J.D.I.*, 1889, 640 (résumé); Trib. Comm. Nantes, 25 juillet 1888, *J.D.I.*, 1889, 640 (résumé); Trib. Civ. Dreux, 20 juin 1877, *J.D.I.*, 1881, 256 (résumé); Paris, 29 juin 1888, *J.D.I.*, 1890, 323 (approuve Trib. Civ. Versailles, 21 avril 1886, reproduit à la même place).

<sup>1648</sup> P. ex. Lyon, 17 oct. 1886, *J.D.I.*, 1887, 186 (à propos d'une instance concurrente pendante aux Etats-Unis portant sur le paiement de marchandises livrées). V. également Trib. Seine, 29 mai 1873, *J.D.I.*, 1875, 21 (résumé); Paris, 11 décembre 1855, *S.*, 1856, 2, 302; *D.P.*, 1855, 5, 200; Rouen, 9 février 1859, *J.D.I.*, *S.*, 1860, 2, 25; Trib. Comm. Nantes, 25 juillet 1888, *J.D.I.* 1889, 640 (résumé) (le tribunal décide que l'article 171 du CPC "ne peut trouver son application que dans le cas où la demande formée pour le même objet a été introduite devant un autre tribunal français et non un tribunal étranger"); Paris, 19 janvier 1888, *J.D.I.*, 1889, 666, 667 (la Cour constate simplement que "la litispendance ne [peut] exister entre un tribunal français et un tribunal étranger"); Paris, 25 juillet 1877, *J.D.I.*, 1878, 163 (résumé); Paris, 9 juillet 1884, *J.D.I.*, 1884, 626 ("que le renvoi pour cause de litispendance n'est admis [...] que dans le cas où c'est un tribunal français qui se trouve déjà saisi du litige").

<sup>1649</sup> Cass. Req., 6 février 1878, *J.D.I.*, 1878, 372; *S.*, 1880, I, 79.

<sup>1650</sup> H. BONFILS, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers...*, Paris, Durand, 1865, 78, n° 86. V. également CH. LACHAU, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers...*, Paris, Larose et Forcel, 1893, pp. XXVIII-XXIX.

<sup>1651</sup> Bruxelles, 28 juillet 1823, *Pas.*, 1823, 492.

d'obtenir un jugement qui fut exécutoire aux Pays-Bas, l'arrêté royal du 9 septembre 1814 déniait aux jugements français tout effet aux Pays-Bas.<sup>1652</sup>

La Cour rejeta l'exception en s'appuyant sur le défaut d'effet en Belgique des jugements rendus en France. Evoquant l'arrêté du 9 septembre 1814, les juges indiquèrent notamment que le rejet de la litispendance s'imposait puisque "s'il en était autrement, il s'ensuivrait qu'une poursuite judiciaire intentée en France par l'une des parties aurait plus d'effet qu'un jugement prononcé dans ce royaume, ce qui ne peut être admis".<sup>1653</sup>

Cette première décision fut confirmée par la suite à de nombreuses reprises.<sup>1654</sup> Les tribunaux s'appuyèrent notamment sur le fait que l'on ne pouvait tirer argument de l'article 171 du Code de procédure civile,<sup>1655</sup> hérité du régime français, puisque celui-ci ne visait en apparence que les situations purement internes.<sup>1656</sup> La doctrine de l'époque, sans doute encore imprégnée d'un respect bien exégétique de la loi, se contentait de prendre acte de la jurisprudence, sans avancer de critique. Ainsi M. de Paepe enseignait-il en 1878 que l'on ne peut "pour arrêter une action qui est introduite devant les tribunaux belges, puiser une exception de litispendance dans une contestation pendante devant un tribunal étranger".<sup>1657</sup> Au total la position du droit belge au 19<sup>ème</sup> siècle était claire : les tribunaux toléraient en principe le dédoublement de procédures et se refusaient à plier devant l'instance étrangère.

<sup>1652</sup> Arrêté-Loi du Prince-souverain du 9 septembre 1814, *Pasin*, Deuxième Série, Tome Ier, 1814-1815, p. 256.

<sup>1653</sup> *Pas.*, 1823, 492, 495. En première instance le tribunal en avait décidé autrement : s'appuyant sur le fait que les demandeurs en Belgique avaient "volontairement" saisi les tribunaux français, il se déclara incompétent. Sur cette exception, *infra*, n° 382.

<sup>1654</sup> Bruxelles, 12 avril 1827, *Pas.*, 12 avril 1827, 130; Bruxelles, 20 avril 1853, *Pas.*, 1855, II, 18; Comm. Bruxelles, 21 février 1859, *B.J.*, 1859, 462; *J.P.A.*, 1859, 28; Bruxelles, 12 avril 1866, *Pas.*, 1869, II, 318.

<sup>1655</sup> Selon cette disposition, "S'il a été formé précédemment, en un autre tribunal, une demande pour le même objet, ou si la contestation est connexe à une cause déjà pendante en un autre tribunal, le renvoi pourra être demandé et ordonné".

<sup>1656</sup> L'adoption en 1876 d'une nouvelle règle de litispendance - l'article 50, alinéa 2 de la loi du 25 mars 1876 - ne changea rien à la position des juridictions belges. Les cours et tribunaux continuèrent sur leur lancée en repoussant systématiquement tout recours à la litispendance lorsque seule une des juridictions concernées était belge : Comm. Bruxelles, 8 janvier 1877, *Pas.*, 1977, III, 179; Comm. Anvers, 30 septembre 1881, *J.P.A.*, 1881, 381; Bruxelles, 29 décembre 1886, *Pas.*, 1888, II, 286; *B.J.*, 1887, 1109; Comm. Anvers, 12 février 1890, *J.P.A.*, 1890, 214; Comm. Anvers, 1 août 1890, *J.P.A.*, 1892, 154; Comm. Anvers, 28 janvier 1895, *J.P.A.*, 1896, 14; Bruxelles, 30 décembre 1897, *Pas.*, 1989, II, 152; Liège, 3 janvier 1900, *Pas.*, 1900, II, 225. Dans une espèce tranchée en 1881, le tribunal de commerce d'Anvers a par exemple rejeté une exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure engagée à Francfort : Comm. Anvers, 30 sept. 1881, *J.P.A.*, 1881, 381. Le tribunal constata tout d'abord qu'il "est [...] de jurisprudence constante que la litispendance ne peut être opposée dans le cas d'une action intentée à la fois en Belgique et à l'étranger". Et le tribunal d'expliquer ensuite que l'article 171 du Code de procédure civile "ne peut s'appliquer à des poursuites exercées en pays étranger, puisque le législateur ne statue que pour son territoire qui est la limite de sa juridiction". A cette première justification, il en ajoute une autre, déduite du "principe de la souveraineté nationale, qui ne permet pas que les jugements étrangers soient exécutoires en Belgique" (p. 382). En conclusion, le juge constate que la procédure engagée antérieurement par le même demandeur devant le tribunal de Francfort "ne peut exercer aucune influence sur la décision à prendre par ce tribunal" (p. 382). Cette jurisprudence trouvait d'ailleurs appui dans le silence du législateur lors de l'adoption de la loi de 1876, les parlementaires restant muets sur la portée de leur texte en matière internationale : cfr. les extraits des travaux préparatoires reproduits à la *Pasinomie*, 1876, 156.

<sup>1657</sup> P. DE PAEPE, "De l'exécution des décisions rendues en matière civile et commerciale par les juges étrangers", *B.J.*, 1879, (1569-1589), col. 1581-1582, mais v. du même auteur les *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, I, 1900, 146-150, n° 11 et *infra* sur l'exception de renonciation. A la même époque, A. BONTEMPS, *Traité de la compétence en matière civile ou commentaire doctrinal, législatif et de jurisprudence de la loi du 25 mars 1876*, III, Liège/Bruxelles, Grandmont/Mayolez, 1885, 661-662 ("La circonstance qu'une action introduite en Belgique aurait déjà été antérieurement portée devant un tribunal étranger ne pourrait pas entraîner l'incompétence de la juridiction belge"); TH. BORMANS, *Code de procédure civile. Commentaire législatif et doctrinal*, Bruxelles, Larcier, 1877, 498, n° 550 et 516, n° 576 ("L'article 50 ne s'applique pas à des causes pendantes devant des tribunaux de deux royaumes différents").

377. Une jurisprudence bien dans l'air du temps (suite) - A l'instar de leurs collègues belges et français, les tribunaux néerlandais n'accordaient au 19<sup>ème</sup> siècle aucun crédit à l'exception de litispendance internationale. En témoigne par exemple une décision du tribunal d'arrondissement d'Arnhem, en date du 12 mai 1890.<sup>1658</sup> En l'espèce la défenderesse, à qui l'on réclamait une forte somme, invoquait l'exception de litispendance en raison d'une instance engagée par le même demandeur devant la High Court de Londres. Le tribunal rejeta l'exception en notant que le législateur néerlandais n'avait pu envisager d'étendre aux tribunaux étrangers l'exception de litispendance qui figurait au Code de procédure civile, puisque son emprise se limitait aux seuls tribunaux néerlandais.<sup>1659</sup>

Cette décision ne fut pas démentie, ni par les tribunaux,<sup>1660</sup> ni par la doctrine. M. *Kosters* écrivait ainsi au début du 20<sup>ème</sup> siècle que "l'opinion dominante" selon laquelle les règles de litispendance prévue par les droits nationaux, ne visent que les litiges internes, "doit être approuvée".<sup>1661</sup> Et l'auteur d'invoquer à l'appui de cette thèse l'absence de pouvoir normatif du législateur national à l'égard du juge étranger.<sup>1662</sup>

On le constate, la coordination des procédures concurrentes n'était guère d'actualité : à en croire la jurisprudence que l'on vient d'évoquer, rien n'empêchait une partie attraitée devant un juge étranger, d'assigner son adversaire devant un juge français, dans l'espoir d'enlever tout effet à une future décision étrangère en France. De même, le refus de la litispendance autorisait-il une même partie à multiplier les procédures, tant en France qu'à l'étranger.<sup>1663</sup> Cette situation, proche de l'anarchie judiciaire, ne reflétait toutefois pas

<sup>1658</sup> ArrondRb. Arnhem, 12 mai 1890, *WvR.*, n° 5930.

<sup>1659</sup> "dat wanneer de Nederlandsche wetgever, het woord 'rechter' gebruikt, hij daarmede alleen kan bedoelen die rechter, die aan zijne wetgevende jurisdictie is onderworpen, en dat wanneer [...] art. 158 B.R. in het daar voorziene geval veroorlooft verwijzing te vragen naar den daar bedoelden 'anderen rechter', met anderen rechter geen andere rechter kan zijn bedoeld dan de Nederlandsche rechter, die alleen verplicht is de verwijzing aan te nemen".

<sup>1660</sup> P. ex. ArrondRb. Rotterdam, 8 janvier 1900, *WvR.*, n° 7493 (rejette une exception de litispendance invoquée en faveur d'une procédure pendante en Allemagne).

<sup>1661</sup> "De heersende opvatting [...] is juist" : J. KOSTERS, *Bijdrage tot internationale regeling der rechtsmacht in burgerlijke en handelszaken*, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1914, 100.

<sup>1662</sup> "Want de verwijzing veronderstelt zeggenskracht van den wetgever over twee gerechten en deze wordt hier gemist; immers de wetgever kan niet met rechtsgevolg den vreemden rechter opdracht geven tot verwijzing en evenmin tot behandeling van der verwezen zaak" : ac, 100. Du même, v. *Het internationaal burgerlijk recht in Nederland*, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1917, 519 (le renvoi pour cause de litispendance "kan in het algemeen slechts plaats vinden bij zaken, in dezelfde Staat bij meerder rechters aanhangig, aldus de opvatting die in Nederland aan art. 158 WBRv eenstemmig door rechtspraak en wetenschap wordt gegeven". L'auteur précise également qu'il n'y a pas de place pour la litispendance lorsqu'une procédure est pendante devant un juge des colonies (pp. 310-311). Et M. *Kosters* de citer par exemple van Rossem, *Het Nederlandsch Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, I, 291.

<sup>1663</sup> La conception purement nationale des procédures n'était pas le fait des seuls tribunaux du vieux continent. A la même époque, il semble que les juridictions du Québec étaient tout aussi mal disposées envers le déclinatoire de litispendance internationale. Dès 1883, la Cour d'Appel du Québec rejeta une exception invoquée au profit du Vermont : *Russel v Field* (1883) Stuart's Reports 558 (C.A.). La Cour justifia sa décision par le défaut de réciprocité, en constatant que les tribunaux du Vermont refuseraient également de s'effacer devant la saisine du juge québécois. "Viewing the plea of litispendance abroad in its true light, as ascertained not by force of obligation, but ex comitate, that basis of that comity, which is reciprocity, would fail in the present instance, as in the state of Vermont, and the other United States of America, litispendance in a foreign country, or even a sister state, cannot be pleaded to an action brought here". V. également *Northern Railway Co of Canada c Patton* (1867) 17 L.C. Rep. 71 (C.S.).

Cette décision fut confirmée par la suite, les tribunaux ne laissant de porte ouverte à la coordination avec la procédure étrangère qu'en cas d'abus de la part du demandeur. Ainsi dans l'affaire *The Howard Guernsey Mfg Co v King* (1894) 5 C.S. (Superior Court), la cour supérieure a-t-elle refusé une exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure engagée à New York en expliquant que "the plea of defendants [...] is confined to the bare assertion of the existence of a similar suit in New York, without any averment of any special facts of a

entièrement l'état du droit. Déjà au 19<sup>ème</sup> siècle le rejet de la litispendance montrait en effet quelques brèches.

## B. Les exceptions : les travestissements de la litispendance

**378. Introduction** - Si la jurisprudence majoritaire du siècle dernier faisait preuve d'une frilosité certaine à l'égard de la litispendance, toute coordination n'en était pas pour autant absente. Conscients sans doute du caractère manifestement abusif du comportement de certains plaideurs, les tribunaux français intervenaient déjà au siècle passé, par le biais d'une voie certes détournée, pour empêcher le conflit de procédures de se poursuivre.

La coordination *indirecte* entre les deux procédures laissait toutefois intact le dogme de la territorialité du déclinatoire de litispendance. Cette première atteinte à la liberté du plaideur de renouveler sans contrainte aucune sa demande, s'accompagnait en outre de certaines hésitations dans la jurisprudence, par lesquelles nous commencerons.

### (i) Les hésitations de la jurisprudence

**379. Une motivation surabondante qui trahit certains doutes** - On a vu qu'au 19<sup>ème</sup> siècle, les tribunaux français - et d'autres - refusaient systématiquement de donner suite à l'exception de litispendance internationale.<sup>1664</sup> Il faut cependant nuancer ce constat par trop catégorique.

On constate en effet que les attendus de certaines décisions ne sont pas dénués de toute ambiguïté. Les cours et tribunaux ne se contentaient pas d'opposer un refus de principe au déclinatoire de litispendance. De nombreuses décisions contiennent en outre une motivation surabondante, qui n'est sans révéler une certaine hésitation sur la solution. Ainsi bien souvent les tribunaux indiquaient-ils pour rejeter l'exception que les conditions d'une éventuelle litispendance n'étaient en l'espèce de toute façon pas remplies. Dans une décision prononcée en 1853, la Cour d'appel de Bruxelles a ainsi souligné, avant même de

---

nature to show that the suit in this province is vexatious and brought without reasons [... ]". La seule exception faite à ce refus l'était en faveur des procédures engagées dans une autre province du Canada, dont les jugements pouvaient, au contraire des jugements étrangers, sortir effet au Québec. V. *Bladewood v Percival* (1903) 23 C.S. 5, 5 P.R. 110 (dans une affaire opposant les tribunaux du Québec à ceux de l'Ontario, la Cour supérieure décida que "Our courts must recognize a judgment so pronounced if regularly rendered. The end of the law being to avoid contrariety in judgment, it results that a defendant already sued in another province of Canada may oppose to a similar action taken here an exception [...] of lis pendens [... ]". En l'espèce l'exception fut toutefois rejetée faute d'identité d'objet). Dans le même sens, *Courtney v La Plante* [1932] 53 B.R. (Banc du Roi) 540; *Canadian Acceptance Corp. v West* (1933-34) 36 P.R. (Practice Reports) 6. Sur l'historique de la jurisprudence, E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *Droit international privé. T. 1 : Théorie générale*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 322, n° 136.

<sup>1664</sup> Il est remarquable qu'alors que la Cour de Cassation française a eu plusieurs fois l'occasion de faire connaître sa position sur le sujet, jamais à notre connaissance les juridictions suprêmes belge ou néerlandaise n'ont été appelées à se prononcer directement sur la question, les seules décisions publiées émanant des juridictions de fond. Les Cours Suprêmes belge et néerlandaise n'ont dès lors pas eu l'occasion de consacrer, ou de rejeter, la position des tribunaux inférieurs. Il en ira autrement au 20<sup>ème</sup> siècle pour le droit néerlandais, v. *infra*, n° 403. La Cour de cassation belge par contre n'a jamais eu l'occasion d'évoquer la question. La seule observation à ce sujet au niveau de la Cour émane du procureur général W. J. Ganshof van der Meersch qui, examinant en 1972 un pourvoi tiré de la violation de l'article 15 de la Convention belgo-allemande qui prévoit une exception de litispendance, observa que cette disposition avait un effet "remarquable" par ce qu'elle "attribue directement à une partie le droit de soulever une exception qui obligera la juridiction belge à s'abstenir de statuer" (Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, 806, 808). L'étonnement que trahit cette observation - près de 4 ans après la signature de la Convention de Bruxelles, dont l'article 21 va beaucoup plus loin - ne témoignait pas d'une grande bienveillance du ministère public à l'égard de la litispendance internationale...

rappeler le principe de l'absence de litispendance entre une procédure belge et une procédure étrangère, que "les deux actions ne sont pas identiques".<sup>1665</sup>

D'autres décisions s'appuyaient sur l'absence de preuve par le défendeur de l'introduction d'une demande devant le juge étranger.<sup>1666</sup> Parfois encore, le juge dénonçait le caractère artificiel de la procédure étrangère, à l'instar de la Cour d'appel de Paris qui fit observer à propos d'une instance intentée antérieurement à Milan, qu'elle "n'a été manifestement imaginée que pour soustraire [la demanderesse] à ses juges naturels [...]".<sup>1667</sup> Le tribunal de commerce de Marseille quant à lui en a appelé, pour repousser la litispendance invoquée au profit d'une procédure étrangère, au fait que le tribunal étranger "ne serait celui du domicile d'aucune des parties".<sup>1668</sup> Voilà autant de motifs qui dépassent le simple rappel de la solution de principe.

Sans doute peut-on voir dans cette motivation surabondante une simple mesure de précaution visant à protéger la décision contre un éventuel abandon par une juridiction supérieure du traditionnel refus de la litispendance. Sans spéculer inutilement sur l'intention réelle des juges, on peut estimer que ces considérations superflues trahissent également l'hésitation, sinon le doute que nourrissent certains juges sur la pertinence et la légitimité de ce refus.

Il faut dès lors nuancer quelque peu le constat d'une jurisprudence réticente à toute coordination avec la justice étrangère. Il est une autre constatation qui vient confirmer la nuance, c'est celle de l'existence d'une jurisprudence qui s'attaque aux procédures concurrentes les plus abusives. On va voir que celles-ci n'ont en effet jamais laissé indifférents les tribunaux français.

## (ii) La coordination déguisée : l'exception de renonciation

**380. Un expédient à la litispendance fondé sur le privilège de juridiction** - L'exception classique de litispendance internationale ne constitue pas une exception d'incompétence. La litispendance suppose en effet une égale compétence des deux juridictions en conflit à l'effet de statuer sur les demandes dont elles sont respectivement saisies.<sup>1669</sup> Lorsqu'il accueille l'exception de litispendance, le juge ne doit donc pas se déclarer incompétent. Comme le rappelle M. Droz, s'il était vraiment incompétent, "la question de la litispendance ne se poserait pas".<sup>1670</sup> Si en théorie donc, la litispendance

<sup>1665</sup> Bruxelles, 20 avril 1853, *Pas.*, 1855, II, 18. V. également Comm. Bruxelles, 2 février 1922, *J.C.B.*, 1922, 92 (le tribunal rejette l'exception de litispendance mais souligne également que l'objet des deux actions est différent); Liège, 7 avril 1922, *Jur. C.A. Liège*, 1922, 235.

<sup>1666</sup> Trib. Comm. Lyon, 29 août 1905, *J.D.I.*, 1906, 159. V. aussi Bordeaux, 5 décembre 1911, *J.D.I.*, 1913, 159 (après avoir posé que l'exception de litispendance ne peut être invoquée qu'entre tribunaux français, la Cour constate que "d'ailleurs, il n'est même pas établi d'une façon certaine qu'une juridiction étrangère est déjà saisie du litige") ainsi que Trib. Civ. Seine, 13 novembre 1874, *J.D.I.*, 1876, 272 (résumé) (le tribunal s'appuie sur la circonstance que la citation en conciliation invitant le demandeur en France à comparaître devant le juge suisse, ne pouvait être considérée comme un acte introductif d'instance).

<sup>1667</sup> Paris, 15 juin 1883, *J.D.I.*, 1884, 65.

<sup>1668</sup> Trib. Comm. Marseille, 17 mars 1875, *J.D.I.*, 1876, 179.

<sup>1669</sup> Par exemple en droit français, H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, II, La compétence, Paris, Sirey, 1973, 836, n° 804 et 843, n° 814. En droit suisse, J.-M. REYMOND, *L'exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 53-56 (cite toutefois les avis contraires de la doctrine). Sur cette question en général, M. WITTIBSCHLAGER 1994, 26-27.

<sup>1670</sup> G. A. L. DROZ, "Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 1991-IV, 63.

constitue un obstacle à l'exercice d'une compétence préexistante, la distinction n'a pas toujours été bien perçue. La confusion est surtout manifeste dans les droits de tradition française, où a été développé un expédient à la litispendance déduit de l'incompétence du juge.<sup>1671</sup>

La nature particulière des règles de compétence en vigueur en France - et en Belgique - au siècle dernier, fondées principalement sur des privilèges de juridictions déduits de la nationalité des parties, a en effet permis aux tribunaux d'opposer une exception d'incompétence au plaideur qui tentait de renouveler devant eux une procédure dont avait déjà été saisi un tribunal étranger. Il était ainsi possible de sanctionner ce qu'il y a de plus abusif dans le dédoublement de procédures, tout en continuant à rendre hommage au dogme du refus de la litispendance. Il convient d'expliquer dans un premier temps quel a été le raisonnement des tribunaux (a) avant d'en souligner ensuite les limites (b).

(a) 'Electa una via, excluditur altera'

**381. L'exception de renonciation comme barrage à une procédure française -** On connaît l'importance que revêtaient au siècle passé les privilèges de juridiction institués par les articles 14 et 15 du Code civil. Ces deux dispositions ont constitué tout au long de ce siècle l'unique fondement écrit à la compétence internationale des juges français.<sup>1672</sup>

Fournissant aux ressortissants de ce pays un privilège de juridiction, elles leur permettaient de saisir ou d'exiger la saisine des tribunaux de leur pays du seul fait de leur nationalité, nonobstant l'absence d'autres éléments rattachant le litige à ces pays. Très vite, les juridictions françaises ont cependant limité la portée de ces dispositions exorbitantes, en acceptant qu'une partie puisse renoncer à la faculté de porter son action devant les juridictions de son pays ou d'exiger que celles-ci soient saisies.<sup>1673</sup>

La faculté de renoncer aux privilèges instaurés par les articles 14 et 15 du Code civil était déduite de la rédaction potestative de ces dispositions -un français "pourra" toujours assigner ou être assigné en France - qui n'étaient pas jugées intéresser l'ordre public. Partant, le demandeur français qui avait saisi un tribunal étranger, et voulait par la suite attirer le même adversaire devant les tribunaux français, échouait pour défaut de compétence. En portant son action devant un juge étranger, il était en effet censé avoir renoncé au bénéfice de l'article 14. La fiction de la renonciation permettait au défendeur de soulever avec succès devant les tribunaux français une exception d'incompétence.

<sup>1671</sup> La question ne s'est jamais posée dans les droit de traditions germanique, sans doute parce que les privilèges de juridiction fondés sur la nationalité n'y ont jamais joué un grand rôle. De plus, dans cette tradition, la distinction entre compétence et litispendance était facilitée puisque cette dernière était considérée comme une exception d'irrecevabilité : lorsque le litige a déjà été soumis à un tribunal, le demandeur n'a pas l'intérêt légitime ('Rechtsschutzinteresse') nécessaire pour saisir un autre tribunal : M. WITIBSCHLAGER, 1994, 26-27.

<sup>1672</sup> *Comp.* avec la situation en droit belge où le législateur est intervenu dès 1876 pour arrêter des dispositions expresses qu'on retrouve encore aujourd'hui en grande partie dans le Code judiciaire de 1967, dispositions qui s'écartaient du modèle 'nationaliste' de la compétence pour faire une large place aux considérations fondées sur la territorialité et la bonne administration de la justice.

<sup>1673</sup> Cette constatation vaut sans doute *mutatis mutandis* sans doute également pour le droit luxembourgeois qui a également hérité des ces encombrantes dispositions. Nous n'avons toutefois pas examiné la jurisprudence de ce pays. Notons qu'aujourd'hui encore les tribunaux du Grand-Duché acceptent qu'une partie puisse renoncer tacitement au privilège institué par l'article 14 en portant son action devant le juge étranger, v. Trib. Arr. Luxembourg, 13 juillet 1989, n° 401/89, inédit, résumé par J.-C. WITWINUS, "Sommaire de jurisprudence - Droit international privé", in *Pas. Luxembourgeoise*, 1993-95, vol. 29, 1996, (1-44), 24-25.

La Cour de cassation française a dès 1827 consacré le principe de l'admissibilité de la renonciation.<sup>1674</sup> La Cour a précisé à cette occasion que "le droit attribué aux Français par [l'article] 14 du Code civil, de traduire un étranger devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger, est une simple faculté, un privilège; et, d'après les principes du droit commun, chacun peut renoncer à un privilège qui lui est personnel". En l'espèce, la renonciation se déduisait d'une instance introduite en Belgique par le même demandeur, qui avait déjà donné lieu à un jugement.<sup>1675</sup>

La Cour confirma sa jurisprudence 10 ans plus tard dans une espèce portant sur un véritable conflit de procédures.<sup>1676</sup> *In casu*, la Cour d'Appel de Paris avait constaté que le demandeur à l'origine de la procédure avait déjà actionné les mêmes défendeurs devant un tribunal anglais, en délivrance d'un legs.<sup>1677</sup> La Cour de cassation estima que l'arrêt entrepris avait à bon droit déduit de l'assignation devant un tribunal étranger la renonciation dans le chef du demandeur au bénéfice de l'article 14. En d'autres termes, la Cour d'Appel avait pu se déclarer incompétente sans violer cette disposition. Ce faisant, la Cour reconnut la possibilité pour le défendeur de s'opposer, même si ce n'est qu'indirectement, à la multiplication de procédures par le même demandeur. Des décisions ultérieures confirmèrent qu'une partie pouvait opposer la renonciation au plaideur qui a pris l'initiative du débat judiciaire à l'étranger.<sup>1678</sup>

**382. Renonciation au privilège du défendeur national** - La renonciation à un privilège de juridiction permettait, sans pour autant accepter la litispendance, de faire barrage à un plaideur qui tentait de multiplier les procédures. Le privilège du défendeur institué par l'article 15 du Code civil fut également soumis à la même limitation. Un défendeur français assigné devant un tribunal étranger et acceptant le débat au fond devant ce tribunal, était également présumé avoir renoncé au privilège de se défendre devant les tribunaux français.

En pratique cependant la renonciation au privilège de l'article 15 n'était que d'une utilité *limitée* pour s'opposer à une procédure concurrente. Pour que la renonciation à cette disposition empêcha un plaideur de saisir les tribunaux du for, il fallait qu'elle émanasse des deux parties. L'article 15 ne pouvait en effet être écarté que par la double renonciation du défendeur *et* du demandeur puisqu'il instaure un double privilège de juridiction : d'une part le défendeur français peut revendiquer le droit d'être assigné devant les tribunaux de son Etat; d'autre part un plaideur peut attirer son adversaire devant les tribunaux du pays de ce dernier sur le seul fondement de sa nationalité.<sup>1679</sup> Ceci

<sup>1674</sup> Cass., 15 novembre 1827, *Sirey*, 1828, I, 124; *Dalloz*, 1828, I, 23. M. Bonfils cite également un arrêt de la Cour de cassation en ce sens, prononcé le 8 pluviôse de l'an XII : H. BONFILS, *De la compétence des tribunaux français...*, précité, 82, n° 89.

<sup>1675</sup> Jugement de débouté, qui fut confirmé en appel, après quoi le demandeur s'en fut frapper à la porte des tribunaux français.

<sup>1676</sup> Cass. fr., 14 février 1837, *Sirey*, 1837, I, 251; *Dalloz*, 1837, I, 100.

<sup>1677</sup> Paris, 3 mai 1834, *Sirey*, 1834, II, 305.

<sup>1678</sup> P. ex. Cass., 24 février 1846, *D.P.*, I, 153; *S.*, 1846, I, 474 (en l'espèce le demandeur en France avait déjà été débouté de sa demande devant le tribunal de Louisiane); Cass., 19 avril 1859, *S.*, 1859, I, 411; Cass., 13 février 1882, *S.*, 1882, I, 341. V. dans la littérature de l'époque, J. BISSON, "L'étranger qui assigne un Français devant un tribunal étranger ne peut plus saisir les tribunaux français de la même demande, alors que le Français a accepté la juridiction étrangère", note sous Caen, 2 juillet 1890, *Pard. fr. pér.*, 90.2.195.

<sup>1679</sup> Sur le double caractère du privilège de l'article 15, v. P. MAYER, 1998, 190, n° 290 et 194, n° 297. La renonciation à l'article 14 peut au contraire être purement unilatérale et se déduire du seul comportement du demandeur à l'étranger.

explique qu'il était plus difficile au défendeur de s'opposer à la saisine du juge français en alléguant que le demandeur, assigné à l'étranger, y avait engagé un débat sur le fond.<sup>1680</sup>

On ne trouve d'ailleurs que fort peu de décisions ayant accepté qu'un plaideur ait renoncé, dans le cadre de procédures concurrentes, au bénéfice de l'article 15.

**383. La renonciation également acceptée en droit belge** - Les tribunaux belges ont rapidement emboîté le pas à la jurisprudence française. Des décisions anciennes confirmèrent que le privilège de juridiction instauré par l'article 14 du Code civil ne concernait pas l'ordre public. Un plaideur pouvait donc y renoncer, par exemple en portant son action devant un juge étranger. C'est ainsi que la Cour d'Appel de Bruxelles décida en 1853 qu'en principe un plaideur pouvait être privé du privilège déduit de sa nationalité lorsqu'il a participé à la procédure devant un juge étranger.<sup>1681</sup> En l'espèce la Cour rejeta toutefois la fin de non-recevoir soulevée par le défendeur en notant que le demandeur, défendeur devant les tribunaux français, n'avait pas accepté "la juridiction et la compétence du tribunal de Valenciennes".

Même si une décision isolée a rejeté, au nom de la "souveraineté nationale", l'application de l'adage *electa una via excluditur altera*,<sup>1682</sup> le principe de la renonciation fut accepté sans susciter de controverses.<sup>1683</sup> Il a d'ailleurs pu en appeler à l'autorité du ministère public près la Cour de Cassation. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *France*,<sup>1684</sup> l'avocat général Cloquette n'a en effet laissé subsister aucun doute sur la validité de cette interprétation de l'article 14. Selon l'avocat général, la "faculté que l'article 14 confère au belge, de porter son action devant les tribunaux de Belgique [...] constitue un droit purement privé, qui ne se rattache pas aux principes du droit public et à la souveraineté

<sup>1680</sup> La charge de la preuve est sans doute plus lourde mais la tâche n'est pas pour autant impossible. La Cour d'Appel de Paris a ainsi accepté dans une décision plus récente qu'un époux "qui a accepté que la question de la dissolution du mariage soit soumise au juge américain saisi par son épouse", avait renoncé au bénéfice de l'article 15. La Cour rejeta dès lors sa demande en ce qu'elle était fondée sur cette disposition : Paris, 15 nov. 1991, *D.*, 1992, IR, 60. V. aussi TGI Nancy, 19 janvier 1970, *D.*, 1970, 417; TGI Grasse, 2 avril 1963, *D.*, 1965, 266; Douai, 9 mai 1980, *R.C.D.I.P.*, 1980, 603, note Foyer, confirmé par Cass. fr., 21 octobre 1981, *J.C.P.*, 1982, éd. G., IV, 12; Cass. fr., 16 février 1965, *J.D.I.*, 1965, 628; *R.C.D.I.P.*, 1966, 641; Cass. fr., 15 nov. 1994, *J.C.P.*, 1995, éd. G., IV, n° 129.

En pratique la renonciation au privilège du défendeur joue un rôle plus important dans le cadre de la reconnaissance des jugements étrangers puisque la jurisprudence française a érigé l'article 15 en règle de compétence indirectement exclusive (P. ex. Cass. fr., 2 mai 1928, *D.*, 1929, I, 50; S., 1928, I, 281; Cass. fr., 9 nov. 1971, *D.*, 1972, 178; *R.C.D.I.P.*, 1072, 314, note Holleaux; Cass. fr., 23 juin 1982, *R.C.D.I.P.*, 1983, 314). Le français défendeur à l'étranger ne peut donc plus s'opposer à l'exequatur d'une décision rendue contre lui lorsqu'il a renoncé à la compétence française (v. B. AUDIT, 1997, 390-392, n° 459-460).

La jurisprudence belge n'a au contraire jamais conféré une portée exclusive au privilège de l'article 15. En ce sens, M. FALLON et H. BORN, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1986-1990)", *J.T.*, 1992, (425), 430, n° 105, qui renvoient à une décision inédite de Liège, 5 décembre 1988, en ce sens. Il ne peut donc être invoqué, comme il l'est en France, pour empêcher la reconnaissance ou l'exécution d'une décision étrangère. Pour une comparaison du rôle joué par les articles 14 et 15 en droit belge et français, v. E. PATAUT, *o.c.*, 1999, 84-88, n° 124-129.

<sup>1681</sup> Bruxelles, 20 avril 1853, *Pas.*, 1855, II, 18.

<sup>1682</sup> Comm. Bruxelles, 21 février 1859, *J.P.A.*, 1859, 28.

<sup>1683</sup> V. par exemple Bruxelles, 12 avril 1866, *Pas.*, 1869, II, 318 (la Cour accepte le principe de la renonciation tout en décidant en l'espèce que "il est impossible d'admettre qu'en manifestant l'intention d'atteindre les biens de l'appelant situés en Hollande, les intimées aient entendu renoncer à faire valoir leurs droits sur les biens qu'elles possédaient en Belgique").

<sup>1684</sup> Cass., 12 juin 1862, *Pas.*, 1852, I, 319.

nationale; il n'est pas douteux que le belge puisse y renoncer".<sup>1685</sup> Cette position trouva écho dans la doctrine de l'époque.<sup>1686</sup> De même, un plaideur pouvait-il s'opposer à la saisine du tribunal belge en alléguant la renonciation au privilège de l'article 15, dont on a pu penser, à tort, qu'il avait été abrogé par la loi de 1876.<sup>1687</sup> A l'instar de la pratique française, la renonciation à cette disposition sera toutefois d'un intérêt limité, d'autant plus que les tribunaux lui ont très tôt conféré un caractère *subsidaire*, l'article 15 n'étant appelé à jouer qu'à défaut d'autre chef de compétence permettant de saisir un tribunal belge.<sup>1688</sup>

**384. Une jurisprudence qui persistera tout au long du siècle** – Les articles 14 et 15 conserveront leur importance en droit français tout au long du 19<sup>ème</sup> siècle; l'exception de renonciation continuera dès lors à jouer son rôle d'expédient à la litispendance et de mettre un frein aux abus les plus manifestes.<sup>1689</sup> En droit belge, la fiction de la renonciation survivra à l'adoption de la loi du 25 mars 1876.<sup>1690</sup> Son champ d'application fut toutefois fort réduit du fait de la nouvelle physionomie des règles de compétence.

<sup>1685</sup> Cass., 12 juin 1862, *Pas.*, 1862, I, (319), 327. En l'espèce le pourvoi invoquait la violation de l'article 14 parce que le tribunal belge avait refusé de déclarer irrecevable une demande dont le demandeur avait auparavant saisi les tribunaux hollandais. Il ne s'agissait plus de procédures parallèles, puisque le tribunal de Maastricht avait déjà rejeté la demande comme irrecevable. Le mécanisme de la renonciation était dès lors invoqué non comme un substitut à la litispendance, mais bien en tant qu'ersatz d'exception de chose jugée.

<sup>1686</sup> Laurent, qui ne cachait pas son mépris pour l'article 14, disposition qu'il jugeait "infamante", concédait que ce privilège était uniquement établi en faveur du "régnicole" et que celui-ci pouvait dès lors y renoncer : F. LAURENT, *Droit civil international*, Bruxelles, Bruylant, IV, 1880, 39-40, n° 17. DE PAEPE ne disait pas autre chose dans ses *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, 1880, I, deuxième étude, 71-72, n° 19.

<sup>1687</sup> Seuls MM. De Paeppe et Ganshof défenderont la thèse de l'abrogation tacite de cette disposition (DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, cinquième étude, I, Bruxelles, Bruylant, 1900, 141-144, n° 7-8 et L. F. GANSHOF, "La compétence générale des tribunaux belges à l'égard des Belges en matière d'état et de capacité", *J.T.*, 1976, 93.).

La majorité de la doctrine se rallie à l'opinion de M. Graulich, selon qui l'article 15 a survécu à la loi de 1876 : P. GRAULICH, *Principes de droit international privé. Conflit de lois, conflits de juridictions*, Paris, Dalloz, 1961, 184-185, n° 240. V. G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal Privaatrecht*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, 35, n° 56; A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, Gand, Mys & Breesch, 1995, 59, n° 130; F. RIGAUX et M. FALLON, 1993, 199, n° 816; M. FALLON et H. BORN, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1983-1985)", *J.T.*, 1987, (473), 483, n° 130; M. FALLON et H. BORN, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1978-1982)", *J.T.*, 1983, (197), 220-221, n° 171; J. ERAUW, *Beginnselen van internationaal privaatrecht*, Gand, Story-Scientia, 1985, 47; J. LAENENS, *De beweegheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, Anvers, Kluwer, 1981, 143, n° 491; K. LENAERTS, "Kroniek van het internationaal privaatrecht (1980-1985)", *R.W.*, 1986-1987, (1858), 1878, n° 26; F. LAURENT, *Droit civil international*, IV, Bruxelles, Bruylant, 1880, 32-33, n° 12-14 (implicite); F. REYNTJENS et K. VUYLSTEKE, "Artikel 15 B.W.", *Commentaar Personen en Familierecht*, Kluwer, 2, n° 2; R. VANDER ELST, "L'article 15 du Code civil a-t-il été tacitement abrogé?", *J.T.*, 1976, 317.

Les tribunaux font régulièrement appel à l'article 15 pour fonder leur compétence : Bruxelles, 15 janvier 1964, *J.T.*, 1964, 202; Civ. Liège, 20 nov. 1985, *Jun. Liège*, 1981, 187; Civ. Namur, 22 déc. 1981, *Jun. Liège*, 1982, 147; Civ. Liège, 29 oct. 1982, *J.L.*, 1983, 80; C. Trav. Bruxelles, 14 mai 1985, *Reu. dr. soc.*, 1985, 380; Bruxelles, 18 mars 1987, *J.T.*, 1988, 195.

<sup>1688</sup> G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *oc.*, 1989, 35, n° 56 ("[...] suppletieve betekenis, in die zin dat het enkel ter sprake komt wanneer geen enkele van de andere bevoegdheidsgronden aanwezig is"). Dans le même sens, J. LAENENS, *oc.*, 1981, 144, n° 492.

<sup>1689</sup> V. dans la jurisprudence des tribunaux du fond : Lyon, 17 oct. 1886, *J.D.I.*, 1887, 186 (la Cour refuse de se déclarer incompétente alors que le défendeur en France avait saisi auparavant les tribunaux américains, parce qu'on ne saurait faire résulter la renonciation du seul fait que le demandeur en France a conclu sur le fond devant le juge américain); Paris, 25 juillet 1877, *J.D.I.*, 1878, 161 (résumé) (accepte le principe de la renonciation, qui est cependant rejetée en l'espèce parce que la renonciation à l'article 14 "doit être aussi notoire et aussi absolue que son droit lui-même"); Paris, 9 juillet 1884, *J.D.I.*, 1884, 626 (accepte le principe de la renonciation, mais en l'espèce, les demandeurs n'ont pas renoncé à l'article 14 du seul fait qu'ils ont accepté le débat en Belgique).

<sup>1690</sup> Loi du 25 mars 1876. Sur cette loi, v. F. LAURENT, "De la compétence des tribunaux belges relativement aux étrangers", *J.D.I.*, 1877, 496-511; P. DE PAEPE, "Des règles générales de compétence consacrées par la loi du 25 mars 1876 à l'égard des étrangers", in *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, Bruxelles, Bruylant, 1900, I, 127-165.

Avec la loi de 1876, le droit belge est en effet passé d'un système où la compétence judiciaire internationale, émanation du pouvoir souverain, était fondée sur la nationalité des sujets, à une conception plus ouverte où cette compétence était déduite en grande partie d'un principe de proximité.<sup>1691</sup> L'importance décroissante de la nationalité comme chef de compétence réduisit d'autant la possibilité d'invoquer la renonciation dans le chef du demandeur. La fiction de la renonciation subsista toutefois à l'égard de l'article 53 de la loi de 1876, qui remplaça le privilège de nationalité du demandeur par un privilège conditionnel basé sur le domicile de celui-ci.<sup>1692</sup> De façon surprenante, on appliqua au privilège domiciliaire le même traitement qu'au privilège de nationalité. Les commentateurs de la loi admirent ainsi qu'un défendeur pouvait soulever une exception d'irrecevabilité lorsque son adversaire avait renoncé, en engageant une instance à l'étranger, au droit d'être jugé devant les tribunaux belges.<sup>1693</sup> Et les tribunaux confirmèrent qu'il était possible de renoncer au privilège de l'article 53.<sup>1694</sup>

**385. Distinction et confusion entre litispendance et renonciation** – Ainsi les tribunaux mettaient-ils déjà au 19<sup>ème</sup> siècle, par le biais de l'exception de renonciation, à une catégorie particulière de conflit de procédures. La volonté présumée des parties, ou du moins du demandeur, a ainsi également été invoquée pour permettre de contourner les limites sévères qui enserraient l'effet des jugements étrangers.<sup>1695</sup>

<sup>1691</sup> Contrairement aux tribunaux français, la jurisprudence belge avait d'ailleurs très tôt refusé de consacrer un quelconque principe d'incompétence des tribunaux belges à l'égard des litiges entre étrangers, v. Cass., 12 mars 1840, *Pas.*, 1840, I, 316; Cass. 3 août 1848, *Pas.*, 1848, I, 358 et plus tard, Cass., 1 oct. 1880, *Pas.*, 1880, I, 292. V. l'approbation de F. LAURENT, *Droit civil international*, Bruxelles, Bruylant, IV, 8-18 et de P. DE PAEPE, "De la compétence relative aux contestations entre étrangers sous l'empire du code civil", in *Etudes sur la compétence civile* ... , 1900, I, 91-126.

<sup>1692</sup> On sait que l'article 14 n'a pas survécu à l'adoption par le législateur de 1876 de règles de compétence internationale mettant sur le même pied les belges et les étrangers, même s'il a fallu attendre 1949 pour obtenir confirmation expresse de l'abrogation de cette disposition (article 29 de la loi du 15 décembre 1949 corrigeant les termes périmés du texte français du Code civil et y constatant certaines abrogations tacites). Sur le fait que la loi du 25 mars 1876 a tacitement aboli l'article 14, v. F. LAURENT, "De la compétence des tribunaux belges relativement aux étrangers", *J.D.I.*, 1877, (496), 505-506 (implicite).

<sup>1693</sup> A. BONTEMPS, *Traité de la compétence en matière civile ou commentaire doctrinal, législatif et de jurisprudence de la loi du 25 mars 1876*, III, Liège/Bruxelles, Grandmont/Mayolez, 1885, 712-719, n° 10-14 et TH. BORMANS, *Code de procédure civile. Commentaire législatif et doctrinal*, Bruxelles, Larcier, 1877, 515-517 et 574-576 et du même, *Commentaire législatif et doctrinal du Code de procédure civile belge*, I, Bruxelles, Larcier, 1884, 281-282, n° 957-959.

<sup>1694</sup> P. ex. Comm. Bruxelles, 30 décembre 1897, *Pas.*, 1899, III, 152; Bruxelles, 24 février 1879, *Pas.*, 1879, II, 203 (renonciation au droit de saisir les tribunaux belges en raison d'une convention prévoyant l'arbitrage en Angleterre); Comm. Anvers, 30 septembre 1881, *J.P.A.*, 1881, 381 (pas de renonciation en l'espèce); Bruxelles, 30 décembre 1890, *Pas.*, 1891, II, 159; Comm. Anvers, 28 janvier 1895, *J.P.A.*, 1896, 14.

<sup>1695</sup> On constate en effet qu'au 19<sup>ème</sup> siècle, l'artifice de la renonciation ou du contrat judiciaire était utilisé pour permettre à une partie d'invoquer un jugement étranger en France ou en Belgique sans devoir passer par la procédure d'exequatur et la révision au fond qu'elle impliquait. A défaut de pouvoir invoquer la chose jugée tirée d'une décision étrangère qui n'avait pas reçu l'exequatur, une partie qui avait déjà été attirée à l'étranger pouvait s'opposer à de nouvelles poursuites initiées par le même adversaire en s'appuyant sur la renonciation tacite qui découlerait de l'action antérieure. La renonciation servait donc d'expédient non seulement à l'exception de litispendance, mais également, à un stade ultérieur, à celle de chose jugée. M. Bontemps expliquait ainsi que la fin de non recevoir tirée de la renonciation faite, par le belge, à la juridiction des tribunaux de son pays, pouvait être opposée "même dans l'hypothèse où l'instance aurait été terminée à l'étranger par un jugement définitif" (A. BONTEMPS, *Traité de la compétence en matière civile*, III, 1885, 662; du même, *Traité de la compétence en matière civile*, II, 1885, 194-195, n° 33 et par exemple Bruxelles, 18 novembre 1931, *J.P.A.*, 1931, 432 (pour déclarer recevable une demande qui porte sur le même litige que celui déjà tranché auparavant par un tribunal allemand, la Cour constate qu'il ne s'est pas formé de contrat judiciaire devant la juridiction étrangère et "qu'on ne peut induire de ce qu'un demandeur a d'abord assigné son débiteur devant un tribunal étranger, qu'il a nécessairement et par ce seul fait, renoncé au droit que lui confère la législation belge de poursuivre ledit débiteur devant les tribunaux belges", p. 437. La litispendance a comme souvent suivi le chemin tracé par le régime des jugements étrangers (cf. *infra*, sur la parenté entre ces deux institutions).

L'artifice avait également permis aux tribunaux néerlandais d'accorder un certain effet aux décisions étrangères, v. le fameux arrêt du manteau de fourrure (*Bontmantel-arrest*), dans lequel le Hoge Raad a déduit du principe général de bonne foi et de l'attitude d'une partie devant les juridictions étrangères la possibilité d'accorder un

Avec la renonciation, les tribunaux visaient certes sans doute avant tout à atténuer les effets de privilèges de juridiction dont ils percevaient intuitivement le caractère exorbitant.<sup>1696</sup> La présomption de renonciation dans le chef du demandeur permettait toutefois également de mettre fin aux procédures concurrentes les plus abusives, car l'oeuvre de la même personne, tout en sauvegardant les apparences, et surtout le dogme de la territorialité de la litispendance. La voie détournée de la renonciation constituait à ce titre une première forme d'abstention.<sup>1697</sup>

Sur le plan de la technique juridique on ne peut confondre les deux raisonnements : si le juge s'abstient lorsqu'un plaideur français qui a volontairement agit à l'étranger, entend le saisir également alors que l'instance étrangère est encore pendante, ce n'est pas en raison de la saisine antérieure du juge étranger mais bien à défaut de compétence.<sup>1698</sup> Dans les faits, le résultat est toutefois le même puisque seule une des procédures subsiste. On comprend dès lors que M. Holleaux écrivait que la fiction de la renonciation aboutissait "à travestir des cas de litispendance en cas d'incompétence".<sup>1699</sup> En portant le débat sur le terrain de la compétence, les tribunaux pouvaient interdire à une partie de renouveler sans aucune limite sa demande, tout en préservant le principe de l'irrecevabilité de la litispendance internationale. Dans l'esprit des juges, la différence était sans doute de taille : si la demande était rejetée, ce n'était pas en déférence à la saisine antérieure du juge étranger, mais tout simplement parce qu'ils n'étaient pas compétents.

### 386. Distinction et confusion entre litispendance et renonciation (suite) -

L'exception de renonciation joue ainsi le rôle de 'substitut' à la litispendance - ce que révèle d'ailleurs la façon dont les tribunaux abordent le problème : la fin de non recevoir déduite de la renonciation était en effet systématiquement invoquée en complément à une exception de litispendance dont le tribunal s'empressait de noter qu'elle était irrecevable, pour ensuite examiner si le comportement du demandeur à l'étranger révélait l'intention de renoncer au privilège de saisir les tribunaux du for.<sup>1700</sup> La proximité entre

---

certain effet à une décision anglaise, HR, 14 novembre 1924, *N.J.*, 1925, 91 et les commentaires de E. M. MEIJERS, *W.P.N.R.*, 125, n° 2878, 2879 et 2881. En l'espèce, la Cour a reconnu un certain effet à une décision anglaise, passant outre l'interdiction de l'article 431 WRv. Pour rejeter une demande dont avaient été saisi les tribunaux néerlandais, la Cour observa que la demanderesse avait été déboutée de la même demande par les tribunaux anglais et que "het in strijd zou zijn met de goede trouw en billijkheid, zo aan de eiseresse werd toegestaan, hare vordering nadat en omdat deze door de Engelse rechter, wier tussenkomst zij vrijwillig had ingeroepen, was ontzegd, opnieuw aan het oordeel van de Nederlandse rechter te onderwerpen". Dans la même veine, v. la jurisprudence néerlandaise qui, pour contourner l'interdit de l'article 431, décide qu'un jugement étranger peut être exécuté aux Pays-Bas sans révision au fond lorsque le juge étranger a fondé sa compétence sur une clause d'élection de for (HR, 17 décembre 1993, *N.J.*, 1994, 349, avec une note de J. C. SCHULZ, v. D. KOKKINI-IATRIDOU et J. P. VERHEUL, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters", in *Netherlands Reports to the Twelfth International Congress of Comparative Law*, T.M.C. Asser Instituut, La Haye, 1987, (189), 229). Dans le même sens, une certaine jurisprudence suédoise citée par G. WALTER et S. BAUMGARTNER, « General Report », précité, 10. Sur les avatars du contrat judiciaire en droit contemporain, v. Y MULLER, v° Contrat judiciaire, *Rép. Proc. Civ. Dalloz*, 1996 et la thèse défendue par ce même auteur sous le titre *Le contrat judiciaire en droit privé*, Paris I, 1995.

<sup>1696</sup> Foelix voyait d'ailleurs dans la renonciation "un heureux retour aux rapports de bon voisinage qui doivent exister entre les nations dans leur intérêt commun" (M. FOELIX, *ac.*, I, 1886, 369, n° 181).

<sup>1697</sup> V. les observations de D. HOLLEAUX, *lc.*, *Travaux comité français DIP*, 1971-1973, 207-208.

<sup>1698</sup> V. D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, 166-168, n° 158.

<sup>1699</sup> D. HOLLEAUX, *lc.*, *Travaux comité français DIP*, 1971-1973, 208.

<sup>1700</sup> Par exemple dans la jurisprudence belge, Comm. Anvers, 30 septembre 1881, *J.P.A.*, 1881, 381; Comm. Anvers, 12 février 1890, *J.P.A.*, 214; Comm. Anvers, 28 janvier 1895, *J.P.A.*, 1896, 14. Dans la jurisprudence française, p. ex Lyon, 17 octobre 1886, *J.D.I.*, 1887, 186; Paris, 9 juillet 1884, *J.D.I.*, 1884, 626; Paris, 25 juillet 1877, *J.D.I.*, 1878, 161 (résumé).

les deux techniques entraînaient parfois même une certaine *confusion*, la fin de non-recevoir tirée de la renonciation étant assimilée à une véritable exception de litispendance.

Ainsi le tribunal de la Seine s'est-il par exemple dans une décision rendue en 1879 déclaré incompetent en accueillant l'exception de litispendance invoquée par la défenderesse à raison d'une instance engagée en Roumanie.<sup>1701</sup> Pour décider que "l'exception de litispendance [...] doit être admise", le tribunal souligna que "si l'article 14 du Code Napoléon laisse au régnicole la faculté d'option entre la juridiction étrangère [et la juridiction française], il ne lui est loisible de saisir les tribunaux français, après avoir saisi les tribunaux étrangers" que lorsque sa demande à l'étranger est déclarée irrecevable. En d'autres termes, la litispendance est déduite de la renonciation à invoquer l'article 14 !<sup>1702</sup>

D'autres, et non des moindres, se sont laissés prendre. *Foelix* enseignait par exemple que la litispendance pouvait être accueillie lorsque le demandeur avait renoncé par l'exercice de son action à l'étranger, au droit que lui conférait l'article 14.<sup>1703</sup> On pouvait observer la même confusion dans la doctrine belge de l'époque.<sup>1704</sup> On verra que l'ambiguïté permettra au 20<sup>ème</sup> siècle d'opérer le passage de l'exception de renonciation vers celle de la litispendance.<sup>1705</sup>

Il importe maintenant de montrer comment, après avoir accepté le principe de la renonciation, les tribunaux ont dans le même temps considérablement réduit la portée de cette technique.

(b) Une jurisprudence restrictive : l'interprétation de la renonciation

**387. Comparaison entre la renonciation et la litispendance** - L'exception de renonciation fait figure de solution d'expédient, à défaut d'un véritable déclinatoire de litispendance internationale. Elle en possède certaines caractéristiques, par exemple la nécessité d'une identité à la fois objective et subjective entre les deux procédures.<sup>1706</sup> Elle

<sup>1701</sup> Trib. Civ. Seine, 26 août 1879, *J.D.I.*, 1880, 191.

<sup>1702</sup> En appel (Paris, 9 août 1881, *J.D.I.*, 1882, 202), la Cour réforma le jugement entrepris, en constatant qu'en l'espèce, il n'y avait pas eu renonciation. La Cour ne semble pas pour autant distinguer litispendance et renonciation.

<sup>1703</sup> *Traité de droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations en matière de droit privé*, I, 4ème éd., par DEMANGEAT, Paris, 1886, 369-375, n° 182. L'annotateur de la quatrième édition de l'ouvrage, Ch. Demangeat, s'était même risqué à préciser en note que "la pensée de M. Foelix n'est peut-être pas exprimée ici très clairement"!, note p. 373.

<sup>1704</sup> La confusion est par exemple entretenue par G. BELTJENS, *Encyclopédie de droit civil belge. Code de procédure civile*, Bruxelles, Bruylant, 1908, "article 50", 374, n° 66, qui dans le même alinéa analyse la renonciation et la litispendance. Dans sa cinquième étude (in *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, I, 1900, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 149, n° 11) M. de Paepé écrivait qu'"il n'est pas défendu [...] au juge belge de déduire d'une instance engagée devant un juge étranger une exception de litispendance fondée non sur l'article 50 de la loi du 25 mars 1876, mais sur le contrat judiciaire intervenu devant ce juge". Du même, "Article 50 du nouveau Code de procédure civile", *B.J.*, 1884, (225), 229-230, n° XLIV.

<sup>1705</sup> Certains avaient toutefois déjà perçu la différence. M. Bonfils écrivait par exemple qu'il convenait de séparer litispendance et renonciation, qui étaient "presque toujours maladroitement liées [...] par les plaideurs" : H. BONFILS, *De la compétence des tribunaux français...*, précité, 78, n° 86.

<sup>1706</sup> Ainsi il n'y a pas renonciation lorsque les actions successivement intentées à l'étranger et dans le for différent par leur objet ou leur cause (p.ex. Paris, 1 décembre 1969, *R.C.D.I.P.*, 1971, 295, note A. HUËT, qui rejette la renonciation parce que l'action intentée par l'épouse devant les tribunaux anglais visait à obtenir une pension alimentaire alors qu'elle avait assigné son mari devant le juge français en contribution aux charges du mariage; v. également Paris, 30 janvier 1965, *R.C.D.I.P.*, 1966, 473, note P.L.).

s'en distingue toutefois par un champ d'application plus restreint.<sup>1707</sup> Par hypothèse, l'exception de renonciation est liée à certains chefs de compétence. Hors les articles 14 et 15 du Code civil, point de salut pour la renonciation.

L'exception de renonciation ne pourra ensuite être invoquée qu'en présence d'une certaine configuration procédurale. On a vu qu'en pratique, elle n'est efficace que lorsque les deux procédures ont été engagées par la même partie. Dans l'hypothèse des demandes croisées, il sera plus difficile d'opposer la renonciation au demandeur qui a été assigné à l'étranger.<sup>1708</sup> Le défendeur à l'étranger n'aura donc pas les mains liées par l'existence d'une procédure étrangère.<sup>1709</sup>

**388. La renonciation ne se présume pas** - L'exception de renonciation n'a donc pas la même portée qu'une véritable litispendance. Il en est d'autant plus ainsi que les tribunaux ont toujours rejeté toute présomption de renonciation. La jurisprudence a dès le début souligné que la simple introduction d'une procédure devant un juge étranger ne suffisait pas pour emporter la preuve de la renonciation. Encore fallait-il, selon les tribunaux, que les circonstances particulières de la cause révèlent une volonté non équivoque dans le chef du bénéficiaire de renoncer au privilège de juridiction. Autant dire que la charge de la preuve qui pesait sur le demandeur à l'exception était très lourde!

La plupart des décisions insistaient ainsi sur la nécessité d'apprécier les circonstances de la cause, et surtout la volonté du plaideur à l'étranger : avait-il entendu, par sa participation au débat judiciaire engagé devant le juge étranger, renoncer "formellement" au droit que lui confère l'article 14?<sup>1710</sup>

L'introduction d'une action à l'étranger ne constituait en fait qu'une simple *indication*, qu'il appartenait au défendeur d'étayer en apportant la preuve d'autres circonstances de nature à confirmer la volonté de renonciation. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Francké*, l'avocat général Cloquette avait ainsi précisé qu'on ne "peut admettre qu'en tout cas il suffit que [le Belge] ait porté sa demande devant un tribunal étranger, pour qu'il soit censé avoir renoncé au droit de la faire juger par un tribunal de son pays".<sup>1711</sup>

<sup>1707</sup> Les deux mécanismes se rapprochent encore du fait qu'en principe il appartient au juge *second* saisi de s'abstenir en déférence à la procédure étrangère. On ne peut toutefois exclure que la renonciation soit opposée à une partie qui a saisi d'abord le tribunal du for et ensuite seulement le tribunal étranger. La deuxième procédure ferait alors disparaître la compétence du juge premier saisi. V. à l'époque contemporaine, p. ex. Paris, 9 déc. 1971, *Gaz. Pal.*, 1972, I, 213 (un Français saisit d'abord un tribunal français, puis, en cours d'instance, un tribunal étranger. La Cour décide cependant qu'à défaut de désistement, le Français n'a pas renoncé à l'article 14); Cass. fr., 30 juin 1992, *D.*, 1992, IR, 208 et 1994, 169, note Guez; *J.C.P.*, 1992, éd. G., IV, n° 510 (il y a présomption de renonciation lorsque le français saisit d'abord un tribunal français, puis, en cours d'instance, un tribunal étranger) et les observations de G. HOLLEAUX, note sous Cass., 5 mai 1962, *D.*, 1962, (718), 720.

<sup>1708</sup> Les tribunaux décident généralement qu'une renonciation ne peut être opposée à la partie assignée devant un tribunal étranger. Le simple fait de se défendre devant le tribunal étranger, ou même d'y former une demande reconventionnelle, n'emporte pas renonciation au privilège de l'article 14. P. ex. Cass. fr., 5 décembre 1978, *D.*, 1979, IR, 337, note AUDIT; *Gaz. Pal.*, 1979, 2, 355, note VIATTE; Paris, 11 février 1994, *D.*, 1994, somm. 354, note AUDIT. V. aussi A. HUET, *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 581-32, 1995, 12-13, n° 48-50.

<sup>1709</sup> Le serait-il qu'il pourrait encore invoquer l'article 15 auquel le demandeur à l'étranger n'aura pas renoncé.

<sup>1710</sup> P. ex. Cass. fr., 23 mars 1859, *D.*, 1859, 1, 265; Cass., 11 décembre 1860, *D.*, 1861, I, 169 (un capitaine ayant assigné son armateur à Marseille n'a pas renoncé au privilège de l'article 14 parce que des circonstances "extraordinaires et urgentes [...] altèrent la liberté de sa personne ou entravent ou compromettent l'exécution de ses engagements et qu'il ne peut dès lors être considéré comme ayant renoncé à saisir les tribunaux de son pays [...]").

<sup>1711</sup> Av. Gén. Cloquette, Cass., 12 juin 1862, *Pas.*, 1862, I (319), 328. V. également Bruxelles, 30 décembre 1890, *Pas.*, 1891, II, 159; *B.J.*, 1891, 59 (la Cour décide "qu'en portant sa demande devant le tribunal [étranger, le demandeur] n'a pas renoncé nécessairement, et par ce fait seul, au droit que lui reconnaît la législation belge, de

On enseignait également que l'exception de renonciation ne pouvait paralyser la procédure du for lorsque le demandeur avait été 'contraint' de s'adresser d'abord au juge étranger, par exemple parce qu'il ignorait lors de l'introduction de l'instance à l'étranger que le défendeur possédait en France des biens permettant de satisfaire un éventuel jugement.<sup>1712</sup> La saisine du juge étranger n'était pas non plus jugée emporter renonciation lorsque la décision étrangère ne pouvait pas être mise à exécution dans le for.<sup>1713</sup> Il en allait de même si le demandeur montrait que seule l'urgence l'avait poussé à saisir un juge étranger, afin de sauvegarder un droit jugé menacé.<sup>1714</sup> Enfin il n'y avait pas non plus renonciation selon les tribunaux lorsque le juge étranger avait été saisi dans l'espoir d'éviter les aléas et la difficulté d'une procédure d'exequatur.<sup>1715</sup>

**389. La renonciation ne se présume pas (suite)** - L'analyse que donnait M. Bontemps en 1885 de l'exception de renonciation trahit bien la même réticence à admettre qu'un plaideur puisse renoncer *in concreto* à se prévaloir d'un privilège de juridiction que sa loi nationale lui attribue : l'auteur posait d'abord comme principe que la renonciation "résultera généralement [...] du seul fait de l'introduction de l'instance à l'étranger".<sup>1716</sup> La généralité des termes utilisés laissait augurer une certaine sévérité à l'égard du demandeur. M. Bontemps reprenait cependant ensuite d'une main ce qu'il avait concédé de l'autre en énumérant une série de circonstances qui excluaient toute intention de renonciation dans le chef du demandeur à l'étranger. Il expliquait ainsi qu'il n'y avait pas renonciation lorsque "l'introduction de l'instance devant un tribunal étranger n'était pas le résultat du libre choix du demandeur"<sup>1717</sup> ou encore lorsque "la demande formée à l'étranger avait abouti à une décision dont il serait impossible d'obtenir l'exécution en Belgique".<sup>1718</sup>

---

poursuivre l'étranger devant les juridictions du pays", sans s'expliquer plus en détail sur les circonstances qui auraient pu entraîner une renonciation).

- <sup>1712</sup> P. ex. Cass. fr., 27 décembre 1852, S., 1853, 1, 94 (en l'espèce la Cour refusa de voir dans la saisine du juge étranger une renonciation à l'article 14 parce que le créancier avait "été forcé de poursuivre son débiteur" devant le juge étranger, ce débiteur "ne possédant en France aucune valeur saisissable qui autorise contre lui un recours sérieux et utile". L'action à l'étranger n'était dès lors pas "l'expression d'un choix librement fait et consenti, mais le résultat de la nécessité", v. également le jugement entrepris : Paris, 22 novembre 1851, S., 1851, 2, 783; Cass. fr., 31 décembre 1845, S., 1845, 1, 362; Lyon, 1 juin 1872, S., 1872, 2, 174.
- <sup>1713</sup> P. ex. Bruxelles, 30 décembre 1890, *Pas.*, 1891, II, 159 (la Cour s'appuie sur le fait que le défendeur "ne paraît posséder aucune propriété en Russie", p. 160 pour conclure à l'absence de renonciation); Bruxelles, 23 février 1878, *Pas.*, 1878, II, 137 (la Cour constate qu'une décision française ne pourrait être mise à exécution en Belgique et que dès lors, en poursuivant son adversaire devant les tribunaux français, le demandeur n'a nullement entendu renoncer à son droit d'action devant les tribunaux belges); Comm. Anvers, 30 septembre 1881, *J.P.A.*, 1881, 381 (qui, outre l'impossibilité pour le demandeur de mettre à exécution en Belgique le jugement qu'il obtiendrait en Allemagne, insiste sur "le principe de souveraineté sur lequel s'appuie la faculté du demandeur belge de saisir les juridictions belges").
- <sup>1714</sup> Cass. fr., 1 juillet 1896, S., 1900, 1, 315; *J.D.I.*, 1896, 840; Cass. fr., 11 décembre 1860, *D.*, 1861, I, 160 (la citation donnée par un français à un étranger devant le tribunal de Manille ne l'a été "que sous la pression d'une contrainte qui lui ôtait toute liberté").
- <sup>1715</sup> Paris, 28 sept. 1979, *Gaz. Pal.*, 1980, 1, 58, note Brazier; *R.C.D.I.P.*, 1981, 109, note Lequette (en l'espèce la Cour refuse de rejeter la demande en divorce d'une française qui avait déjà saisi les tribunaux américains, parce que cette saisine "pouvait se justifier par l'urgence et la nécessité puisque l'épouse pouvait redouter les lenteurs et les aléas d'une procédure d'exequatur d'une décision rendue en France" qui devait nécessairement être exécutée aux Etats Unis). *Adde* Comm. Anvers, 12 février 1890, *J.P.A.*, 1890, 214 (qui, à la suite de l'enseignement de de Paepe, fait dépendre la renonciation de l'"échange de conclusions entre les parties").
- <sup>1716</sup> A. BONTEMPS, *Traité de la compétence en matière civile*, précité, III, 713, n° 10.
- <sup>1717</sup> *Idem.*
- <sup>1718</sup> 713, n° 11. V. à la même époque les analyses de H. BONFILS, *De la compétence des tribunaux français...*, précité, 1865, 80-87 (M. Bonfils précise qu'il faut "que les circonstances qui entourent, qui accompagnent la demande intentée par le Français [à l'étranger] indiquent chez lui la volonté formelle de renoncer", p. 80, n° 88) et de CH. LACHAU, *De la compétence des tribunaux français...*, précité, 1893, 259-265.

Bref le plaideur qui excipait de la renonciation par son adversaire à un privilège de juridiction, devait faire preuve de beaucoup d'habileté pour convaincre les tribunaux de fermer leurs portes à ce dernier.<sup>1719</sup> Les juges se montraient d'une rare compréhension à l'égard du plaideur qui multipliait les demandes, compréhension qui s'exprimait souvent par le souci de ne pas "soustraire [le demandeur] à ses juges naturels".<sup>1720</sup> On ne s'étonnera pas de constater qu'en pratique l'exception de renonciation échouait quasi-systématiquement en l'absence de preuve de la volonté du demandeur de renoncer au privilège de juridiction.<sup>1721</sup>

**390. Bilan de l'exception de renonciation : une demi-mesure** – L'exception de renonciation constitue une première reconnaissance – indirecte – du mécanisme de l'abstention en droit français. Elle a permis aux tribunaux de s'opposer à ce qu'il peut y avoir de plus abusif dans le dédoublement de procédures, et d'empêcher ainsi qu'une partie puisse se prévaloir en toute liberté des frontières séparant les systèmes juridiques nationaux pour multiplier les procédures.<sup>1722</sup>

En rattachant l'exception de renonciation non pas au fait brut de la saisine du juge étranger, mais bien au comportement du plaideur et à ses intentions *in concreto*, les tribunaux ont toutefois confiné le mécanisme de la renonciation à un rôle marginal.<sup>1723</sup> Comme le noteront plus tard MM. *Batiffol* et *Lagarde*, faire dépendre la renonciation des circonstances de la cause "diminue sensiblement le bénéfice de l'assouplissement qu'apporte aux articles 14 et 15 la faculté de renonciation".<sup>1724</sup>

<sup>1719</sup> La jurisprudence française contemporaine n'a pas abandonné l'interprétation restrictive du siècle passé. M. *Audit* explique ainsi que la renonciation "doit résulter d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer" (B. *AUDIT*, 1997, 317, n° 359). Ainsi, si le français qui intente une action à l'étranger paraît renoncer à la compétence des tribunaux français fondée sur l'article 14, "l'action en France n'est cependant pas vouée à l'échec dans tous les cas" (*idem*, 318, n° 362).

<sup>1720</sup> Paris, 28 janvier 1885, *J.D.I.*, 1885, 539.

<sup>1721</sup> Pour la jurisprudence belge, v. P. ex. Bruxelles, 12 avril 1866, *Pas.*, 1869, II, 318 (la Cour constate de façon apodictique qu'en assignant le défendeur à l'étranger, "les intimés n'ont pas renoncé à soumettre leurs prétentions à la justice belge", p. 320); Bruxelles, 23 février 1878, *Pas.*, 1878, II, 137; Comm. Anvers, 30 septembre 1881, *J.P.A.*, 1881, 381; Comm. Anvers, 12 février 1890, *J.P.A.*, 1890, 214; Bruxelles, 30 décembre 1890, *Pas.*, 1891, II, 159; *B.J.*, 1891, 59; Bruxelles, 30 juin 1892, *Pas.*, 1983, II, 62; *B.J.*, 1892, 998; Bruxelles, 13 mai 1893, *Pas.*, 1893, II, 383; Comm. Anvers, 28 janvier 1895, *J.P.A.*, 1896, 14; *J.T.*, 1895, 218; Bruxelles, 18 juin 1930, *J.P.A.*, 1930, 271; Bruxelles, 18 novembre 1931, *J.P.A.*, 1931, 432; *Pas.*, 1932, II, 140. V. cependant Comm. Bruxelles, 30 décembre 1897, *Pas.*, 1898, III, 152. Dans la jurisprudence française, v. les décisions citées par H. *BONFILS*, *ac.*, 80-87 et *CH. LACHAU*, *ac.*, 259-265.

*A contrario*, Bruxelles, 20 avril 1853, *Pas.*, 1855, II, 18 (qui se base sur la circonstance que le défendeur devant les juridictions françaises n'a pas accepté la compétence de celles-ci, ce qui signifie que la décision aurait été autre si cela avait bien été le cas).

<sup>1722</sup> La jurisprudence roumaine du début du siècle avait adopté un raisonnement similaire, en admettant la possibilité pour un plaideur de renoncer à l'article 13 du Code civil roumain, équivalent de l'article 14 français, par exemple lorsqu'il a cité son créancier devant les tribunaux étrangers. V. P. *PAVELEANU*, *De la compétence des tribunaux roumains au regard des plaideurs étrangers*, Paris, Bonvalot-Jouve, 1907, 66-69.

<sup>1723</sup> Les articles 14 et 15 sont toujours en vigueur en droit français, même si leur rôle a été sensiblement restreint. L'exception de renonciation peut dès lors toujours être invoquée, comme le montre l'analyse de la jurisprudence contemporaine que donne A. *HUET*, "Articles 14 et 15", *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 581-32, 1995, 11-17. V. également *BATIFFOL* et *LAGARDE*, II, 498-499, n° 685; *HOLLEAUX-FOYER-GEOUFFRE DE LA PRADELLE*, *DIP*, 1987, 362, n° 747; B. *AUDIT*, *DIP*, 1997, 316, n° 358; P. *MAYER*, *DIP*, 1998, 189-195, n° 290-298. Si la jurisprudence a continué à faire application de la théorie de la renonciation, celle-ci a perdu une grande partie de son intérêt pratique depuis la reconnaissance explicite de la litispendance internationale.

<sup>1724</sup> H. *BATIFFOL* et P. *LAGARDE*, *DIP*, II, 504, n° 687. Mme *Gaudemet-Tallon* expliquait l'insatisfaction qu'elle éprouvait à l'égard de la jurisprudence relative à la renonciation, en notant que la jurisprudence faisait naître le risque de se livrer à des "interprétations divinatoires pour savoir si le plaideur français a ou non renoncé à son privilège juridictionnel" (H. *GAUDEMÉT-TALLON*, "Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau?", *T.C.F.D.I.P.*, 1987-88, (171), 176) et que finalement les "arrêts sur la renonciation aux articles 14 et 15, j'ai toujours l'impression que l'on tire cela aux dés" (p. 194).

Il faut sans doute voir dans cette interprétation restrictive la manifestation d'une réticence des tribunaux à céder le pas à la justice étrangère. Cette lueur d'espoir pour l'abstention s'avérait dès lors bien maigre. En reconnaissance, ne fut-ce que de manière indirecte, la possibilité d'une coordination avec les tribunaux étrangers, on avait toutefois ouvert la porte à la litispendance internationale qui n'allait pas tarder à s'imposer.

## II. LA MONTEE EN FORCE DE LA LITISPENDANCE INTERNATIONALE A L'EPOQUE CONTEMPORAINE

**391. Un changement progressif** - On a vu que tout au long du 19<sup>ème</sup> siècle, les tribunaux français se montraient pour le moins réticents à la coordination par l'abstention. C'est en vain que les plaideurs assignés devant ces tribunaux tentaient de s'opposer à leur saisine en invoquant le déclinatoire de litispendance internationale – une position d'ailleurs entérinée par la doctrine majoritaire de l'époque.<sup>1725</sup> Certes, un plaideur n'était pas entièrement libre de saisir la justice française alors qu'une procédure était déjà engagée devant un for étranger. Les limites ainsi posées à la liberté de procéder n'étaient toutefois que symboliques puisque l'interprétation restrictive de l'exception de renonciation, voie détournée empruntée par les tribunaux pour ne pas entamer le dogme de la souveraineté, conduisait la plupart du temps à son rejet.

Au cours du 20<sup>ème</sup> siècle, les choses vont changer pour la litispendance internationale. Sans doute inspiré par les succès du droit conventionnel, qui a fait tomber les barrières entre Etats (*infra*, n° 728), et encore plus par la grande libéralisation du régime des jugements étrangers, les tribunaux français vont progressivement abandonner leur réticence face au déclinatoire de litispendance. Après avoir tracé les grandes lignes de cette évolution (A), il faudra faire le bilan en dressant le panorama des conquêtes de la litispendance internationale (B).

### A. L'évolution de la jurisprudence française au 20<sup>ème</sup> siècle : l'avancée progressive de la coordination

**392. Introduction** - L'exception déduite de la renonciation ou du contrat judiciaire ne constitue pas seulement la première possibilité pour les tribunaux français de résoudre par la coordination les conflits de procédures. Elle va aussi progressivement se transformer pour donner naissance à une véritable litispendance internationale. L'accueil de l'exception de litispendance ne fut toutefois possible qu'après qu'elle se fut longtemps abritée derrière le concept plus facilement acceptable pour les tribunaux de renonciation à un privilège de nationalité. L'évolution va être longue et le résultat souvent en demi-teintes.

**393. Transformation progressive de la renonciation en une véritable litispendance** - On a déjà expliqué comment l'*exception de renonciation* a longtemps joué le rôle de substitut à la litispendance. Les tribunaux français se permettaient ainsi de rejeter

<sup>1725</sup> Pour la doctrine belge, v. p. ex. A. BONIEMPS, *Traité de la compétence en matière civile ...*, III, Liège/Bruxelles, Grandmont/Mayolez, 1885, 661-662, selon qui "La circonstance qu'une action introduite en Belgique aurait déjà été antérieurement portée devant un tribunal étranger ne pourrait pas entraîner l'incompétence de la juridiction belge". V. également TH. BORMANS, *Code de procédure civile...*, Bruxelles, Larcier, 1877, 498, n° 550 et 516, n° 576 ("L'article 50 ne s'applique pas à des causes pendantes devant des tribunaux de deux royaumes différents").

pour défaut de compétence une demande formulée par un plaideur qui avait déjà saisi un tribunal étranger. Cette jurisprudence va persister tout au long du siècle, même si son importance relative va s'amenuiser avec l'ouverture progressive des conflits de juridictions français à l'étranger<sup>1726</sup> – et notamment la jurisprudence reléguant les articles 14 et 15 au rang de règlement *subsidaire* de compétence, appelées à intervenir à défaut d'autres chefs de compétence permettant de saisir les tribunaux français.<sup>1727</sup>

Le mécanisme de la renonciation pouvait toutefois encore être invoqué à chaque fois qu'un plaideur prétendait tirer profit d'un privilège de juridiction après avoir déjà saisi la justice étrangère. M. *Holleaux* a montré comment les tribunaux ont progressivement oublié la pudeur originelle qui leur faisait chercher refuge dans un défaut de compétence pour barrer la route au plaideur labile.<sup>1728</sup> Déjà en 1896, la Cour d'Appel de Paris avait fait remarquer, en accueillant une exception de renonciation invoquée par un défendeur belge assigné par son cocontractant français devant les tribunaux français, qu'on ne pouvait tolérer que ce dernier se ménage "un recours latent" auprès des tribunaux de son pays "après avoir usé de la justice belge".<sup>1729</sup> Techniquement c'est toujours l'idée de renonciation et donc d'incompétence du juge *français* qui motive l'abstention de ce dernier. Le raisonnement utilisé laisse cependant entrevoir que le juge prend en compte l'existence même de la procédure étrangère, qu'il est anxieux de ne pas bouleverser. Il se démarque déjà de la simple pirouette qui consistait à invoquer le défaut de compétence tout en se désintéressant de l'existence d'une concurrence de procédures.<sup>1730</sup>

Le rapprochement progressif entre litispendance et renonciation se poursuivra, notamment sous l'influence d'une doctrine qui ne ménageait pas ses critiques à l'encontre de la frilosité des tribunaux français.<sup>1731</sup> Dans une espèce tranchée en 1923, le tribunal de commerce de Nantes décida par exemple que "lorsqu'un Français a déféré son action à un Tribunal étranger, il reconnaît par là même à ce tribunal étranger l'autorité qui aurait

<sup>1726</sup> Les tribunaux français ont ainsi admis leur compétence pour statuer sur les litiges entre étrangers, ce qui a nécessité l'élaboration *prester legem* d'un ensemble de règles de compétence pour ces litiges qui ne sont pas visés par les articles 14 et 15 : Cass. fr., 21 juin 1948, *R.C.D.I.P.*, 1949, note PH. FRANCESCAKIS; *S.*, 1949, 1, 121, note NIHOYET; *J.C.P.*, 1948, II, 4422 (arrêt *Patino*); Cass. fr., 30 oct. 1962, *R.C.D.I.P.*, 1963, 387, note FRANCESCAKIS; *J.D.I.*, 1963, 1072; *D.*, 1963, 109, note HOLLEAUX (arrêt *Scheffel*).

<sup>1727</sup> Cass. fr., 1 avril 1981, *J.D.I.*, 1981, 813, note Alexandre; *D.*, 1982, IR, 69, note B. AUDIT et surtout l'arrêt *Orliac*, Cass. fr., 19 nov. 1985, *D.*, 1986, Jurispr., 362; *R.C.D.I.P.*, 1986, 712, note Lequette; *J.D.I.*, 1986, 719, note HÜET. Récemment Cass. fr., 8 juin 1999, *R.C.D.I.P.*, 2000, 35, note P. REMY-CORLAY (la Cour souligne dans un obiter dictum que deux époux français avaient "renoncé au privilège de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil en choisissant d'un commun accord la compétence des juridictions des Etats-Unis").

<sup>1728</sup> *L.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1971-73, 208.

<sup>1729</sup> Paris, 17 juin 1896, *J.D.I.*, 1897, 521. En l'espèce le défendeur belge avait saisi le tribunal de Dinant pour obtenir la résolution de la vente d'un cheval. Son cocontractant français avait d'abord fait défaut avant de faire opposition au jugement, puis appel de celui-ci, tout en participant personnellement à l'expertise. La Cour en déduisit qu'il "s'est soumis librement et sciemment à la juridiction belge".

<sup>1730</sup> V. également à la même époque la décision de la Cour d'appel de Bordeaux, 8 novembre 1896, *J.D.I.*, 1897, 554 (procédure engagée en France par deux commerçants chiliens contre une manufacture française, qui invoque une exception de litispendance en raison d'une instance engagée entre les mêmes parties au Chili. La Cour note que ce dernier litige n'a été introduit que postérieurement à la demande française, que l'article 171 du Code de Proc. Civile "n'est applicable qu'à des instances liées devant les tribunaux français" et qu'aucun contrat judiciaire ne s'est formé entre les plaideurs, qui pourrait être opposé aux demandeurs. Il est frappant de voir que la construction du "contrat judiciaire" semble dans l'esprit de la Cour ressortir directement à la litispendance). *Comp.* avec la décision plus orthodoxe de la Cour d'Appel d'Orléans, 18 novembre 1896, *J.D.I.*, 1897, 326.

<sup>1731</sup> P. ex. A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, II, Grenoble/Paris, Allier/Sirey, 1924, 498-499 (qui reprochait à la pratique française "une préférence trop marquée pour la territorialité des lois de procédures, p. 499, n° 645). *Comp.* cependant E. L. A. AUDINET, *Principes élémentaires du droit international privé*, 2ème éd., Paris, Pédone, 1906, 328-329, n° 429 (l'auteur s'en tient classiquement à l'exception de renonciation aux articles 14 et 15 sans mentionner une éventuelle litispendance).

appartenu au tribunal français pour trancher la contestation”. Et le tribunal d’en déduire que si le français actionne ensuite son adversaire devant la juridiction française, “il peut se voir opposer l’exception de litispendance”.<sup>1732</sup> Il n’est plus question d’incompétence, le tribunal évoque au contraire la litispendance! Le masque de la renonciation ne cache plus la véritable nature du raisonnement, qui ressortit directement à la litispendance. En l’espèce le dispositif du jugement ne laisse aucun doute sur les intentions du tribunal, qui admit l’exception de litispendance invoquée par le défendeur, en notant que le demandeur, les Chocolateries Armoricales, avaient conclu sur le fond devant la Haute Cour de Londres. Ce faisant les Chocolateries avaient selon le tribunal “spontanément et volontairement accepté de porter devant la juridiction anglaise la solution d’un litige qui devait normalement ressortir de ce tribunal; qu’il y a donc lieu, en conséquence, d’admettre l’exception de litispendance”.<sup>1733</sup> Cette première évolution n’empêchera pas les tribunaux de persister à rejeter l’exception de litispendance lorsqu’elle est invoquée en dehors de toute prétendue renonciation.<sup>1734</sup>

**394. L’avant-projet de réforme du code civil, une malheureuse tentative de castration de la jurisprudence** – Sous le couvert d’une exception d’incompétence, les tribunaux français vont ainsi progressivement se faire à l’idée d’une coordination directe des procédures concurrentes. La méfiance traditionnelle à l’encontre de la litispendance internationale n’a toutefois pas immédiatement disparu et elle a bien failli s’imposer. Inspiré sans doute par une législation similaire en vigueur depuis 1940 en Italie,<sup>1735</sup> l’avant projet de réforme du code civil, que l’on doit, du moins en ce qui concerne le droit international privé, à J.-P. Niboyet, prévoyait en effet une disposition qui interdisait aux tribunaux français d’accorder un quelconque crédit à la saisine concurrente du juge étranger. Selon l’article 86 du projet initial, “L’exception de litispendance, édictée par

<sup>1732</sup> Trib. Comm. Nantes, 8 octobre 1923, *J.D.I.*, 1925, 724.

<sup>1733</sup> *J.D.I.*, 1925, (724), 725.

<sup>1734</sup> P. ex. Aix, 16 juillet 1947, *R.C.D.I.P.*, 1948, 93, obs. H. BATHIFOL (la Cour se contente de poser que “aucune exception de litispendance ou de connexité ne peut être élevée en France à raison d’une instance ouverte à l’étranger”. L’annotateur observe que cette solution est “bien établie en jurisprudence”, p. 103).

<sup>1735</sup> Le législateur italien avait en effet coupé court à toute tentative de coordination en interdisant aux tribunaux italiens de s’effacer devant la saisine concurrente d’un tribunal étranger. L’article 3 du Code de procédure civile du 18 octobre 1940, dont on connaît par ailleurs l’attitude singulièrement réservée à l’égard des décisions étrangères, prévoyait que “la compétence des tribunaux italiens n’est pas exclue en raison de la saisine antérieure d’un tribunal étranger portant sur la même cause ou une cause connexe”. Traduction libre, le texte italien se lit : “La giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza davanti a un giudice straniero della medesima causa o di altro con questa connessa”. Les tribunaux ont logiquement déduit de cette disposition qu’il n’y avait pas de place en droit commun pour l’exception de litispendance internationale. V. surtout MONACO, *Rivista di diritto proc. civile*, 1942, vol. 19, 97 e.s. On ne saurait être plus clair dans le refus de toute coopération! M. Schumann parle à cet égard de “prozessualen Nationalismus” : E. SCHUMANN, « Internationale Rechtshängigkeit (Streithängigkeit) », in *Festschrift für W. Kralik zum 65. Geburtstag Verfahrensrecht – Privatrecht*, W. H. RECHBERGER (éd.), Vienne, Manzschke, (301), 303. La jurisprudence qui a précédé ce code ne semblait pas favorable à la litispendance, comme en témoigne une décision rendue par le tribunal civil de Florence le 23 janvier 1918, *Riv. Dir. Intern.*, 1918, 81, également parue en résumé in *J.D.I.*, 1919, 821, note J. VALÉRY. Le tribunal signala l’existence d’un “principe universellement admis par notre jurisprudence et adopté par la grande majorité des représentants de la science juridique en Italie”, selon lequel “l’exception de litispendance ne peut être accueillie dans le cas où une instance est engagée devant un tribunal étranger”. Le tribunal voyait dans ce principe l’expression des limites de la souveraineté des Etats, souveraineté à laquelle était liée le pouvoir judiciaire, ainsi que la constatation de l’absence de réciprocité parfaite entre les diverses autorités judiciaires, réciprocité que la loi ne pouvait garantir qu’en ce qui concerne les tribunaux nationaux. A la même époque, Cour de Catanzaro, 13 mars 1917, *J.D.I.*, 1918, 1313, note J. VALÉRY et pour des décisions plus anciennes, C. GHIRARDINI, “La litispendenza nel diritto processuale civile internazionale”, *Riv. Dir. Internazionale*, 1907, 229-250 et 318-340. *Comp.* toutefois avec la décision de la Cour de Cassation de Florence du 20 mai 1881, *J.D.I.*, 1881, 547 (motifs) (la Cour surseoit à statuer en déférence à une procédure concurrente engagée en France).

l'article 171 du Code de procédure civile, n'est pas recevable devant les tribunaux français dans les rapports internationaux".<sup>1736</sup>

Voilà qui aurait pu tuer dans l'oeuf toute velléité de coopération judiciaire dans le chef des tribunaux français.<sup>1737</sup> Le droit français aurait rejoint la liste des pays qui ont élevé leur mépris de la coopération judiciaire internationale au rang de règle législative.<sup>1738</sup> Heureusement l'avant-projet n'a jamais été concrétisé.<sup>1739</sup> Et il faut constater que les membres du comité français de droit international privé, consultés sur le texte, s'étaient déclarés favorables à l'accueil de l'exception de litispendance et avaient suggéré de modifier le projet en ce sens.<sup>1740</sup> Cette judicieuse attitude présageait déjà de l'évolution qu'allait connaître la jurisprudence dans la dernière moitié du 20<sup>ème</sup> siècle.<sup>1741</sup>

**395. Transformation progressive de la renonciation en une véritable litispendance (suite) : l'arrêt *Lasserre* –** Débarrassée de la malheureuse tentative d'isolement du législateur, la jurisprudence va poursuivre son œuvre de transformation de la renonciation en une véritable litispendance. Le voile va définitivement tomber avec l'arrêt *Lasserre* de la Cour de Cassation, qui constitue la première véritable brèche dans le

<sup>1736</sup> Le texte de l'avant-projet est paru, avec les procès-verbaux de la Sous-Commission qui s'est penchée sur le projet dans l'ouvrage : *Travaux de la Commission de réforme du Code civil. Année 1948-1949*, Paris, Sirey, 1950, 711 e.s. V. également *R.C.D.I.P.*, 1950, 111 e.s. et le commentaire de P. LOUIS-LUCAS, "Les principes directeurs posés par le projet de codification du droit international privé français", *R.C.D.I.P.*, 1951, 393-415, 597-618 et *R.C.D.I.P.*, 1952, 55-78.

<sup>1737</sup> La Sous-commission n'a accordé que très peu d'attention à la question de la litispendance lors de ses travaux. Elle s'est contentée d'ajouter à la disposition proposée par Niboyet l'expression "devant les tribunaux français", pour bien indiquer que le législateur n'entendait pas édicter une règle de conduite pour les tribunaux étrangers, v. le procès-verbal de la réunion du 7 juillet 1949 in *Travaux de la Commission de réforme du Code civil. Année 1948-1949*, Paris, Sirey, 1950, 826 et le texte définitif de l'avant-projet, pp. 852 e.s.

<sup>1738</sup> L'article 505 de l'ancien Code de procédure civile portugais excluait ainsi la prise en considération par le juge du for de la litispendance étrangère (disposition citée par Ch. FRAGISTAS, Rapport explicatif, *Actes et Documents de la Session extraordinaire*, 1969, 40. Sur l'article 497 CPC qui a remplacé cette disposition cf. *infra* n° 402). Le législateur polonais a lui aussi introduit une disposition du même type en 1964. L'article 1098 du Code de procédure civile précisait que "[l]es tribunaux polonais sont compétents selon les dispositions du présent code, alors même qu'une procédure se déroule devant un tribunal étranger concernant le même litige et les mêmes parties" : Article 1098 du Code de procédure civile du 17 novembre 1964, traduction parue à la *R.C.D.I.P.*, 1970, 340, avec une introduction par J. M JODLOWSKI. L'ancien code de procédure civile contenait une disposition au même effet, l'article 535(7), cité par I. SZASZY, *International Civil Procedure*, Leiden, Sijthoff, 1967, 541. V. également l'article 307 du Code de procédure civile bulgare, cité par le même auteur. Sans aller aussi loin, la récente loi vénézuélienne sur le droit international privé (loi n° 36.511 du 6 août 1998, traduction parue au *Yearbook of Private International Law*, 1999, 341-352, avec les commentaires de G. E. PARRA-ARANGUREN, "The Venezuelan Act on Private International Law of 1998", *Yearbook of Private International Law*, 1999, 103-117) exclut également la litispendance lorsque la compétence du juge vénézuélien est exclusive (selon l'article 58 de la loi, "La juridiction vénézuélienne exclusive n'est pas exclue du fait de la litispendance devant un juge étranger de la même cause ou d'une autre lui étant connexe").

<sup>1739</sup> Sur l'histoire et les suites qu'a connu le projet de réforme du Code civil, v. J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, 281-285. Plus récemment, Y. LOUSSOUARN, "Les vicissitudes de la codification du droit international privé français", in *E Pluribus Unum Liber Amicorum G.A.L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law*, A. BORRAS et al. (éds.), The Hague, Martinus Nijhoff, 191-205 ainsi que M. SIMON-DEPITRE, « Codification et règles écrites dans le droit français des conflits de lois », in *Liber Memorialis François Laurent 1810-1887*, J. ERAUW et al. (éds.), Bruxelles, éd. Story-scientia, 1989, 1039-1051, spéc. pp. 1041-1048.

<sup>1740</sup> V. les minutes du débat parus dans Comité français de droit international privé (éd.), *La codification du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, 253-254.

<sup>1741</sup> Il faut noter également que de certaines codifications contemporaines, sans exclure expressément la litispendance, ne la reconnaissent pas expressément, v. par. Le Code tunisien de droit international privé, loi n° 98-97 du 17 nov. 1998 (traduction parue à la *R.D.I.P.P.*, 2000, 541 e.s. ainsi qu'au *RabelsZ.*, 2001, 102 e.s.). Les articles 3 à 10 de la loi délimitent la compétence internationale des tribunaux tunisiens, mais restent muets sur l'exception de litispendance. Comme le note A. MEZGHANI, le Code "est resté silencieux sur l'exception de litispendance" : "Les innovations du Code tunisien de droit international privé", *RabelsZ.*, 2001, (78), 95

principe d'irrecevabilité de l'exception de litispendance internationale.<sup>1742</sup> En l'espèce une française avait été assignée devant les tribunaux français par son époux qui désirait obtenir le divorce. Elle tenta de persuader le tribunal d'accueillir une exception de litispendance à raison d'une instance en divorce concurrente engagée par ses soins en Argentine. La Cour donna raison au tribunal qui avait rejeté l'exception. Le motif indiqué révèle toutefois une certaine confusion qui annonce un changement. La Cour décide en effet "qu'il n'y a lieu à litispendance que lorsqu'un tribunal français se trouve antérieurement saisi d'une demande identique à la nouvelle, à moins que le plaideur français, à qui est opposé une telle exception, n'ait déjà porté volontairement son action devant un tribunal étranger".<sup>1743</sup>

La renonciation et la litispendance furent ainsi mises sur le même pied, les masques tombèrent ! La Cour porta expressément le débat sur le terrain de la litispendance pour quitter les eaux troubles de l'incompétence. Il ne faudra dès lors plus invoquer la renonciation, mais bien la litispendance pour s'opposer à la demande du plaideur qui saisit à la fois les tribunaux français et étrangers.<sup>1744</sup> Cette première consécration de la litispendance en droit commun français n'est peut être due qu'à un accident de rédaction. Elle est certes limitée aux situations des procédures parfaitement parallèles. L'arrêt *Lasserre* n'en constitua pas moins une rupture manifeste avec le passé. Les juridictions de fond s'engouffreront rapidement dans la brèche ainsi ouverte. Très vite, le plaideur pourra invoquer avec succès la litispendance et non plus le défaut de compétence, pour interdire à son adversaire de la traîner de tribunaux en tribunaux.<sup>1745</sup>

**396. Les ambiguïtés de la jurisprudence ultérieure** - Un arrêt ultérieur de la Cour de Cassation laissera d'ailleurs penser que le principe d'irrecevabilité de l'exception de litispendance internationale était définitivement tombé.<sup>1746</sup> Pour approuver les juges du fond qui avaient rejeté une exception de litispendance invoquée au profit d'une instance pendante devant les tribunaux de Californie, la Cour se contenta en effet de relever la priorité de saisine des tribunaux français ainsi que l'exclusivité de leur compétence, sans faire aucune mention du principe de l'irrecevabilité de l'exception.<sup>1747</sup>

Les observations du conseiller *G. Holleaux*, rapporteur de l'arrêt, ne laissent subsister aucun doute sur l'évolution des esprits. S'il évoquait le « principe traditionnel [...] selon lequel l'exception de litispendance n'aurait jamais à jouer en France par rapport à un tribunal étranger [...] », ce n'était en effet que pour mieux expliquer que « [s]ous sa forme absolue [...] [cette] vieille conception [...] qui pouvait peut être s'expliquer – ou

<sup>1742</sup> Cass. fr., 21 mars 1950, *D.*, 1950, 395; *R.C.D.I.P.*, 1951, 666.

<sup>1743</sup> *R.C.D.I.P.*, 1951, (666), 667.

<sup>1744</sup> Sur la confusion entre l'exception de litispendance et l'exception d'incompétence, cf. également H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale...*, Paris, Dalloz 1965, 182-183, n° 200.

<sup>1745</sup> P. ex. Trib. Gde. Instance Seine, 5 mai 1959, *J.D.I.*, 1960, 166 (en appel, Paris, 5 mai 1960, *J.D.I.*, 1961, 450; *R.C.D.I.P.*, 1960, 603); Paris, 14 janv. 1963, *J.D.I.*, 1964, 77; Paris, 3 juin 1966, *R.C.D.I.P.*, 1967, 734, note P.L.

<sup>1746</sup> Cass., 5 mai 1962, *Darre Zirs c. Verdier*, *J.D.I.*, 1962, 1024, obs. SIALELLI; *D.*, 1962, 718, note G. HOLLEAUX; *R.C.D.I.P.*, 1963, 99, obs. H. BATAIFFOL. *Comp.* cependant à la même époque, Paris, 23 décembre 1960, *R.C.D.I.P.*, 1962, 339, note P. BELLET.

<sup>1747</sup> La Cour expliqua que "c'est à bon droit que les juges du fond ont refusé de se dessaisir d'une action au sujet de laquelle ils constatent que la juridiction française, qui en avait été saisie la première de sorte que la litispendance ne pouvait être admise, avait d'ailleurs été jugée compétente pour en connaître en vertu de sa compétence normale, exclusive, selon les règles françaises de conflit de juridictions, de toute compétence concurrente étrangère [...] ». Comme l'expliqua le conseiller rapporteur dans ses observations, la priorité de saisine aurait à elle seul suffi à rejeter l'exception de litispendance. Si la Cour a jugé bon d'évoquer également la nature exclusive de la compétence des tribunaux français (fondée sur le domicile de l'époux en France), c'est en raison des ambiguïtés des moyens invoqués à l'appui du pourvoi (v. G. HOLLEAUX, note, *D.*, 1962, spéc. 720-721).

s'excuser – il y a un siècle par l'état du droit juridictionnel international à l'époque, est devenue indéfendable de nos jours où [...] en raison du développement des relations internationales et de la multiplication des compétences concurrentes, il serait absolument déraisonnable et contraire à un juste esprit de collaboration juridictionnelle de prétendre ignorer uniformément toute instance étrangère [...] ».<sup>1748</sup>

L'espoir suscité par cette décision<sup>1749</sup> fut cependant de courte durée, puisque dès 1969 la première chambre de la Cour réaffirma sans nuance "qu'il est de principe que l'exception de litispendance n'est pas reçue en France à raison d'une instance introduite à l'étranger".<sup>1750</sup>

**397. Consécration de la litispendance avec l'arrêt *De Fragne*** - Il fallu attendre 1974 et l'arrêt *Minera De Fragne* pour que l'exception de litispendance entre enfin dans le droit commun français.<sup>1751</sup> En l'espèce une entreprise italienne avait actionné son cocontractant devant le tribunal de Milan pour obtenir la résolution d'un contrat ainsi que des dommages et intérêts. L'entreprise française répliqua en s'adressant au tribunal de commerce de Paris. Le conseil de l'entreprise italienne invoqua, à toutes fins utiles, l'exception de litispendance, sans doute sans nourrir de grands espoirs sur les chances de succès de ce moyen, d'autant plus qu'une jurisprudence constante décidait que l'article 19 de la Convention italo-française du 3 juin 1930, qui envisageait le dessaisissement du juge second saisi, ne s'adressait qu'au juge de l'exequatur et non au juge de l'instance directe. Sans doute influencée par la pensée de D. *Holleaux*,<sup>1752</sup> la Cour de Cassation accueillit en des termes non équivoques l'exception de litispendance soulevée par l'entreprise italienne. Dans un attendu devenu classique, la Cour précisa que "l'exception de litispendance peut cependant être reçue devant le juge français, en vertu du droit commun français, en raison d'une instance engagée devant un tribunal étranger également compétent". En l'espèce l'exception fut toutefois rejetée, la future décision du tribunal italien n'étant pas susceptible d'être reconnue en France.

Ainsi le principe de l'irrecevabilité fut-il définitivement jeté aux oubliettes. Dorénavant le juge français second saisi pouvait s'effacer devant la procédure concurrente engagée antérieurement devant un tribunal étranger, sans devoir passer par l'artifice de la

<sup>1748</sup> G. HOLLEAUX, note, *D.*, 1962, 719. Et M. *Holleaux* d'ajouter que « si la jurisprudence française paraît encore, dans son ensemble [...] assez attachée – peut être du reste pour des raisons de facilité [...] - à la règle traditionnelle, une tendance nette se dessine néanmoins dans le sens de sa restriction (et permet d'entrevoir son futur abandon) ».

<sup>1749</sup> V. aussi Cass., 9 décembre 1964, *J.D.I.*, 1965, 418, obs. SIALELLI et *R.C.D.I.P.*, 1966, 72, note M. WESER et Paris, 3 juin 1967, *R.C.D.I.P.*, 1967, 734, note P.L. (La Cour décide qu'est "recevable l'exception de litispendance soulevée devant un tribunal français au profit d'un tribunal étranger préalablement saisi de la même instance et normalement compétent". En l'espèce l'exception fut toutefois repoussée parce qu'il n'apparaissait pas que l'instance intentée en premier lieu à l'étranger puisse aboutir à une décision susceptible d'être reconnue en France).

<sup>1750</sup> Civ. 1 décembre 1969, *J.D.I.*, 1970, 707, note A. HUET; *R.C.D.I.P.*, 1972, 84, note P. LOUIS-LUCAS. V. également Aix, 13 février 1912, *R.C.D.I.P.*, 1912, 735, note CHERVET; Aix, 2 juillet 1947, *R.C.D.I.P.*, 1948, 93, note BATIFFOL; Paris, 5 mai 1960, *R.C.D.I.P.*, 1960, 603, note MEZGER; *J.D.I.*, 1961, 450, note GOLDMAN; Paris, 23 décembre 1960, *R.C.D.I.P.*, 1962, 339, note P. BELLET.

<sup>1751</sup> Cass., 26 novembre 1974, *R.C.D.I.P.*, 1975, 491, note D. HOLLEAUX; *J.D.I.*, 1975, 108, note A. PONSARD; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de droit international privé*, Paris, Dalloz, 1998, n° 54.

<sup>1752</sup> Pensée exprimée lors de sa célèbre communication au comité français : D. HOLLEAUX, "La litispendance internationale", *Travaux comfr. DIP*, 1971-73, 203-230. V. déjà *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, pp. 164 e.s. Mme. *Gaudemet-Tallon* a dit de cette communication qu'elle constitue "un des meilleurs exemples que l'on puisse trouver" de "l'influence de la doctrine sur la jurisprudence en droit international privé" (H. GAUDEMET-TALLON, "La litispendance internationale dans la jurisprudence française", in *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, 122).

renonciation. On doit sans doute rapprocher cette heureuse décision des avancées enregistrées à la même époque en matière d'effet des jugements étrangers, et en particulier de l'abandon de la révision au fond en 1964 par la Cour de Cassation.<sup>1753</sup> Au total, l'accueil de l'exception de litispendance n'a été possible qu'après qu'elle se fut longtemps abritée derrière l'idée de renonciation à un privilège de juridiction, procédé parfaitement classique d'évolution de la jurisprudence, qui voit, comme le rappelle M. Gaillard, une notion évoluer sous le couvert d'une autre, mieux établie, à laquelle elle emprunte son autorité jusqu'à ce qu'elle soit suffisamment reconnue pour s'en détacher.<sup>1754</sup>

**398. Bilan de l'évolution de la jurisprudence française** - Le chemin parcouru depuis les premières décisions du 19<sup>ème</sup> siècle est considérable. Alors qu'au départ, les tribunaux se montraient pour le moins indifférents à l'existence d'une procédure concurrente engagée devant un tribunal étranger, l'idée d'une coordination par le biais de la déférence s'est peu à peu imposée, d'abord de façon indirecte et détournée avec la renonciation, ensuite au grand jour avec la reconnaissance du déclinatoire de litispendance internationale.

L'évolution de la jurisprudence française est riche d'enseignements. Elle montre tout d'abord que la déférence internationale ne va pas de soi. Les résistances étaient au départ fortes, elles n'ont pu être conquises qu'au prix d'un contournement par la bande du dogme de la territorialité de la litispendance. La lente évolution de la jurisprudence et les stratagèmes utilisés pour dissimuler les efforts de coordination sont autant de preuves de la difficulté de l'accueil de la litispendance. L'astuce de l'exception de renonciation souligne également l'importance de l'*abus* comme étape intermédiaire : avec l'exception de renonciation, c'est en effet d'abord les procédures abusives que les tribunaux français cherchaient à sanctionner. On verra qu'en droit anglais, l'abus de procédure a également constitué la première justification de la coordination par la déférence. Enfin, il faut sans doute mettre en parallèle l'évolution des mentalités avec celle du régime des jugements étrangers. Il est indéniable que le meilleur accueil réservé à ces jugements a déteint sur le traitement de la litispendance internationale. Il est temps maintenant d'élargir le débat pour dresser le bilan de la litispendance à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle.

B. La litispendance au 21<sup>ème</sup> siècle : un bilan en demi-teintes

**399. Un bilan contrasté : l'exemple de la jurisprudence belge** - Les succès de la litispendance internationale en droit commun français ne doivent pas cacher que ce déclinatoire n'a pas encore acquis rang de règle universellement acceptée. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner l'évolution qu'a connue la jurisprudence belge. Le contraste est saisissant : on a vu qu'au 19<sup>ème</sup> siècle, les tribunaux belges avaient adopté une attitude en tout point similaire à celle des tribunaux français. (*supra*, n° 375) On aurait dès lors pu s'attendre à ce que la jurisprudence belge emboîte le pas à sa sœur française et reconnaisse progressivement effet au déclinatoire de litispendance internationale. Une évolution dans ce sens était d'autant plus logique que les commentateurs ne se privaient

<sup>1753</sup> Arrêt *Munzer*, Cass. Fr., 7 janvier 1964, *R.C.D.I.P.*, 1964, 344, note H. BATIFFOL; *J.D.I.*, 1964, 302, note GOLDMAN; *J.C.P.*, 1964, II, 13590, note B. ANCEL.

<sup>1754</sup> Comme le rappelle l'auteur à propos du principe de la compétence-compétence, qui s'est longtemps caché sous celui de l'autonomie de la volonté. ("L'effet négatif de la compétence-compétence", in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Pouchet*, J. HALDY et al. (éds.), Lausanne, Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, 1999, 387).

pas de critiquer la timidité des tribunaux et de réclamer l'extension de l'exception de litispendance aux espèces internationales.<sup>1755</sup>

Les critiques pouvaient se faire virulentes. Dans une contribution publiée au *Clunet* en 1892, un avocat anversoïse fustigeait ainsi l'isolationnisme des tribunaux belges, qu'il qualifiait d'"égoïsme" et de "mesquinerie".<sup>1756</sup> L'évolution qu'a connue la pensée du conseiller de Paepe sur le sujet aurait aussi pu augurer d'un assouplissement de la jurisprudence. Dans un discours prononcé devant la Cour d'Appel de Gand lors de l'audience solennelle de rentrée judiciaire de l'année 1879, le conseiller près la Cour de Cassation écrivait de façon on ne peut plus classique, que l'on ne peut "pour arrêter une action qui est introduite devant les tribunaux belges, puiser une exception de litispendance dans une contestation pendante devant un tribunal étranger".<sup>1757</sup> Déjà en 1884 l'auteur était revenu sur son opinion. Commentant la loi du 25 mars 1876, M. de Paepe se prononçait alors pour l'accueil de l'exception de litispendance "si la cause même dont [le tribunal belge] est saisi est déjà soumise à un tribunal étranger".<sup>1758</sup> Il justifiait ce revirement en évoquant l'évolution du régime des jugements étrangers. Le conseiller expliquait en effet que "[s]elon qu'on reconnaît ou refuse aux jugements étrangers l'autorité de chose jugée, on doit reconnaître ou refuser aux instances engagées en pays étranger l'effet de produire l'exception de litispendance".<sup>1759</sup> Et M. de Paepe de constater que l'arrêté loi du 9 septembre 1814 (*supra*, n° 375) avait été abrogé par la loi de 1876. Les décisions rendues par un juge étranger pouvant être invoquées en Belgique pour en déduire l'exception de chose jugée, M. de Paepe admettait qu'il "n'est pas défendu non plus au juge belge d'admettre une exception de litispendance fondée sur une instance engagée à l'étranger".<sup>1760</sup>

M. de Paepe n'ira toutefois pas jusqu'à accepter que l'exception s'attache directement à la saisine pure et simple du juge étranger. Telle qu'il l'envisageait, l'exception ne se fondait pas sur "le seul fait de la litispendance"; elle se déduisait au contraire de la circonstance "qu'en introduisant son action devant le juge étranger, [le demandeur] renonce à en saisir le juge de son pays".<sup>1761</sup> A la suite de la jurisprudence majoritaire, M. de Paepe rattachait en effet l'exception de litispendance à l'idée de bonne foi, qui empêchait une partie de

<sup>1755</sup> V. par exemple G. BELTJENS, "Article 50", in *Encyclopédie du droit civil*, 2ème éd., t. I, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1908, 373-374, n° 65-66 (constatant que les décisions étrangères peuvent être invoquées en Belgique pour en déduire une exception de chose jugée, M. Beltjens se demandait "pourquoi [le juge] ne pourrait-il pas admettre une exception de litispendance fondée sur une instance engagée à l'étranger [...] ?").

<sup>1756</sup> V. YSEUX, "La litispendance dans les relations internationales", *J.T.*, 1892 en *J.D.I.*, 1892, (862), 863. *Cors.* également G. FLAISCHEN, "L'autorité de la chose jugée et la litispendance internationale en droit international privé", *Reu. dr. int.*, 1896, pp. 665 e.s. La doctrine plus classique se contentait toutefois d'expliquer que la litispendance internationale ne pouvait être reçue en Belgique, v. p. ex. A. BONTEMPS, *Traité de la compétence en matière civile...*, Liège/Bruxelles, Grandmont/Mayolez, 1885, 661-662, selon qui "La circonstance qu'une action introduite en Belgique aurait déjà été antérieurement portée devant un tribunal étranger ne pourrait pas entraîner l'incompétence de la juridictions belge". V. également TH. BORMANS, *Code de procédure civile...*, Bruxelles, Larquier, 1877, 498, n° 550 et 516, n° 576 ("L'article 50 ne s'applique pas à des causes pendantes devant des tribunaux de deux royaumes différents").

<sup>1757</sup> P. DE PAEPE, "De l'exécution des décisions rendues en matière civile et commerciale par les juges étrangers", *B.J.*, 1879, (1569-1589), col. 1581.

<sup>1758</sup> P. DE PAEPE, "Nouveau Code de Procédure Civile - Article 50, § 2", *B.J.*, 1884, (225), 227. Il confirmera son opinion dans ses *Etudes* parues en 1900: *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers avec un exposé sommaire de la loi qui leur est applicable et mises en rapport avec la Convention franco-belge du 8 juillet 1899*, I, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 1900, 458 p., spéc. p. 145 e.s.

<sup>1759</sup> *B.J.*, 1884, (225), 227.

<sup>1760</sup> *B.J.*, 1884, (225), 232.

<sup>1761</sup> P. DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile...*, I, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 1900, 147.

saisir le for après s'être adressé à la justice étrangère.<sup>1762</sup> Il entendait toutefois lui donner une portée plus large que ne le faisait la jurisprudence en présumant la renonciation dès que le demandeur a valablement saisi le juge étranger. Il n'était pas à ses yeux nécessaire de tenir compte des circonstances précises qui accompagnent cette saisine.<sup>1763</sup> En outre, préférant l'idée du contrat judiciaire à celle de renonciation, M. de Paepe libérait la litispendance du joug des privilèges de juridiction.<sup>1764</sup> Telle qu'il la concevait, la litispendance pouvait être invoquée quelle que soit la nature de la compétence du for.<sup>1765</sup> Bref, l'exception de litispendance admise par M. de Paepe ressemblait à s'y méprendre à celle que nous connaissons aujourd'hui.

Entre ses premiers écrits et les magistrales *Etudes sur la compétence*, l'évolution de la pensée du conseiller est nette. Cette évolution est bien dans l'air du temps. Il n'est qu'à songer à la résolution adoptée à la même époque par l'Institut de droit international, lors de sa session de La Haye, par laquelle l'Institut invitait les Etats à admettre "[...] dans les rapports avec les juridictions étrangères, les mêmes règles sur la litispendance que celles qui existent dans les rapports entre les juridictions nationales de chaque Etat".<sup>1766</sup>

**400. Evolution de la jurisprudence belge (suite) : quelques décisions isolées –**  
Les conseils éclairés du monde académique n'auront au mieux qu'une influence ponctuelle et ne convaincront pas les tribunaux des bénéfiques de la litispendance

<sup>1762</sup> V. aussi *B.J.*, 1884, col. 229 e.s.

<sup>1763</sup> V. surtout *B.J.*, 1884, col. 233. P. DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile ...*, I, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 1900, 151-152. M. de Paepe n'a d'ailleurs pas de mots trop forts pour condamner la jurisprudence qui prétend faire dépendre la renonciation de la volonté concrète du demandeur. Il écrit par exemple qu'elle "manque de fondement juridique" et en outre qu'elle "sacrifie arbitrairement le droit des étrangers au droit des régnicoles" (*B.J.*, 1884, col. 23 et *Etudes*, I, 151-152, n° 12).

<sup>1764</sup> Il écrivait par exemple que "il n'est pas défendu [...] au juge belge de déduire d'une instance engagée devant un juge étranger une exception de litispendance fondée non sur l'article 50 de la loi du 25 mars 1876, mais sur le contrat judiciaire intervenu devant ce juge".

<sup>1765</sup> *B.J.*, 1884, col. 232 et *Etudes sur la compétence civile ...*, I, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 1900, 148, n° 11. M. FOELIX suggérait déjà d'étendre le principe de la renonciation. Ainsi, il proposait de permettre à une partie d'opposer l'exception de renonciation à un étranger qui avait déjà porté la demande devant un tribunal étranger, dépassant donc les limites de l'article 14 : M. FOELIX, *op. cit.*, I, 376, n° 184.

<sup>1766</sup> Résolution de l'Institut de Droit International, 23 août 1898, Session de La Haye, "De la litispendance dans les rapports entre juridictions d'Etats différents", *Ann. De l'Institut de Droit International*, vol. 17, 1898, pp. 288-291. La résolution a également été publiée à l'*Annuaire de l'Institut de Droit International*, Ed. nouvelle abrégée 1928, Falk/Pedone, Bruxelles/Paris, 1928, 365. V. le rapport de A. SACERDOTI et CH. LYON-CAEN, "De la litispendance dans les rapports entre les juridictions d'Etats différents. Rapport et projet de conclusions présentés au nom de la Commission, Institut de droit international, Sixième commission, Session de Venise", *Ann. de l'Institut Dr. Int.*, vol. 15, 1896, 85-98. La discussion du projet de résolution au sein de l'Institut avait permis de réfuter la plupart des arguments avancés par les tribunaux nationaux à l'encontre de la litispendance (*supra*, n° 374) et notamment l'absence de règlement des juges au niveau international. Les membres de l'Institut ont cependant reconnu le lien qui unissait la litispendance à l'effet des jugements étrangers. Au lieu d'en déduire un rejet absolu de l'exception comme l'avait fait une certaine jurisprudence, ils choisirent au contraire de subordonner l'accueil de l'exception à la condition que la future décision du juge étranger soit susceptible de produire ses effets dans le for où l'exception était invoquée, une condition qui connut une fortune considérable. Le second article de la résolution disposait ainsi que "Il est nécessaire pour l'admission de l'exception de litispendance étrangère, que, en règle, les jugements prononcés dans le pays du juge saisi en premier lieu, soient susceptibles d'être rendus exécutoires, sans révision du fond, selon la loi du pays où l'on produit l'exception" : "De la litispendance dans les rapports entre juridictions d'Etats différents", *Ann. De l'Institut de Droit International*, XV, 91. Un peu plus tard, cette résolution reçut l'appui du *Code Bustamante*, qui proposait également d'admettre la litispendance dans les rapports internationaux : Art. 394 du Code dit de Bustamante, Union panaméricaine conclue à La Havane le 20 février 1928 : "La litispendencia por pleito en otro de los Estados contratantes podrá alegarse en materia civil cuando la sentencia que se dicte en uno de ellos haya de producir en el otro los efectos de cosa juzgada" ("La litispendance en cas d'instance engagée dans un autre Etat contractant pourra être invoquée en matière civile, quand le jugement rendu dans l'un d'eux doit produire dans un autre les effets de la chose jugée"). V. A. S. DE BUSTAMANTE, *Projet de code de droit international privé*, traduit par P. GOULE, Paris, Sirey, 1925, 239-240. Et déjà du même, A.S. DE BUSTAMANTE, "La litispendencia ante un tribunal extranjero", *Revista del Foro*, 1895, 245 e.s.

internationale. Quelques décisions rendues au tournant du siècle dénotent certes par leur accueil de la litispendance qui contraste avec le refus opposé classiquement à cette exception. Ainsi, dans une décision de 1897, la Cour d'Appel de Bruxelles a-t-elle accepté, du moins sur le plan des principes, que "l'exception de litispendance [puisse] se fonder, en Belgique, sur une action pendante devant un tribunal étranger".<sup>1767</sup> A l'appui de cette position, singulière pour l'époque, la Cour souligna que "le jugement [du tribunal étranger] peut éventuellement acquérir en Belgique force de chose jugée par exequatur". Et la Cour d'ajouter qu'en l'espèce, "cette exception apparaît comme d'autant plus recevable que la compétence du tribunal [étranger] est entre parties contractuelle et qu'un contrat de l'espèce est parfaitement licite et obligatoire".<sup>1768</sup>

Remarquons toutefois qu'après avoir posé ce généreux principe, la Cour décida qu'il n'y avait pas lieu en l'espèce d'accueillir l'exception de litispendance puisque le demandeur avait sollicité et obtenu la radiation de son action devant les juridictions françaises. La Cour confirma sa décision un an plus tard dans une décision du 2 avril 1898. En l'espèce elle justifia l'accueil de l'exception en rappelant que la loi de 1876 "permet en principe de faire déclarer exécutoire en Belgique les jugements étrangers".<sup>1769</sup> Voilà qui tranche avec le sempiternel refus de se préoccuper de la saisine concurrente du juge étranger.

Ces quelques décisions, qui illustrent, pour autant que de besoin, le lien entre la litispendance internationale et les effets des jugements étrangers, sont toutefois restées isolées.<sup>1770</sup>

**401. Evolution de la jurisprudence belge (suite) : pas de transformation de la renonciation en litispendance** – Au contraire de ce qui s'est passé en France, la fiction de la renonciation, bien vivante au siècle dernier, n'a jamais servi en droit belge de transition vers une véritable exception de litispendance. Il est vrai qu'après l'entrée en vigueur du Code judiciaire, la renonciation mènera une existence pour le moins

<sup>1767</sup> Bruxelles, 29 avril 1897, *Pas.*, 1897, II, 314; *B.J.*, 1898, 264.

<sup>1768</sup> p. 314. Sur l'influence d'une clause d'élection de for sur la litispendance, cfr. *supra* n° 173.

<sup>1769</sup> Bruxelles, 2 avril 1898, *Pas.*, 1899, II, 24. En première instance : Comm. Bruxelles, 30 décembre 1897, *Pas.*, 1898, III, 152; *J.T.*, 1898, col. 252.

<sup>1770</sup> On peut encore mentionner une décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 30 décembre 1897, *Pas.*, 1898, III, 152. Le litige concernait le partage entre deux sociétés du fruit de la vente d'une société belge propriétaire d'une concession pétrolière en Russie. Les demandeurs avaient d'abord saisi les juridictions anglaises d'une demande au fond visant à faire reconnaître leurs droits à la moitié des bénéfices résultant de la vente. Ultérieurement, ils saisirent les tribunaux belges d'une demande qu'ils reconnaissaient eux-mêmes être "parallèle à celle qui se trouve déjà portée depuis un an déjà devant les tribunaux anglais", arguant de l'intérêt qu'ils avaient à obtenir "prompte et facile justice". Le tribunal déclara la demande irrecevable. Il souligna tout d'abord qu'il n'y avait lieu ni à exception de litispendance, parce que "la litispendance n'a lieu qu'entre deux instances soumises à deux tribunaux du même pays", p. 152, ni à exception de chose jugée. La fin de non recevoir opposée au demandeur découlait plutôt de l'existence entre parties d'un quasi-contrat judiciaire et de la renonciation à invoquer la compétence des juridictions belges (*supra*, n° 379). Cette décision mérite d'être épinglée parce qu'elle frappe par la préoccupation que le juge exprime face au dédoublement de procédures. Il rappelle ainsi le danger "qu'il pourrait intervenir sur cette même cause deux décisions contradictoires" et termine par un attendu à la portée quasi-prophétique : "le droit moderne ne connaît pas d'actions parallèles déferées à des juridictions de nationalités différentes" (p. 153). Le tribunal de Commerce d'Anvers a, en 1921, également déclaré irrecevable une demande en garantie pour cause de litispendance avec la même demande formée devant les tribunaux de Roubaix, Comm. Anvers, 23 novembre 1921, *J.P.A.*, 1921, 712. Et le tribunal de justifier cette décision par la circonstance que "si ces deux juridictions différentes devaient en rester saisies, il pourrait en résulter une contrariété de décisions". p. 713. *Cors.* également Comm. Bruxelles, 2 février 1922, *J.C.B.*, 1922, 92 qui, tout en rejetant l'exception de litispendance, surseoit à statuer en attendant la décision du tribunal anglais saisi d'une demande connexe. Le tribunal justifie sa décision par le fait que la juridiction anglaise a à connaître de "toutes les contestations existant entre les parties" alors qu'il n'est lui-même saisi que de "celles érvant à la défense".

marginale.<sup>1771</sup> Les règles belges de compétence internationale ne feront plus qu'une place secondaire aux privilèges de nationalité. Seul subsistera l'article 15 du Code civil.<sup>1772</sup> S'agissant d'une faculté dans le chef des défendeurs belges, et des demandeurs domiciliés en Belgique, et non d'un droit touchant à l'ordre public, on ne peut douter qu'il soit possible pour un plaideur d'y renoncer, tout comme il est d'ailleurs possible de renoncer au privilège domiciliaire de l'article 638.

Cette possibilité fut cependant quasi systématiquement passée sous silence. Seule une décision isolée rappella que le belge pouvait valablement renoncer au privilège de l'article 15 - encore s'agissait-il en l'espèce de valider une clause d'élection de for.<sup>1773</sup> La quasi-disparition de l'exception de renonciation s'explique sans doute par la marginalisation des chefs de compétence fondés sur la nationalité ou le domicile du demandeur. En pratique seul subsista l'article 15, dont on a vu qu'on pouvait difficilement lui appliquer la théorie de la renonciation (*supra*, n° 381). L'idée de renonciation comme substitut à la litispendance subsistera toutefois sous la plume de certains auteurs.<sup>1774</sup>

La variante de l'exception de renonciation, qui se fondait sur l'existence d'un quasi-contrat judiciaire entre parties à une instance étrangère, connaîtra rapidement le même

<sup>1771</sup> A la même époque, la fiction de la renonciation connut aussi un certain succès auprès des tribunaux néerlandais. S'inspirant du célèbre arrêt dit du manteau de fourrure, dans lequel le Hoge Raad avait déduit du principe de bonne foi une exception d'irrecevabilité opposée au plaideur qui tentait sa chance aux Pays-Bas après avoir été débouté en Angleterre (*supra*) plusieurs tribunaux ont, de façon timide il est vrai ouvert la voie à une limitation du droit d'action du justiciable en raison d'une procédure engagée par ses soins devant un tribunal étranger. On trouve une première manifestation de cette jurisprudence dans la décision du tribunal d'arrondissement d'Amsterdam du 18 novembre 1921 (*N.J.*, 1923, 193). En l'espèce, un litige portant sur la livraison de certains biens avait été soumis au tribunal d'Athènes. Après plusieurs années, une des parties engageait une nouvelle procédure, cette fois aux Pays-Bas, à laquelle s'opposa son adversaire qui invoquait la litispendance. Le tribunal n'hésita pas à accueillir cette dernière exception, s'appuyant pour ce faire sur la circonstance que le défendeur dans la procédure grecque paraissait s'être résigné à celle-ci au point de renoncer à invoquer une clause d'élection de for prévue dans un connaissement et qui attribuait compétence aux tribunaux néerlandais. Les attendus du tribunal laissaient déjà entrevoir qu'il n'était pas exclu de conférer une portée générale à l'exception de litispendance. Le tribunal observa notamment que "het in strijd met een goede procesorde zoude zijn, dat door het gelijktijdig berechten van hetzelfde geschil tusschen dezelfde partijen en door verschillende colleges de mogelijkheid werd geschapen, dat terzelfder tijd twee tegenstrijdige beslissingen zouden worden gegeven over datzelfde onderwerp, tusschen die partijen". La Cour d'Appel de La Haye emprunta la même voie en 1945, en laissant entendre que l'introduction d'une procédure devant un tribunal étranger pourrait être interprétée comme un obstacle à une saisine ultérieure du juge néerlandais : Hof 's-Gravenhage, 29 novembre 1945, *N.J.*, 1946, n° 116. En l'espèce toutefois la Cour refusa de considérer que le demandeur, assigné devant les juges parisiens, avaient entendu se soumettre à la compétence exclusive de ceux-ci. "Zelfs al zou de omstandigheid dat een geschil bij een buitenlandschen rechter is aanhangig gemaakt, een beletsel zijn tegen het onderwerpen van hetzelfde geschil aan het oordeel van een Nederlandschen rechter, dit toch hoogstens het geval zoude kunnen zijn, indien eerstgenoemde geheel vrijwillig is geadiceerd om met de, al dan niet uitgesproken, bedoeling het geschil bij uitsluiting aan dien rechter ter beslissing voor te leggen", p. 174. V. également une décision du H.R., en date du 15 mars 1958, *N.J.*, 1958, n° 479, p. 1140, note KOLLEWIJN, *W.P.N.R.*, 1958, n° 4599, qui confirme l'irrecevabilité d'une demande en divorce parce que le demandeur avait déjà saisi les tribunaux français d'une demande similaire.

<sup>1772</sup> On cherche vainement une trace de cette disposition dans le rapport van Reepinghen. Ce silence confirme que si l'article 15 n'a pas été transféré vers le Code Judiciaire, c'est simplement par oubli du législateur. En ce sens, R. VANDER ELST, "L'article 15 du Code civil a-t-il été tacitement abrogé?", *J.T.*, 1976, 317.

<sup>1773</sup> Trib. Trav. Anvers, 6 avril 1984, *Reu dr. soc.*, 1985, 265; *J.T.T.*, 1985, 174 et les commentaires de M. FALLON et H. BORN, *l.c.J.T.*, 1987, 483, n° 93.

<sup>1774</sup> F. RIGAUX et M. FALLON (1993, 207, n° 826) évoquent encore la renonciation comme correctif aux privilèges de juridiction. Pour ces auteurs, lorsque "l'initiative de deux actions [est] le fait de la même partie, l'intentement de l'action à l'étranger [peut] s'interpréter comme une renonciation au privilège de nationalité ou du domicile". M. *Fetruais* (*Précis de droit judiciaire*, II, *La Compétence*, 109, no. 164, note 2) ne semblait pas faire de distinction selon la nature exorbitante du chef de compétence auquel le demandeur aurait renoncé. Bien plus, il donnait à la renonciation un caractère général puisqu'il fonde ce mécanisme sur la nature vexatoire du dédoublement de procédures. Tout en constatant que l'exception de litispendance n'est traditionnellement pas accueillie, l'auteur plaide pour une exception lorsque le plaideur qui a pris l'initiative de saisir le juge étranger, saisit ultérieurement le juge belge.

sort. Inaugurée au siècle dernier,<sup>1775</sup> cette construction prétendait voir dans l'acceptation par les parties du débat judiciaire étranger, la conclusion d'un contrat qui les empêcherait de saisir un autre juge du même litige – une transposition en procédure d'un concept de droit matériel dans le but avoué d'empêcher la répétition d'une instance sans passer sous les fourches caudines de la litispendance internationale. La théorie du contrat judiciaire rencontra au siècle dernier un succès certain auprès des tribunaux français<sup>1776</sup> et belges.<sup>1777</sup> Elle a d'ailleurs été embrassée par une partie de la doctrine du siècle passé.<sup>1778</sup> Elle aurait pu constituer une transition entre la renonciation, limitée à certains chefs de compétence 'nationalistes' et la litispendance, technique d'application générale, dans la mesure où elle n'était plus liée à un ou plusieurs privilèges de juridiction, ni ne dépendait de la configuration procédurale dans les deux espèces.<sup>1779</sup>

#### 402. Evolution de la jurisprudence belge (suite et fin) - Malheureusement ni l'idée de renonciation ni celle du contrat judiciaire n'ont servi de prélude à l'introduction d'une

<sup>1775</sup> P.ex. Civ. Liège, 20 juillet 1860 et Liège, 27 juin 1861, reproduit à la *Pas.*, 1862, I, (319), 321 et 323; Bruxelles, 23 février 1878, *Pas.*, 1878, II, 137; Comm. Anvers, 12 février 1890, *J.P.A.*, 1890, 214; Comm. Anvers, 28 janvier 1985, *J.P.A.*, 1896, 14 et Liège, 3 janvier 1900, *Pas.*, 1900, II, 225 (la Cour constate que le demandeur s'étant désisté de son instance devant le tribunal français avant tout acte judiciaire liant le procès, le contrat judiciaire ne s'est pas formé).

V. également Trib. Arr. Luxembourg, 13 juillet 1989, no. 401/89, inédit, résumé par J.-C. WITWINUS, "Sommaire de jurisprudence – droit international privé", *Pas. Lux.*, 1993-94, vol. 29, (1), 25 (le tribunal constate qu'en portant son action devant le tribunal étranger, le demandeur "se lie par un contrat judiciaire impliquant renonciation aux règles [luxembourgeoises] de compétence").

A la différence de l'exception de litispendance, le contrat judiciaire ne se forme pas à la simple assignation de l'adversaire, mais seulement lorsque les parties ont "lié la contestation par leurs conclusions respectives" : P. DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, I, 1900, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 148, n° 11. V. par exemple Comm. Anvers, 12 février 1890, *J.P.A.*, 1890, 214 et Comm. Anvers, 28 janvier 1985, *J.P.A.*, 1986, 14.

<sup>1776</sup> P. ex. Cass. fr., 24 février 1846, *D.P.*, 1846, 1, 153; *S.*, 1846, 1, 474; Cass. fr., 13 février 1882, *S.*, 1882, 1, 341 (lorsque les français "soumettent aux tribunaux étrangers les différends qu'ils ont avec des étrangers, il se forme entre les parties un contrat judiciaire du lien duquel les Français pas plus que les étrangers ne peuvent se délivrer en saisissant en France les tribunaux français"). V. également D. HOLLEAUX, *Lc, Travaux corrigés français D.I.P.*, 1971-73, 208.

<sup>1777</sup> Cass., 11 mai 1876, *Pas.*, 1876, I, 263; *B.J.*, 1877, 818 (affaire *Tilkin*). La décision entreprise de la Cour d'Appel de Liège du 23 juin 1875 a été publiée à la *Pas.*, 1876, II, 6. In casu, la Cour a refusé de casser une décision autorisant une partie à poursuivre son adversaire devant les tribunaux belges, alors qu'elle l'avait déjà auparavant assigné devant les tribunaux luxembourgeois. Pour rejeter le pourvoi, la Cour observe tout d'abord que "le contrat judiciaire entre les parties litigantes devant le tribunal de Luxembourg a été formé sous l'empire d'une législation étrangère" (264) et qu'il est donc vain d'invoquer, comme le fait le demandeur en cassation, la violation de la loi belge. D'autre part, la Cour observe également que les parties ont engagé devant le juge belge un débat contradictoire sur la fond et "qu'ainsi en soumettant de commun accord leur différend à la juridiction belge, [les parties] ont formé un nouveau contrat judiciaire" (264). La Cour se réfugie derrière la technique de cassation, ainsi que la novation opérée par les parties, pour ne pas devoir constater que le contrat judiciaire fait obstacle à l'action litigieuse. Elle n'en consacre pas moins l'idée qu'une instance liée devant un juge étranger peut engendrer un quasi-contrat obstatif d'une nouvelle action devant les tribunaux belges. En l'espèce il ne s'agissait pas tant d'un substitut à la litispendance qu'à la chose jugée, puisque le demandeur avait obtenu gain de cause devant les tribunaux luxembourgeois. S'il saisit à nouveau les tribunaux belges, c'est que l'exequatur de la décision luxembourgeoise lui avait été refusé en Belgique.

<sup>1778</sup> Et en particulier par M. de Paepe qui s'en était fait le champion. V. *supra*, n° 397 sur l'évolution de la pensée de cet auteur.

<sup>1779</sup> En pratique toutefois, les tribunaux n'hésiteront pas à invoquer les circonstances particulières de la cause pour nier l'existence du contrat judiciaire. P. ex. Bruxelles, 23 février 1878, *Pas.*, 1878, II, 137 (la Cour constate que la procédure menée devant les juridictions françaises n'a pas donné naissance à un contrat judiciaire parce que le demandeur "ne pouvait pas agir autrement qu'il ne l'a fait" s'il voulait réunir dans un même débat toutes les parties concernées. Il n'y a donc pas eu consentement et donc pas de contrat. V. cependant Comm. Bruxelles, 30 décembre 1897, *Pas.*, 1989, III, 152 (le tribunal constate que les deux parties ont accepté le débat devant le juge anglais et que le contrat judiciaire ainsi lié devant ce juge "doit rester debout quelles que soient les modifications que subissent les circonstances qui ont déterminé le Belge ou l'étranger à saisir la juridiction étrangère plutôt que la juridiction belge", p. 153).

véritable exception de litispendance en droit belge. Les cours et tribunaux belges resteront tout au long du siècle fidèles à la ligne qu'ils s'étaient imposés dès 1830. C'est dès lors en vain que les plaideurs faisaient appel à l'exception de litispendance internationale pour bloquer une procédure engagée en Belgique.<sup>1780</sup> L'adoption en 1967 d'un nouveau Code judiciaire ne changera rien à la position des tribunaux.<sup>1781</sup> Ceux-ci continueront à décider que "la saisine d'un juge étranger ne peut empêcher les juridictions belges de connaître d'un litige".<sup>1782</sup> Le législateur ne fera d'ailleurs rien pour modifier cette situation – les travaux préparatoires du Code de 1967 ne comportent aucune mention de l'incidence de la nouvelle réglementation de la litispendance sur les litiges internationaux.

L'obstination des tribunaux belges, qui n'ont pas emboîté le pas à leurs collègues français, vient confirmer, pour autant que de besoin, le constat de la difficulté de la déférence. Si l'arrêt *Minerva di Fragne* a bien été accueilli par la doctrine,<sup>1783</sup> la jurisprudence continue à jurer par le classique principe d'irrecevabilité de l'exception de litispendance internationale.<sup>1784</sup> Malgré quelques rares exceptions<sup>1785</sup> et des hésitations de certains tribunaux,<sup>1786</sup> les tribunaux belges refusent obstinément, comme l'a récemment confirmé

<sup>1780</sup> P. ex. Comm. Bruxelles, 2 février 1922, *J.C.B.*, 1922, 92; Liège, 7 avril 1922, *Jur. C.A. Liège*, 1922, 235; Comm. Anvers, 4 décembre 1923, *J.P.A.*, 1923, 449; Civ. Bruxelles, 19 mars 1928, *Parol. Périodiques*, 1928, 438 (le tribunal déclare que "les tribunaux belges n'ont pas à s'inquiéter d'actions introduites à l'étranger et, dès lors l'exception de litispendance soulevée à raison d'une telle action ne peut être accueillie"); Bruxelles, 18 juin 1930, *J.P.A.*, 1930, 271; Bruxelles, 18 novembre 1931, *J.P.A.*, 1931, 432; *Pas.*, 1932, II, 140; Civ. Bruxelles, 24 décembre 1958, *Pas.*, 1964, III, 98; Comm. Bruxelles, 22 décembre 1960, *J.C.B.*, 1961, 1; Civ. Bruxelles, 16 octobre 1967, *J.T.*, 1968, 117.

<sup>1781</sup> Le code prévoit une nouvelle définition de la litispendance à l'article 29 C. Jud. L'article 565 du même code règle les conflits issus de la litispendance au moyen d'une règle qui laisse place à une appréciation qualitative des deux instances concernées. Le critère strictement chronologique de saisie des deux tribunaux concernés n'est plus l'unique clé de résolution, il n'intervient que de façon subsidiaire, lorsque les critères plus sophistiqués n'apportent pas de solution. V. le commentaire de J. LAENENS, "Artikel 565", in *Genechtelijke recht. Artikelsgeuzijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, Anvers. Selon la Cour de Cassation, les règles de priorité prévues à l'article 565 concernent l'ordre public : Cass., 11 mai 1979, *Pas.*, 1979, I, 1071 ; *Arr. Cass.* 1978-79, 1084; *R.W.* 1980-81 (résumé), 603; *Limb. Rechtsl.* 1979, 169, note G. DELVOIE.

<sup>1782</sup> Civ. Bruxelles, 18 mars 1987, *J.T.*, 1988, 195. V. également Liège, 20 juin 1973, *J.T.*, 1974, 100; Civ. Bruxelles, 5 novembre 1975, *R.W.*, 1977-78, 323; Civ. Liège, 29 octobre 1982, *J.L.*, 1983, 80, obs. A. Kohl; Civ. Liège, 9 juin 1983, *J.L.*, 1983, 515; Civ. Liège, 2 février 1984, *J.L.*, 1985, 76; J.P. Rhodes-Saint-Genèse, 18 septembre 1989, *R.G.D.C.*, 1991, 152, note C. JUSTE; J.P. Grivegnée, 21 septembre 1989, *J.J.P.*, 1992, 113; Civ. Bruxelles (réf.), 28 décembre 1994, *Dir. A et.*, 1995, 76; Civ. Bruxelles, 9 avril 1997, *R.T.D.F.*, 1997, 405; Civ. Bruxelles (réf.), 9 avril 1997, *E.J.*, 1998, 72.

<sup>1783</sup> En particulier, M. WESER, « Quelques réflexions au sujet de l'arrêt de la Cour de cassation de France du 26 novembre 1974. Importance de l'admission de la litispendance internationale par l'arrêt de la Cour de cassation de France », *J.T.*, 1976, 73-77. La doctrine 'classique' continuera toutefois à jurer par l'irrecevabilité de la litispendance internationale, v. par exemple *R.P.D.B.*, v° Compétence en matière civile et commerciale, t. II, n° 1734 (le Répertoire mentionne "qu'il n'y a pas litispendance, d'après la jurisprudence, si les deux demandes identiques sont portées devant deux tribunaux dont l'un est un tribunal étranger") et A. BRAAS, *Précis de procédure civile*, Bruxelles, Bruylant, 1945, 378, n° 718.

<sup>1784</sup> V. récemment Civ. Bruxelles (réf.), 28 décembre 1994, *Dir. A et.*, 1995, 76; Civ. Bruxelles, 9 avril 1997, *R.T.D.F.*, 1997, 405; *E.J.*, 1998, 72, note I. COUWENBERG. V. également Anvers, 30 septembre 1997, *A.J.T.*, 1997-98, 354, note K. LAMBEIN (la Cour ne fait pas mention de la Convention belgo-allemande du 30 juin 1958).

<sup>1785</sup> On peut notamment relever la (timide) prise de position du juge de paix de Grivegnée dans une affaire portant sur l'attribution de la garde des enfants d'un couple en instance de divorce devant les tribunaux de Hong Kong : J.P. Grivegnée, 21 septembre 1989, *J.J.P.*, 1992, 113. Après avoir rappelé le principe de l'inadmissibilité de l'exception en droit commun - la Convention belgo-anglaise du 2 mai 1934, jugée applicable en l'espèce, ne prévoit pas de mécanisme de litispendance - le magistrat souligna qu'il n'y avait pas identité entre les deux demandes. Le jugement frappe surtout parce que le juge appelle de ses vœux une évolution de la position classique des tribunaux belges, l'accueil de l'exception de litispendance permettant à ses yeux d'"éviter une multiplication des conflits". Dans la même affaire, Liège, 25 mai 1993, *J.T.*, 1994, 88.

<sup>1786</sup> Tout comme au siècle dernier les tribunaux feront encore preuve de certaines hésitations sur le principe, en truffant leurs jugements de considérations surabondantes indiquant qu'en l'espèce les conditions d'une éventuelle exception de litispendance ne sont pas réunies (*supra*, n° 378). Ainsi, comme par acquit de conscience, le tribunal

la Cour d'Appel de Bruxelles,<sup>1787</sup> de s'incliner devant la saisine concurrente d'une juridiction étrangère, position pour le moins anachronique qui ne changera sans doute que sous l'intervention du législateur (à ce propos, *infra*, n° 404).

**403. Un bilan contrasté (suite) : survivance de la méfiance et rejet de la litispendance** - Les tribunaux belges ne sont pas seuls à refuser de conférer une portée extraterritoriale au déclinatoire de litispendance. La résistance à toute collaboration judiciaire transfrontière se manifeste dans d'autres juridictions par un même rejet catégorique de l'exception de litispendance internationale. Dans de nombreux pays, il n'y a place pour l'exception que dans le cadre du droit conventionnel. C'est par exemple le cas dans les pays Scandinaves<sup>1788</sup> ainsi que dans (la plupart des) pays méditerranéens.<sup>1789</sup>

---

de première instance de Liège s'est-il senti obligé, après avoir posé, de façon tout à fait générale, que la litispendance ne pouvait être acceptée entre un tribunal belge et un tribunal étranger, de préciser que de toute façon les deux demandes en divorce ne s'appuyaient pas sur la même cause puisque l'une se référerait à l'abandon de domicile conjugal tandis que l'autre reposait sur la séparation de longue durée entre les deux époux : Civ. Liège, 2 février 1984, *J.L.*, 1985, 76. D'autres décisions s'emploient à souligner que des circonstances extérieures à la litispendance empêchent l'accueil de l'exception. C'est ainsi que la Cour d'Appel de Liège, avant même de constater que "la litispendance devant un tribunal étranger ne peut empêcher les juridictions belges de connaître d'un litige", souligna en 1973 d'une part que le demandeur avait renoncé à l'instance pendante devant les tribunaux zaïrois, et d'autre part que "les dispositions attributives de compétence aux juridictions du Congo belge ne font pas obstacle à ce que les tribunaux belges soient saisis". Liège, 20 juin 1973, *J.T.*, 1974, (100), 101. V. aussi Civ. Charleroi, 3 juin 1983, *R.R.D.*, 1988, 105, note M. FALLON (comme le fait remarquer l'annotateur, le tribunal néglige d'opposer le principe selon lequel il n'y a pas litispendance internationale en dehors d'un traité, et préfère constater qu'en l'espèce l'objet des deux procédures est distinct); Civ. Bruxelles, 18 mars 1987, *J.T.*, 1988, 195; J.P. Rhodes-Saint-Genèse, 22 mai 1996, *R.R.D.*, 1996, 230 (juge constate qu'il n'y a pas identité de litige); J.P. Saint-Josse-Ten-Noode, 21 novembre 1989, *R.T.D.F.*, 1991, 260 (ne cite pas le principe selon lequel il n'existe pas d'exception de litispendance en droit commun, mais précise qu'aucune procédure parallèle n'est pendante au Maroc).

<sup>1787</sup> Bruxelles, 20 juin 2000, *J.T.*, 2001, 678 (en l'espèce, l'exception de litispendance était soulevée au profit des tribunaux polonais premiers saisis d'une demande relative à la garde d'un enfant. Pour justifier le refus du déclinatoire, la Cour d'Appel observe qu'en dehors des questions d'état et de capacité, les décisions étrangères doivent faire l'objet d'un exequatur avant de pouvoir être « reconnues » en Belgique).

<sup>1788</sup> Pour le droit suédois, v. M. BOGDAN, "Sweden", *Dedining Jurisdiction*, 374-375 et du même, "The Lugano Convention and its Extension", in *Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamt Europa: EuGVU, Lugano-Übereinkommen und die Rechtsentwicklungen in Mittel- und Osteuropa*, E. JAYME (éd.), Heidelberg, Müller, 1992, 263; A. BÄUMER, *Die ausländische Rechtshängigkeit und ihre Auswirkungen auf das internationale Zivilverfahrensrecht*, Köln/Berlin/München, Heymann, 1999, 50. La seule exception à ce refus semble être la possibilité pour le juge suédois de surseoir à statuer lorsque l'on peut prévoir que la décision étrangère pourra être utilisée à titre de preuve dans la procédure suédoise : M. BOGDAN, "Sweden", *Dedining Jurisdiction*, 375.

Pour le droit danois, v. A. BÄUMER, *ac*, 1999, 49-50. Pour le droit islandais, *idem*, 52-53.

Pour le droit finlandais, *cons.* H. TAPANI KLANI, "Finland", in *Dedining Jurisdiction*, 171 et J. LAPPALAINEN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of Application of the Brussels and Lugano Conventions : Finland", in *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*, G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), La Haye, Kluwer Law International, (169), 180-181.

Pour la Norvège, v. H. BULL, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of Application of the Brussels and Lugano Conventions : Norway", dans le même ouvrage, (425), 444-445; A. BÄUMER, *ac*, 1999, 52-53. V. également L. PALSSON, *lc*, *Scand. Studies in Law*, 1970, 77-80, n° 11.

<sup>1789</sup> Droit espagnol : pour un aperçu de la jurisprudence, v. avant tout l'étude de E. BAZAGA, *ac*, 1997, 27-55. *Adde* J. C. FERNANDEZ ROZAS et S. SANCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Ed. Civitas, 1999, 135-139 ainsi que F. B. WEIGRAND, "Der Beitritt Spaniens und Portugal zum EuGVÜ", *R.I.W.*, 1991, (717), 721; J.-D. GONZALES CAMPOS, J. C. FERNANDEZ ROZAS et R. RECONDO PORRUA, *Derecho internacional privado*, Parte especial, I, Oviedo, s.n., 1984, 325-326.

Droit grec : P. KARGADOS et E. MOUSTAIRA, "Greece", in *Dedining Jurisdiction*, 248-251; K. KERAMEUS, "Rechtsvergleichende Bemerkungen zur internationalen Rechtshängigkeit", in *Festschrift für Karl Heinz Schaub zum 70. Geburtstag* P. GOTTWALD et H. PRÜTTING (éds.), München, 1990, (257), 260; CH. FRAGISTAS, note d'arrêt, *Zeitschrift für ausl. und int'l. Privatrecht*, 1955, 155 (selon qui la question est controversée) et N. K. KLAMARIS, "Enforcement of Court Orders and Judgments : Greece", in *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*, précité, (275), 313-314.

Pour le droit portugais, *cf.* *infra*, note 1793.

La jurisprudence luxembourgeoise n'accorde pas non plus de crédit à la simple saisine du tribunal étranger.<sup>1790</sup> Il en va enfin de même dans certains pays d'Europe de l'Est.<sup>1791</sup> Comme c'était déjà le cas dans les périodes antérieures, le rejet de la litispendance a parfois été coulé en texte de loi, - ce fut par exemple le cas en Roumanie<sup>1792</sup> et au Portugal.<sup>1793</sup>

On est donc loin d'une acceptation franche et générale de ce mécanisme de coordination. Il y a plus. La méfiance peut en effet se traduire de façon plus subtile, même lorsque le principe de la litispendance est accueilli.

**404. Un bilan contrasté (suite) : survivance de la méfiance et interprétation restrictive de la litispendance** - La reconnaissance de la litispendance ne fait pas automatiquement disparaître toute manifestation de méfiance à l'égard du mécanisme. L'hostilité plus ou moins ouverte peut ressurgir par le biais des conditions posées pour l'exception ou encore par une interprétation fortement restrictive de son application. Comment expliquer autrement la condition posée par le législateur péruvien, qui a subordonné le jeu de la litispendance à l'exigence que le tribunal étranger concurremment

---

Pour le Liban et l'Égypte, v. N.-A. DIAB, *Le tribunal internationalement compétent en droit Libanais et Français*, Paris, L.G.D.J., 1993, 49-50, n° 90-92. Le droit commun tunisien rejette aussi l'exception de litispendance internationale, V. Trib. Civ. Tunis, 25 février 1959, *J.D.I.*, 1961, 562; Trib. Première instance de Sousse, 15 février 1983, inédit, cité par M. EL ARBI HACHEM, "La convention franco-tunisienne du 28 juin 1972", *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 594, p. 11, n° 73. Dans le même sens, M. CHARFI, "Chronique de jurisprudence tunisienne", *J.D.I.*, 1979, (647), 655-656 ainsi que A. MEZGHANI, *Droit international privé Etats nouveaux et relations privées internationales*, Tunis, Cérès Productions, 1991, 368, n° 924 (la jurisprudence tunisienne est constante et refuse l'exception de litispendance internationale. Selon l'auteur, qui cite plusieurs décisions du tribunal de première instance de Tunis, "elle s'explique par le caractère d'ordre public conféré aux règles de compétence internationale"). Les articles 3 à 10 du Code tunisien de droit international privé, loi n° 98-97 du 17 nov. 1998 (parue à la *R.D.I.P.P.*, 2000, 541 e.s.) délimitent la compétence internationale des tribunaux tunisiens, mais restent muets sur l'exception de litispendance.

<sup>1790</sup> Cour Supérieure de Justice, 22 novembre 1966, *Pas. Lux.*, 1966-68, vol. 20, 245 (la Cour décide que "l'exception de litispendance ne peut être opposée devant une juridiction luxembourgeoise en raison d'une instance identique précédemment engagée devant une juridiction étrangère), ainsi que Cour, 22 février 1984, n° 6085, cité par F. SCHOCKWEILER, *Les conflits de lois et les conflits de juridiction en droit international privé luxembourgeois*, par J.-C. WIWINIUS, Luxembourg, Ed. P. Bauler, 1996, 171. Ce même auteur mentionne cependant deux décisions inédites (Diekirch, 31 janv. 1984, no. 31/84 et Luxembourg, 7 novembre 1991, n° 529/91) qui ont admis le principe de la litispendance. M. Vogel (*Le divorce en droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 1994, 317, n° 350) cite une décision du Tribunal d'arrondissement du Luxembourg du 26 janvier 1989, n° de rôle 39353, selon laquelle "il est généralement admis qu'il est dérogé aux règles ordinaires de compétence en faveur de la juridiction étrangère saisie la première, dans tous les cas où la juridiction du for n'a pas compétence exclusive, à moins que la décision que put rendre la juridiction étrangère ne soit pas susceptible d'être reconnue au pays". V. également Trib. Arrond. Luxembourg, 5 mai 1980, cité par le même auteur, qui rejete la litispendance.

<sup>1791</sup> Droit polonais : l'article 1098 du Code de procédure civile du 17 novembre 1964 (*supra*, note 1371). Cette disposition ne semble pas avoir été modifiée lors de la réforme de juillet 1990 (v. J. SOBKOWSKI, "Meilensteine in der Entwicklung der Rechtspflege auf den Wege zur Demokratie in Polen", *Z.Z.P.*, 1991, (192), 202). Pour la Roumanie, *infra* note suivante. En Tchèque : J. VONDRAČEK, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of Application of the Brussels and Lugano Conventions : Czech Republic", in *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*, précité, (111), 122-123. Il en va de même au Mexique, J. S. ARGOMEDO RUIZ DE VELASCO, "Mexico", in *Serving Process and Obtaining Evidence A broad*, Comp. Law Yearbook Int'l Business, 1998, S. COTTER (éd.), 241.

<sup>1792</sup> Article 156 de la loi du 22 septembre 1992 sur le règlement des rapports de droit international privé, dont une traduction est parue à la *R.C.D.I.P.*, 1994, 172 e.s.

<sup>1793</sup> Le quatrième alinéa de l'article 497 CPC du 28 décembre 1961 (loi n° 44219) exclut expressément l'application de l'exception de litispendance aux actions introduites devant les tribunaux étrangers : "L'existence d'une action devant une juridiction étrangère est irrelevante, sauf disposition contraire dans une convention internationale" (nous traduisons). Sur cette disposition, v., C. M. FERREIRA DA SILVA, "De la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers au Portugal (hors du cadre de l'application des Conventions de Bruxelles et de Lugano)", in *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*, précité, (465), 490-491; A. DOS REIS, *Código de processo civil anotado*, II, Coimbra, 1981 148; J.-P. TEIXEIRA DE MATOS, "Portugal", in *Serving Process and Obtaining Evidence A broad*, précité, 305.

saisi se prononce dans les trois mois.<sup>1794</sup> Comme le note M. Droz, le délai de trois mois rend cette disposition complètement illusoire.<sup>1795</sup>

Il est d'autres manières, plus subtiles, de limiter le jeu de l'exception de litispendance. La pratique française est à cet égard révélatrice de la persistance d'une certaine méfiance. Depuis l'arrêt fondateur *Minerva di Fragne*, la jurisprudence française a certes accepté le jeu de la litispendance internationale en matière familiale<sup>1796</sup> – à la suite de quoi on peut légitimement dire que l'exception de litispendance fait partie intégrale du droit international privé commun français.<sup>1797</sup> Il reste cependant que, de l'avis général, les tribunaux montrent peu d'enthousiasme à appliquer les solutions dégagées en 1974.

Ce manque d'enthousiasme se traduit notamment par une appréciation restrictive des conditions d'identité des litiges.<sup>1798</sup> Elle conduit également à limiter le recours à la litispendance en donnant libre cours au caractère exclusif des articles 14 et 15 du Code civil.<sup>1799</sup> Bien souvent il suffira en effet au demandeur français d'invoquer l'article 14 pour exclure toute compétence concurrente de la juridiction étrangère, condition *sine qua non* du mécanisme de la litispendance.<sup>1800</sup> Les tribunaux sont conscients de l'obstacle que représente l'article 14 pour la coordination des procédures concurrentes, même s'ils hésitent à le remettre en question. Ainsi la Cour d'Appel de Colmar a-t-elle constaté dans une affaire de divorce tranchée en 1990 que, puisque le mari avait réclamé le bénéfice de l'article 14 du Code civil, qui entraîne l'incompétence des tribunaux étrangers, l'exception de litispendance ne pouvait être accueillie "sans qu'il faille s'interroger sur les conséquences et l'opportunité d'une jurisprudence qui favorise les contrariétés de décisions pouvant aller jusqu'à rendre inexécutable chacune d'elle dans le pays étranger concerné".

<sup>1794</sup> Selon l'article 2066 du Code civil, "Lorsque sera pendante une action antérieurement formée [...], le tribunal péruvien suspendra la cause s'il peut prévoir que la juridiction étrangère prononcera, dans un délai qui n'excède pas trois mois, une décision susceptible d'être reconnue et exécutée au Pérou" (traduction parue à la *R.C.D.I.P.*, 1986, 192, nous soulignons).

<sup>1795</sup> G. DROZ, "Regards sur le droit international privé comparé", *Recueil des cours*, 1991-IV, 65. Sur cette question, cf. *infra*, n° 716.

<sup>1796</sup> P. ex. Lyon, 22 mai 1979, *D.*, 1980, IR, 332, note Audit (cède la priorité au juge yougoslave dans un litige concernant le droit de visite après divorce); Trib. Grde instance Paris, 12 février 1980, *J.D.I.*, 1980, 653, note A. HUET (accueille une exception de litispendance en faveur d'un tribunal portugais saisi de la même action en recherche de paternité); Trib. Grde instance Paris, 7 juillet 1976, *R.C.D.I.P.*, 1977, 725, note Fadlallah (se dessaisit d'une instance en divorce au profit des tribunaux suédois), réformé par Paris, 24 nov. 1977, *R.C.D.I.P.*, 1978, 527; *J.D.I.*, 1978, 306, note A. Huet; Paris, 24 mai 1983, *J.D.I.*, 1983, 827, note A. Huet (se dessaisit d'une instance en divorce au profit des tribunaux algériens).

<sup>1797</sup> V. Cass. fr., 8 juin 1999, *D.*, 1999, IR, 169; *R.C.D.I.P.*, 2000, 34, note P. REMY-CORLAY (casse la décision de la Cour d'appel de Paris qui avait rejeté l'exception de litispendance soulevée par l'épouse française d'un couple français sans vérifier si le tribunal américain, premier saisi, était compétent au regard des règles françaises de compétence internationale indirecte).

<sup>1798</sup> Conclusion à laquelle aboutit Mme. Gaudemet-Tallon après une étude fouillée de la jurisprudence, v. H. GAUDEMET-TALLON, *l.c.*, in *Mélanges Dominique Holleaux*, 132-134. *Infra* sur cette question, n° 458.

<sup>1799</sup> Sur la question de l'exclusivité de l'article 1070 N.C.P.C., qui prévoit une règle de compétence spécifique pour les affaires de divorce, v. H. GAUDEMET-TALLON, *l.c.*, *Mélanges Dominique Holleaux*, 129-131.

<sup>1800</sup> V. par ex. Cass. fr., 3 juin 1997, *R.C.D.I.P.*, 1998, 452, note Ancel (la Cour de Cassation constate que l'article 14 du Code civil, invoqué pour fonder la compétence du tribunal français, est exclusif de toute compétence concurrente de la juridiction étrangère, et que la question de la litispendance ne se pose dès lors même pas); Cass. fr., 25 mai 1987, *J.C.P.*, 1987, IV, 263. Les commentateurs sont unanimes à critiquer cette conséquence du caractère exclusif conféré aux art. 14 et 15 : H. GAUDEMET-TALLON, *l.c.*, *Mélanges Dominique Holleaux*, 131-132 ; de la même, « Litispendance et connexité en droit européen et en droit international : la règle prior tempore... », *Dalloz Affaires*, 1996, (474), -477. ainsi que de B. AUDIT, "Le privilège de juridiction résultant de l'art. 15 C. civ. exclut toute compétence concurrente de la juridiction étrangère, dans la mesure où son bénéficiaire n'y a pas renoncé", *D.*, 1993, somm., 351.

Comment ne pas conclure au vu de ces limitations que les tribunaux cherchent à reprendre d'une main ce qu'ils ont donné de l'autre? On peut voir dans ces résistances, comme le fait Mme. Gaudemet-Tallon, "des combats d'arrière garde qui s'estomperont" avec l'expérience et la pratique de la litispendance. Toujours est-il que dans l'état actuel de la jurisprudence, elles cantonnent le déclinatoire de litispendance à un rôle plus qu'exceptionnel. Comme le constatait M. Audit en 1994, "si le principe d'admissibilité de la litispendance internationale a été proclamé il y a une vingtaine d'années [...] son admission effective est demeurée exceptionnelle".<sup>1801</sup>

**405. Un bilan contrasté (suite) : les conquêtes de la litispendance** – S'il reste dès lors beaucoup de progrès à faire avant que l'on puisse évoquer à propos de la litispendance un principe de droit généralement admis,<sup>1802</sup> les avancées enregistrées depuis le début du 19<sup>ème</sup> siècle sont toutefois considérables. Ainsi le droit conventionnel semble-t-il tout entier acquis à la cause de la litispendance internationale. Ceci se vérifie non seulement pour les grandes conventions multilatérales, mais également pour les nombreuses conventions bilatérales (*infra*, n° 728). De même le mouvement de codification du droit international privé engagé à partir des années 1970<sup>1803</sup> a-t-il permis à la litispendance de faire son entrée dans de nombreux droits nationaux. Outre l'effet d'entraînement inévitable dans ce genre de mouvement, la faveur avec laquelle les législateurs nationaux ont accueilli la litispendance s'explique sans doute par l'influence du droit conventionnel, et en particulier de la Convention de Bruxelles – dont l'exception de litispendance est appliquée quotidiennement par les tribunaux.<sup>1804</sup> L'assouplissement du régime des jugements étrangers dans la plupart des codifications n'est sans doute pas non plus étranger à la consécration de la litispendance.

<sup>1801</sup> B. AUDIT, "Les conditions de la litispendance internationale en matière de divorce", *D.*, 1994, Somm. Commentés, 352; M.-L. NIBOYET-HOEGY, *T.C.F.D.I.P.*, 82 ("l'exception [de litispendance] est encore rarement accueillie en droit commun"); A. HUET, *Juris-Classique Droit international*, Fasc. 581-43, 1995, n° 39 et BATHIFOLLAGARDE, II, 469, n° 676 ("Dans la pratique judiciaire, cependant, l'accueil de l'exception demeure rare, les tribunaux se montrant très rigoureux sur les conditions de compétence du tribunal étranger et d'identité des litiges portés respectivement devant le tribunal étranger et devant le tribunal français [...]"). M. Schneider expliquait également que "Même dans les ordres juridiques où elle est considérée comme recevable en principe, l'exception de litispendance internationale est rarement admise au fond" ("L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève n° 50, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 307).

<sup>1802</sup> On s'accorde d'ailleurs pour dire que le droit international n'impose pas aux Etats d'accorder un quelconque crédit à la saisine concurrente d'un tribunal étranger, v. R. GEIMER, 1997, 674, n° 2691, qui cite M. Wengler. Cfr. également T. PARASSI, "Il regolamento della litispendenza in alcune convenzioni internazionali", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1953, (357-366), 357 ("Nè dal diritto internazionale generale derivano per gli Stati obblighi di dar rilevanza, nel loro ordinamento interno, alla litispendenza all'estero"); I. SZASZY, *International Civil Procedure*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1967, 531 ("General international legal custom does not bind States to recognize the legal effects of procedure pending or terminated abroad, or of a specific procedural conduct abroad"); P. MAYER, *Droit international privé*, 5ème éd., Paris, 1994, 26-27, n° 30; J. MAHARI, *Zuständigkeitskonflikte...*, 1987, 27; M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 21; CH. FRAGISTAS, "Problèmes résultant...", *l.c.*, 102.

<sup>1803</sup> En général, A. FERRER CORREIA, "Les problèmes de codification en droit international privé", *Recueil des Cours*, 1975-II, vol. 145, 57-204 et E. JAYME, "Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé", *Recueil des Cours*, 1982-IV, vol. 177, 9-102. Cfr. également l'étude de E. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les récentes codifications du droit international privé en Europe*, Bibliothèque de droit privé vol. 195, Paris, L.G.D.J., 1987, 531 p.

<sup>1804</sup> Sur l'effet de "rayonnement" de cette Convention, v. RIGAUX-FALLON, 1993, 207, n° 826, qui notent que "il est probable que le relatif libéralisme de la Convention de Bruxelles sur ce point [...] exercera une influence en Belgique également". Dans le même sens, H. GAUDEMET-TALLON, "Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau?", *T.C.F.D.I.P.*, 1987-88, (171), 182 ("Nul doute que [l'article 21] ne produise un effet d'entraînement : obligé d'accueillir la litispendance en faveur d'un tribunal anglais ou allemand, le juge français la refusera moins facilement au profit d'un tribunal suisse ou américain").

La tendance a été amorcée par le législateur suisse, qui a entériné en 1987 la solution déjà consacrée par la jurisprudence,<sup>1805</sup> tout en y apportant quelques aménagements mineurs.<sup>1806</sup> Parmi ceux-ci on retiendra surtout la limitation apportée à l'effet de la litispendance étrangère, dont le juge du for ne tiendra compte que dès lors que son collègue étranger peut rendre justice aux parties dans un délai raisonnable.<sup>1807</sup> Le législateur suisse prit également soin de fournir au juge une règle lui permettant de déterminer le moment de sa saisine. D'autres pays avaient déjà donné l'exemple. On pense par exemple à certains codes de droit international privé issus d'Europe centrale<sup>1808</sup> ainsi qu'à la loi péruvienne. Le législateur péruvien avait en effet conféré un effet (fort limité) à la litispendance étrangère lors de la réforme du code civil en 1985.<sup>1809</sup>

La litispendance est vite devenue une clause classique figurant au menu de la codification du droit international privé – s'imposant ainsi là où la jurisprudence ne l'avait pas encore accueillie. Le législateur québécois l'a par exemple introduite à la faveur de la réforme du code civil, s'écartant de la solution traditionnellement retenue par les tribunaux québécois. On se rappellera en effet que ceux-ci avaient décidé au siècle dernier de ne pas donner suite à la litispendance devant un tribunal étranger, alléguant le défaut d'effet au Québec des jugements étrangers.<sup>1810</sup> Seules les relations avec d'autres tribunaux canadiens

<sup>1805</sup> Il a fallu attendre la seconde moitié du 20<sup>ème</sup> siècle pour que le tribunal fédéral se laisse convaincre par les vertus de la litispendance. A la décharge des tribunaux, il faut reconnaître que le problème fut largement obscurci par la question de savoir si l'exception de litispendance internationale relevait du droit cantonal ou fédéral (sur cette question B. SCHNEIDER, *l.c.*, in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, (295), 303-304). Les juges fédéraux avaient certes relevé dès 1913 que "l'opinion d'après laquelle l'exception de litispendance doit être admise en matière internationale tend aujourd'hui à prévaloir" (ATF 38 I 536; S.J., 1913, 34). Il s'agissait cependant d'un simple obiter dictum, le tribunal se contentant par ailleurs de laisser ouverte la question de savoir s'il y avait lieu d'accueillir l'exception de litispendance en raison d'un procès pendant en France. La question fut habilement évacuée, le tribunal constatant que les deux procédures ne portaient pas sur le même objet. Les décisions ultérieures firent preuve de plus de réticence à l'égard du déclinatoire de litispendance. Par exemple ATF 56 II 335; J.T., 1931, I, 135; S.J., 1931, 301; ATF 64 II 61; S.J., 1939, 17. Il a fallu attendre 1954 pour que le Tribunal fédéral s'incline devant la saisine concurrente d'un juge étranger, américain en l'espèce : TF, 8 avril 1954, ATF 80 II 97; J.T., 1955, I, 43 (litige américano-suisse portant sur le divorce de deux époux). V. déjà ATF 65 II 177; J.T., 1939, I, 418; S.J., 1940, 572 (le tribunal admet la recevabilité de la litispendance en vertu du droit fédéral, tout en rejetant l'exception en l'espèce pour défaut d'identité d'objet entre les deux procédures) Sur l'histoire de la jurisprudence suisse, v. M. WITTIBSCHLAGER, 57-61 et B. SCHNEIDER, étude précitée, 303-305. Les tribunaux cantonaux avaient précédé leurs collègues fédéraux, s'ouvrant à la litispendance au tournant du siècle – même si leur jurisprudence n'était pas toujours constante. La Cour d'Appel de Zürich a par exemple accueilli le déclinatoire de litispendance dans une affaire tranchée en 1902 : Obergericht Zürich, 3 mai 1902, ZR, 1902, n° 189; Obergericht Zürich, 12 juillet 1902, ZR, 1903, n° 55; Obergericht Zürich, 1 oct. 1908, ZR, 1908, n° 162; Obergericht Zürich, 9 nov. 1910, ZR, 1902, n° 48. La Cour de justice civile de Genève avait dès 1909 rejeté une demande en divorce pour cause de litispendance internationale (Cour justice civile Genève, 6 novembre 1909, *Sem Jur.*, 1909, 1, v. aussi Cour justice civile Genève, 14 février 1930, *Sem Jur.*, 1930, 245 (la Cour a noté que "il n'y a pas de raison de principe de refuser d'admettre l'exception de litispendance soulevée à l'occasion de deux instances pendantes simultanément en France et en Suisse. Une décision dans ce sens est au contraire logique et conforme à l'évolution moderne des rapports juridiques entre nations").

<sup>1806</sup> Article 9 de la loi Suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987. Sur cette disposition, v. P VOLKEN, « Art. 9 », in *IPRG-Kommentar. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, A. HEINI et al. (éds.), Zürich, Schulthess, 1993, 71-80 et M. WITTIBSCHLAGER 1994, 51-55 et 75-137.

<sup>1807</sup> Sur cette question, *infra*, n° 763.

<sup>1808</sup> V. déjà l'article 80 de la Loi Yougoslave du 15 juillet 1982 sur les solutions des conflits de lois avec les dispositions des autres Etats dans le domaine de certains rapports (traduction parue à la *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1983, 353) ainsi que l'article 65 de la loi hongroise de 1979 sur le droit international privé, et les commentaires de M. KENGEL, "Die Anerkennung und Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidungen außerhalb des Geltungsbereich des Brüsseler und Lugano-Übereinkommens in Ungarn", in *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*, G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), La Haye, Kluwer Law International, (323), 341-342.

<sup>1809</sup> Article 2066 du Code civil du Pérou, traduction parue à la *R.C.D.I.P.*, 1986, 192 e.s.

<sup>1810</sup> *Supra*, n° 376. L'article 210 du Code de procédure civile limitait fortement la possibilité d'invoquer l'autorité d'un jugement étranger.

échappaient à cet isolationnisme.<sup>1811</sup> Le nouvel article 3137 du Code civil étendit les possibilités de coordination à tous les tribunaux indistinctement.<sup>1812</sup>

Le législateur italien a suivi l'exemple lors de la codification du droit international privé en 1995, mettant fin à l'isolationnisme qu'imposait l'article 3 du Code de procédure civile.<sup>1813</sup> Ici encore la très grande libéralisation du régime des jugements étrangers<sup>1814</sup> n'est pas étrangère à la consécration de la litispendance. Le nouvel article 7 de la loi italienne a, de l'avis des commentateurs, clairement été inspiré par l'exemple de la litispendance européenne.<sup>1815</sup> Tout comme dans le Code suisse, mais à la différence de la codification québécoise, l'article 7 de la loi italienne fait de la litispendance une *obligation* et non une simple faculté pour le juge italien second saisi.<sup>1816</sup>

Enfin, tout récemment, c'est le Parlement néerlandais qui vient de confirmer cette tendance positive : à la faveur de la réforme du Code de procédure civile, le législateur a en effet introduit une exception de litispendance internationale qui s'inspire manifestement des exemples suisse et italien. L'article 12 du Code de procédure civile,<sup>1817</sup> sur lequel la jurisprudence avait d'ailleurs déjà largement anticipé comme à son habitude,<sup>1818</sup> porte sans conteste les traces de la méfiance atavique des tribunaux

<sup>1811</sup> P. ex. *Toulon Construction, Inc. v Rusco Industries, Inc.*, [1973] R.P. 138 (C.A.) et *Unger v Rosenfeld*, [1972] C.S. 673; *York Harbour Development, Ltd. c Commonwealth Ins., Co.*, [1992] 44 Q.A.C. 307. Sur cette jurisprudence, cons. W. S. JOHNSON, *Conflict of Laws*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1962, 2ème éd., 830-835 et "Canada (Québec)", in *Dedining Jurisdiction*, pp. 157-158 (qui fait référence à *The Howard Guernsey Manufacturing Co. v King* (1894) 5 CS 182 et *Unger v Rosenfeld* [1972] CS 673). E. GROFFIER, *Précis de droit international privé québécois*, Ed. Y. Blais, Cowansville, 1990, 246, n° 249; J.-G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980, 691-693.

<sup>1812</sup> Article 3137 du Code civil Québécois. Sur cette disposition, v. G. GOLDSTEIN, "Canada (Québec)", in *Dedining Jurisdiction* pp. 157-163; E. GROFFIER, *La réforme du droit international privé québécois. Supplément au Précis de droit international privé québécois*, Ed. Yvon Blais, Cowansville, 1993, 132-133, n° 110; J. TALPIS et J.-G. CASTEL, "Le Code civil du Québec. Interprétation des règles du droit international privé", in *La réforme du Code civil*, Presses de l'Université Laval, 1993, n° 427-432 et G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Droit international privé...*, 1998, 321-328.

<sup>1813</sup> Article 7 de la loi Italienne n° 218 du 31 mai 1995. V. C. CONSOLO, "Profili della litispendenza internazionale", *Rivista diritto internazionale*, 1997, 5-77; A. MIGLIAZZA, "La litispendenza internazionale e la sua disciplina nella legge 31 maggio 1995, N. 218", *Comunicazione e Studi. Istituto di diritto internazionale della Università di Milano*, 1997, 39-49; P. PICONE, "La riforma italiana del diritto internazionale privato", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996, 14-15; T. BALLARINO et A. BONAMI, *Diritto Internazionale Privato*, Cedam, Milan, 1996, 126-129; V. STARACE, "Le champ de la juridiction selon la loi de réforme du système italien de droit international privé", *R.C.D.I.P.*, 1996, 79 et les commentaires de R. LUZZATTO, "Articoli 3-12", *R.D.I.P.P.*, 1995, numéro spécial consacré à la réforme du dip italien, (924), 944-948, n° 7.

<sup>1814</sup> Pour plus de détails, M. GIULIANA CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere (artt. 64-67 L. N. 218/1995)*, Milan, Giuffrè, 2001, 199 p.

<sup>1815</sup> En ce sens, F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e contratti*, Turin, Utet, 1999, 61-62; F. POCAR et C. HONORATI, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milan, Giuffrè, 1997, 9. Ces derniers précisent toutefois (p. 29) que l'inspiration européenne ne signifie pas que l'interprétation de l'article 7 doit nécessairement se faire à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice.

<sup>1816</sup> M. Pocar et Mme. Honorati précisent cependant que le juge dispose d'une "ampio margine di discrezionalità" (oc, 1997, p. 29) pour appliquer le pronostic de reconnaissance prévu par cette disposition.

<sup>1817</sup> A l'origine il s'agissait de l'article 1.1.11 du projet néerlandais de révision du Code de Procédure civile. Cette disposition est devenue l'article 1.1.10 de la proposition de loi n° 24.651 (Tweede kamer, 1995-96). Cfr. les commentaires de D. KOKKINI-IATRIDOU et K. BOELE-WOELKI, "De regeling van de 'internationale rechtsmacht' in het voorontwerp van wet van 1993", *N.I.P.R.*, 1993, 359-361 ainsi que sur le projet dans son ensemble les rapports réunis par P. VLAS (éd.), *De internationale bewegelijkheid van de Nederlandse rechter volgens de nieuwe bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, numéro spécial NIPR, 1996, 156 p. Par la suite le projet fut retiré et une nouvelle version déposée, la proposition de loi n° 26 855 déposée à la Chambre le 25 octobre 1999 (TK, 1999-2000), dont l'article 1.1.10 reprenait l'exception de litispendance. Sur cette proposition, v. les commentaires de J. W. RUTGERS, "Toekomstig burgerlijk procesrecht. Rechtsmacht van de Nederlandse rechter", *Advocatenblad*, 2000, 364-368.

<sup>1818</sup> Dès 1995 la Haute Cour reconnut en effet la possibilité pour le juge néerlandais de donner effet à la saisine d'un juge étranger en dehors de toute obligation conventionnelle : HR, 3 juillet 1995, *N.J.*, 1997, n° 54, 241, note Th. M. dB. Une citoyenne néerlandaise avait in casu entamé une procédure de divorce devant les juridictions du

néerlandais à l'égard de la litispendance. Ainsi l'accueil de l'exception est-il laissé à la libre appréciation du juge du for second saisi, sans qu'il soit question d'une quelconque obligation.

**406. Un bilan contrasté (suite et fin)** – Ces nombreuses initiatives législatives confirment que la *méfiance* qui dominait autrefois le paysage juridique européen, appartient au passé.<sup>1819</sup> La litispendance a fait son entrée dans le droit de nombreux pays, que ce soit au gré d'une réforme législative, d'une modification de la jurisprudence ou encore de la conclusion d'une convention internationale. Elle s'est imposée comme mécanisme de solution des conflits de procédures. On ne peut dès lors que se réjouir que le législateur belge soit lui aussi en passe de rejoindre le cercle L'article 14 du projet de Code belge de droit international privé, qui met fin à plus de 150 années d'isolationnisme, prévoit en effet une exception de litispendance internationale.<sup>1820</sup> Il reste à espérer que ce projet recevra prochainement la sanction législative tant attendue.

L'évolution historique du déclinatoire de litispendance a mis en lumière les résistances qui ont longtemps empêché ou du moins sérieusement limité la coordination par la déférence des procédures concurrentes soumises aux tribunaux français. On va voir dans la section suivante que les résistances n'étaient pas moins grandes en droit anglais.

Surinam. Cette première procédure ne laissant entrevoir aucune issue rapide, elle saisit deux ans plus tard les tribunaux néerlandais d'une requête similaire, ce à quoi son époux répliqua en soulevant une exception de litispendance. Le Hoge Raad accueillit celle-ci dans un attendu de principe, en notant que le juge néerlandais "peut, lorsqu'un tribunal étranger a déjà été saisi d'un litige entre les mêmes parties et portant sur le même objet, surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal étranger se prononce, pour autant que l'on puisse prévoir que sa décision puisse être reconnue aux Pays-Bas". *N.J.*, 1997, n° 54, (241), 248. V. déjà HR, 22 décembre 1989, *N.J.*, 1990, n° 689, 2775, note J.C.S., et surtout les conclusions de l'avocat-général qui laissaient entrevoir une évolution en ce sens.

Le Hoge Raad a depuis lors confirmé sa jurisprudence, HR, 14 novembre 1997, *N.J.*, 1998, n° 439 (le HR confirme la possibilité pour le tribunal de surseoir à statuer en cas de procédure concurrence devant un juge étranger. En l'espèce toutefois, l'exception de litispendance invoquée par l'épouse pour contrer une demande en divorce de l'époux fut rejetée, au motif que la preuve de l'existence de la procédure pendante au Maroc n'a pas été suffisamment rapportée). V. également HR, 8 septembre 2000, *N.J.*, 2000, n° 641 (le HR refuse de casser une décision qui avait rejeté une exception de litispendance au profit d'une procédure américaine de divorce, en notant que les juges du fond ont décidé souverainement que le juge néerlandais avait été saisi en premier. Dans ses conclusions contraires, l'avocat général Strikwerda penchait toutefois pour la priorité au juge américain qu'il estimait premier saisi. Il résuma la jurisprudence de façon synthétique : "naar ongeschreven Nederlands internationaal privaatrecht in een geval dat over hetzelfde onderwerp tussen dezelfde partijen reeds een geding voor een buitenlandse rechter aanhangig is en diens uitspraak, naar te voorzien valt, voor erkenning in Nederland vatbaar zal zijn, de Nederlandse rechter bij wie de zaak nadien is aangebracht, de behandeling van de zaak kan aanhouden totdat door de buitenlandse rechter is beslist" (n° 6). d'ailleurs approuvée par la doctrine. Note Th. M. dB, *N.J.*, 248-250; L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 6ème éd., 2000, 223-224, n° 229. L'exception de litispendance a commencé à faire son apparition dans les recueils de jurisprudence. Rb. Roermond, 2 oct. 1997, *N.I.P.R.*, 1998, n° 287 (accepte de surseoir à statuer au profit d'une procédure allemande); Rb. 's-Gravenhage, 10 novembre 1998, *N.I.P.R.*, 1999, n° 64 (rejette l'exception de litispendance en raison de l'antériorité de la procédure néerlandaise); Rb. 's-Gravenhage, 26 juin 1998, *N.I.P.R.*, 1998, 332, n° 280, confirmé par Hof 's-Gravenhage, 23 décembre 1998, *N.I.P.R.*, 1999, n° 235 (rejette une exception de litispendance en raison de la longueur abusive de la procédure belge).

<sup>1819</sup> V. également la loi modèle chinoise sur le droit international privé, dont une traduction est parue in *Yearb. Private Int'l L.*, 2001, 354 e.s., en particulier l'article 54.

<sup>1820</sup> Projet déposé au Sénat en juillet 2002, v. les commentaires de J. ERAUW, "De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het ontwerp van Wetboek ipr", *R.W.*, 2002, 1557-1566.

## § 2. L'émergence de l'exception de for inapproprié : l'exemple du droit anglais

407. **Introduction** – La concurrence de procédures n'est évidemment pas un phénomène réservé aux juridictions de droit civil. Les nombreuses décisions anglaises et américaines déjà évoquées dans cette étude le prouvent à suffisance. Il reste que les juristes formés à la *common law* ne cachent pas leur étonnement, voire leur mépris, pour la très chronologique exception de litispendance. Il faut dire que la confiance quasi religieuse que les juristes de droit civil accordent à la chronologie de la procédure pour trancher la concurrence a de quoi surprendre lorsqu'on est formé à la seule *common law*. Ainsi, même lorsqu'il s'agit de départager deux tribunaux anglais concurrentement saisis, la jurisprudence ne fera pas appel au seul ordre de saisine pour donner la préférence à l'un ou à l'autre.

Même si sa dénomination pourrait laisser penser le contraire, le *plea of lis alibi pendens* évoqué dans ces situations n'a pas l'automatisme et la rigueur chronologique de l'exception de litispendance internationale que l'on vient d'évoquer. Le juge anglais chargé de statuer sur une telle exception conserve en effet un large pouvoir d'appréciation. Ainsi, si les tribunaux décident classiquement qu'il est "prima facie vexatoire" pour une partie d'assigner le même adversaire à deux reprises,<sup>1821</sup> il n'en ira pas nécessairement de même lorsque chaque partie a pris l'initiative d'une procédure. Pour obtenir qu'une procédure soit déclarée irrecevable, une partie devra ainsi montrer "le harcèlement, la vexation et l'abus de procédure qu'entraîne la poursuite de la procédure à laquelle elle tente de mettre fin".<sup>1822</sup> Il en va de même dans le cadre du contentieux familial, où le *plea of lis alibi pendens* a fait l'objet d'une consécration législative, sans rien perdre de son caractère discrétionnaire.<sup>1823</sup>

<sup>1821</sup> P. ex. *Slough Estates Ltd. v Slough Borough Council* [1968] Ch. 299, [1967] 2 All ER 270; *McHenry v Lewis* (1882) 22 Ch.D. (397), 400 ("where two actions are by the same man in Courts governed by the same procedure, and where the judgments are followed by the same remedies, it is prima facie vexatious to bring two actions where one will do") et *The Christianborg*, (1885) P.D. 141, 153 ("It is prima facie vexatious to sue concurrently in two British courts, but not necessarily to do so in a British and a foreign court").

La doctrine moderne se range également à cette opinion : p. ex. *Cheshire and North's Private International Law* par G. C. CHESHIRE et P. M. NORTH, 8ème éd., Londres, Butterworths, 1970, 116 ("If a litigant brings two actions about the same matter in two different courts in England, his conducts is in all cases deemed that he shall elect between the two proceedings") et D. C. JACKSON, *The 'Conflicts Process'. Jurisdiction and Choice in Private International Law*, New York, Oceana, 232 ("it is accepted that it is prima facie vexatious and oppressive to sue concurrently in two British courts").

<sup>1822</sup> J. JACOB, *The Supreme Court Practice* 1982, II, Londres, Sweet & Maxwell, 955, n° 3364 : "the oppression, vexation or abuse of the process of the Court resulting from the continuation of the proceedings sought to be stayed" (M. Jacob cite la décision *Slough Estates Ltd. v Slough Borough Council* [1968] Ch. 299, [1967] 2 All ER 270). V. également le formulaire n° 1364 intitulé "Summons to Stay or Dismiss on the Ground of Lis Alibi Pendens", in J. JACOB, *Chitty and Jacob's Queen Bench's Forms*, 12ème éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1986, 1013 (dans lequel le demandeur invite la Cour à accorder l'exception en raison de l'existence d'"an action between the parties involving the same subject-matter and relief or remedy and the same is frivolous and vexatious and an abuse of process of the Court [...]"). V. dans la jurisprudence, p. ex. *Posnett v Hill*, [1893] 1 Ch. 277 (C.A.); *Williams v Hunt* [1905] 1 K.B. 12 (C.A.).

Aux Etats-Unis, v. les applications suivantes de la 'motion to dismiss' à l'hypothèse des procédures concurrentes : *Goston v Craig*, 34 Ark. App. 23, 805 S.W. 2d 92 (Ark. 1991); *Singh v Kabish*, 153 A.D.2d 621, 544 N.Y.S. 2d 654 (1989) et *In re Marriage of Gornley*, 813 S.W. 2d 108 (Mo. Ct. Ap. 1991). En général, v. C.J.S. vol. 27, v° Dismissal and Nonsuit, St. Paul, West, 1999, 279-280, § 52.

<sup>1823</sup> *Family Law Act* de 1986, tel qu'amendé par le *Children Act* de 1989, s. 3(2) (sur cette disposition, Cheshire et North, 1999, 863-86, ainsi que *B. v B. (Scottish Contact Order : Jurisdiction to Vary)* [1996] 1 FLR 688) ainsi que le paragraph 8 du Schedule 1 attaché au *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* de 1973 (v. *T. v T. (Custody Jurisdiction)* [1992] 1 FLR 43 ; *A. v A. (Forum non conveniens)* [1999] 1 FLR 1. et Cheshire and North, 1999, 769-770).

Le *plea of lis alibi pendens* n'a donc de litispendance que de nom – du moins si l'on prend comme modèle le 'canon' européen.<sup>1824</sup> On comprend dès lors fort bien qu'il n'est pas non plus question pour les tribunaux anglais de se fonder sur la seule chronologie des saisines pour départager deux procédures concurrentes dans le contentieux international privé.

Le partage, s'il a lieu, se fera au contraire sur base d'une comparaison des titres respectifs des tribunaux à trancher le litige. Dans l'affaire de *Dampierre* (*supra*, n° 5), les tribunaux anglais avaient été saisi d'une demande de divorce qui faisait également l'enjeu d'une procédure en France. Sans s'attarder sur l'ordre dans lequel les tribunaux avaient été saisis, la Chambre des Lords a constaté que, bien que le dernier domicile conjugal des époux se situait à Londres, les tribunaux anglais n'étaient pas les mieux placés pour connaître de la dissolution du lien conjugal. Les Lords firent valoir que les époux avaient depuis leur séparation, quitté l'Angleterre, avec laquelle le lien n'avait été que temporaire. Ils donnèrent dès lors raison à l'époux qui insistait pour que la priorité soit accordée aux tribunaux français. On aura reconnu le mécanisme du *forum non conveniens*, une doctrine au rayonnement considérable.

Il n'est plus besoin en effet de présenter le mécanisme, dont la notoriété a depuis longtemps dépassé les frontières du monde de la *common law*.<sup>1825</sup> Cette notoriété s'est

<sup>1824</sup> Les nouvelles règles de procédure en vigueur en droit anglais, les *Civil Procedure Rules*, reprennent le pouvoir d'accorder un 'stay' parmi les règles portant sur la "court's case management powers", règle 3(1)(2)(f). Sur la litispendance dans les relations inter-américaines, v. *supra* le chapitre relatif à l'exception de chose jugée. On remarque d'ailleurs que l'expression *lis pendens* ne signifie pas nécessairement litispendance en droit américain. Elle peut prendre une autre signification. Ainsi en droit anglais et américain, on désigne ainsi la maîtrise qu'exerce un tribunal sur un bien immobilier pendant la durée de la procédure dont il forme l'enjeu : par l'effet de la procédure, le bien tombe *in custodia legis*. Le contrôle du tribunal permet d'éviter qu'une éventuelle aliénation à un tiers ait pour effet de nuire à l'efficacité d'une future décision. En pratique, toute transaction portant sur ce bien se fait aux risques et périls de l'acheteur qui ne peut acquérir plus de droit que n'en a le vendeur. Selon *Black's Law Dictionary* (6ème ed.), on entend par 'lis pendens' "Jurisdiction, power or control which courts acquire over property in litigation pending action and until final judgment". V. également 51 *Am Jur* 2d, v° Lis Pendens, 1970, The Lawyers Cooperative Publishing, San Francisco pp. 949-959, §1 – American Jurisprudence 2d, Vol. 51). Pour une application, cf. *Beffy King Intern, Inc. v Veigle*, 464 F. 2d 1102 (C.A. Fla). Pour le droit anglais, v. la définition donnée au *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2ème éd. par J. BURKE, Londres, Sweet & Maxwell, 1977, 1106 ("The old doctrine of lis pendens was that if property was in question in a suit or action, it could not be alienated during the pendency of the suit or action [...]"). M. Szaszy faisait observer que le droit romain connaissait déjà une telle règle : L.13 D. 10.2, cité par I. SZASZY, *International Civil Procedure. A Comparative Study*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1967, 544, mais qu'elle a été abandonnée par les droits modernes. Cette acception particulière n'est toutefois pas exclusive, les tribunaux se référant également à l'expression '*lis pendens*' dans le contexte des conflits de procédures. P. ex. *Jody L. Singer v Dong Sup Cha, M.D.*, 550 A.2d 191, 192 (Pa. Super. 1988) (deux procédures avaient été introduites devant deux juridictions d'états différents, par le même demandeur, la cour rejeta la demande de dessaisissement basée sur la doctrine de la '*lis pendens*' en notant que c'est "the settled law of the country that the plea of lis pendens in another State is no defence to this action. [...]").

<sup>1825</sup> Dès les années 1970, les études portant sur le forum non conveniens se sont multipliées. Les premières analyses se contentaient de présenter aux juristes du continent le mécanisme tel qu'il existe en Angleterre et aux Etats-Unis, p.ex. B. SCHNEIDER, "Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droits écossais, anglais et américain)", *ReuInt.Dr.Comp.*, 1975, 606-642; P. HERZOG, "La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain : un aperçu", *R.C.D.I.P.*, 1976, 1-41. Très vite la doctrine s'est posée la question de savoir si le *forum non conveniens* pourrait éventuellement jouer un rôle dans les droits continentaux, v. déjà B. SCHNEIDER, *lc*, 641-642 et surtout U. WAHL, *Die verfehlte internationale Zuständigkeit – Forum non conveniens und internationale Rechtsschutzbedürfnis*, Schriften zum Prozessrecht n° 34, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, 150 p. ainsi que C. BLUM, *Forum non conveniens. Eine Darstellung der anglo-amerikanischen Doktrin und die Anwendungsmöglichkeiten im kontinentalen Recht am Beispiel der Zürcher Zivilprozessordnung*, Zürich, Schulthess, 1979, 206 p.; P. BERGER, "Zuständigkeit und forum non conveniens im amerikanischen Zivilprozessrecht", *RabelsZ.*, 1977, 39-70; K. LECKSZAS, "Die Lehre der Forum non conveniens im amerikanischen Recht", Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht, Série A, vol. 33, 1978 et E. JAYME, "Zur Übernahme der Lehre vom 'forum non conveniens' in das deutsche Internationale Verfahrensrecht", *Das Ständesamt, Zeitschrift für Ständesamtrwesen*, 1975, 91-94.

encore renforcée suite au vigoureux débat ayant porté sur la question de savoir si les tribunaux anglais – ainsi que leurs collègues écossais et irlandais – pouvaient refuser d'exercer une compétence que leur reconnaît la Convention de Bruxelles lorsqu'ils s'estimaient *forum non conveniens*.<sup>1826</sup>

408. Une doctrine de facture récente, mais à l'histoire déjà longue - Cette intense activité académique pourrait faire oublier que le *forum non conveniens* n'a somme toute été consacré que récemment. Il a ainsi fallu attendre 1947 pour que la Cour Suprême des Etats-Unis ouvre résolument la porte à la possibilité pour les tribunaux d'apprécier l'opportunité de leur saisine.<sup>1827</sup> La Chambre des Lords a attendu jusqu'en 1985 pour embrasser pleinement la doctrine du *forum non conveniens*.<sup>1828</sup>

Ce n'est pas à dire qu'avant ces deux arrêts de principe, il n'était pas possible de coordonner les procédures concurrentes dont étaient saisis les tribunaux anglais. Dès le 19<sup>ème</sup> siècle ces tribunaux acceptaient en effet, dans des hypothèses limitées et bien définies, de ne pas exercer une compétence dont ils étaient investis. Il ne s'agissait toutefois là que de formes particulières, aux limites bien circonscrites, de ce qui allait devenir plus tard le *forum non conveniens* tel qu'on le connaît aujourd'hui. Ce n'est que progressivement que les tribunaux ont accepté de conférer une portée plus générale à ces mesures de coordination. On constatera ultérieurement que si bien souvent ce sont des espèces mettant en jeu un conflit de procédures qui ont été à l'origine du développement de la doctrine, ces situations disparaîtront bien vite à l'arrière-plan. Car là est bien une originalité de la pratique anglaise : en principe, les conflits de procédures ne sont pas perçus comme un problème appelant une réponse spécifique. Il faudra dès lors se préoccuper de la place qu'ont occupé les conflits de procédures dans la doctrine (*infra*, n° 515).

409. Plan de l'exposé - On a pu écrire que les origines de la doctrine du *forum non conveniens* étaient "obscurées".<sup>1829</sup> Sans s'arrêter à la question de savoir si on peut faire remonter ces origines à l'ancien droit français ou encore au droit romain,<sup>1830</sup> on se contentera dans cette section de raconter quelle a été l'évolution de la jurisprudence anglaise.<sup>1831</sup> Si cette évolution mérite le détour, c'est pour montrer l'étonnant parallélisme avec le développement de la jurisprudence française déjà évoquée : alors qu'au départ, les tribunaux anglais n'acceptaient que du bout des lèvres la possibilité de renoncer à statuer au profit d'une procédure étrangère, ces tribunaux se sont peu à peu ouverts à la coordination par la déférence. Cette évolution s'est faite progressivement. Au risque de tomber dans la caricature, on peut distinguer deux périodes. La première débute au 19<sup>ème</sup>

<sup>1826</sup> Les études sur la question sont nombreuses. On retiendra celles de P. HUBER, *Die englische forum non conveniens-Doktrin und ihre Anwendung im Rahmen des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens*, Schriften zum internationalen Recht n° 68, Berlin, Duncker und Humblot, 1994, 243 p.; M. NIEGISCH, *Mehrsprachigkeit des internationalen Zivilverfahrensrechts in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft am Beispiel des Vereinigten Königreiches : die Doktrin forum non conveniens und das EuGVÜ*, Thèse Heidelberg, 1993, 295 p.; CH. DORSEL, *Forum non conveniens (richterliche Beschränkung der Wall des Gerichtsstandes im deutschen und amerikanischen Recht)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 217 p. et H. GAUDEMET-TALLON, "Le 'forum non conveniens', une menace pour la convention de Bruxelles? (A propos de trois arrêts anglais récents)", *R.C.D.I.P.*, 1991, 491-524. Plus récemment v. CH. CHALAS, pp. 535 e.s. et A. NUYS, pp. 165 e.s.

<sup>1827</sup> *Gulf Oil Corp. v Gilbert*, 330 U.S. 501, 67 S.Ct. 839, 9 L.Ed. 1055 (1947).

<sup>1828</sup> *Spiliada Maritime Corp. v Cansulex, Ltd.*, [1987] A.C. 411 (H.L.).

<sup>1829</sup> B. SCHNEIDER, *l.c.*, *Reu Dr. Int. Comp.*, 1975, (601), 606.

<sup>1830</sup> Sur cette hypothèse, A. NUYS, p. 106, n° 92 e.s.

<sup>1831</sup> L'histoire de cette doctrine a déjà été magnifiquement racontée. Deux études récentes, de grande ampleur, viennent d'y être consacrées, v. CH. CHALAS et A. NUYS.

siècle et s'étend sur la plus grande partie du siècle qui a suivi. Ce n'est que dans la deuxième moitié du 20<sup>ème</sup> siècle que les choses ont commencé à changer.

## I. LES ORIGINES : LE 'STAY' COMME SANCTION DE L'ABUS DE PROCEDURE

410. *A l'origine : l'inherent jurisdiction to stay* – Le *forum non conveniens* constitue un des avatars modernes du 'stay', ce pouvoir immanent des tribunaux anglais de suspendre la procédure dont ils sont saisis. Il n'est pas inutile de s'attarder sur ce concept, qui jouera un rôle important dans la pratique américaine des conflits de procédures.

De tout temps,<sup>1832</sup> les tribunaux anglais se sont reconnus le pouvoir de prendre certaines mesures d'administration de leur procédure, sans disposer pour cela d'une base légale spécifique. Ces mesures fort variées sont regroupées sous le dénominateur commun de 'inherent jurisdiction'. De façon quelque peu mystique, les tribunaux déduisaient ce pouvoir de la nature même de leur fonction.<sup>1833</sup> L'expression utilisée pour désigner ce pouvoir traduit bien qu'il y va d'une compétence 'naturelle', qui n'appelle aucune justification. En pratique la découverte de l'*inherent jurisdiction* s'explique sans doute par la nécessité de faire face à certaines situations que les instruments existant ne permettaient pas d'appréhender.<sup>1834</sup> Le tour de passe-passe qui consiste à "découvrir" un pouvoir 'inhérent' que l'on justifie par la nature de sa fonction a certes été critiqué.<sup>1835</sup> Depuis lors le législateur est venu à la rescousse du fondement branlant de la compétence inhérente, en apportant une sanction législative à certaines utilisations particulières qui en avaient été faites.

La question quasi-métaphysique du fondement de la compétence n'a jamais véritablement préoccupé les tribunaux, qui se sont plutôt attachés à en déterminer les limites.<sup>1836</sup> Comme souvent en droit anglais, tout est affaire de pragmatisme : on

<sup>1832</sup> L'origine de cette compétence est difficile à déterminer; certains juges la font remonter aux temps "ancestraux" (v. Lord Blackburn dans *Metropolitan Bank v Pooley* [1885] 10 App. Cas. 210, 220 : "[...] from early times (I rather think, though I have not looked at it enough to say, from the earliest times), the court had inherently the right to see that its process was not abused by a proceeding without reasonable ground, so as to be vexatious and harassing [...]").

<sup>1833</sup> Selon M. JACOB, "the source of the inherent jurisdiction is derived from its nature as a court of law" : F. JACOB, "The Inherent Jurisdiction of the Court", *Current Legal Problems*, 1970, (23), 24.

<sup>1834</sup> Les auteurs anglais observent que le concept de 'inherent jurisdiction' est typique du système anglais et inconnu de la tradition civile, F. JACOB, *l.c.*, *Current Legal Problems*, 1970, 23, note 1. M.M. Briggs et Rees estiment que le pouvoir de stay "is characteristic of many common law jurisdictions, but is alien to most civil law systems" (1997, 191, n° 4.07).

<sup>1835</sup> Tout en reconnaissant la difficulté de l'exercice, M. JACOB a tenté une défense en règle de la jurisprudence des tribunaux. Selon ce spécialiste du droit de la procédure anglaise, "the jurisdiction to exercise these powers was derived, not from any statute or rule of law, but from the very nature of the court as a superior court of law, and for this reason such jurisdiction has been called 'inherent' (F. JACOB, *l.c.*, *Current Legal Problems*, 1970, (23), 27). Répondant aux critiques qui reprochaient le caractère 'métaphysique' de l'opération, il poursuit en notant que "the essential character of a superior court of law necessarily involves that it should be invested with a power to maintain its authority and to prevent its process being obstructed and abused. Such a power is intrinsic in a superior court; it is its very life blood, its very essence, its immanent attribute". En attribuant à cette compétence un caractère 'immanent', Jacob n'a plus besoin de la justifier autrement.

V. également M. S. DOCKRAY, "The Inherent Jurisdiction to Regulate Civil Proceedings", *L.Q.R.*, 1997, (120), 124-127, qui suggère, à la suite de Lord Morris (*Cornelley v DPP*, [1964] AC 1280) une autre explication un peu plus terre à terre : "inherent powers exist because they are necessary if the court in question is to manage the work which has been assigned to it in an appropriate fashion".

<sup>1836</sup> Une controverse oppose les auteurs à propos de la question de savoir si seuls les cours supérieures sont investies de l'*inherent jurisdiction*, v. M. S. DOCKRAY, *l.c.*, *L.Q.R.*, 1997, (120), 125-126. Cons. également la remarque de la Cour d'Appel à propos de la *jurisdiction* dans l'affaire *Glencore Intl AG v Exter Shipping Ltd.*, jugement inédit de la

reconnaît ainsi qu'il n'y a pas de théorie générale unifiant les diverses utilisations qui sont faites de l'*inherent jurisdiction*.<sup>1837</sup> Les applications de la compétence inhérente sont multiples. Au départ les tribunaux ont eu recours à leur pouvoir immanent pour assurer la maîtrise de la conduite du procès. M. Jacob a ainsi montré que les tribunaux anglais se sont servis de cette compétence inhérente pour sanctionner certains cas d'outrage à la cour.<sup>1838</sup> Très vite le mécanisme a également servi de justification pour réprimer ce qui était perçu comme étant un abus de procédure.<sup>1839</sup> La manifestation la plus intéressante du 'pouvoir immanent' pour notre propos est sans doute la possibilité d'accorder un 'stay', c'est-à-dire de mettre fin temporairement ou définitivement à une procédure.<sup>1840</sup>

Le pouvoir d'accorder un 'stay' possède un large champ d'application.<sup>1841</sup> Chacun s'accorde à dire qu'il est impossible de donner une liste exhaustive des situations qui justifient son utilisation.<sup>1842</sup> Logiquement, le *stay* a également été mis à contribution pour réprimer les abus de procédures.<sup>1843</sup> C'est précisément dans les situations de procédures concurrentes que les tribunaux ont décelé une situation abusive qui justifiait leur intervention. On peut voir dans l'utilisation au 19<sup>ème</sup> siècle du pouvoir de police que s'attribuaient les cours et tribunaux anglais pour réprimer les actions concurrentes jugées abusives l'ancêtre du *forum non conveniens* en droit anglais.

**411. Le 'stay' et les conflits de procédures** – Le 'stay', compris comme une mesure par laquelle le juge anglais met fin, ne fut-ce que de façon temporaire, à la procédure dont il est saisi, constitue un embryon de coordination internationale.<sup>1844</sup> Encore faut-il savoir

---

Cour du 18 avril 2002 : Lord Justice Rix observe, après avoir noté que les parties ont cité les études de M.M. Jacob et Dockray, que « there is no need to enter too deeply into these waters. There is no need to find in the inherent jurisdiction of the court the power to grant anti-suit injunctions, which is in any event provided by section 37 (1) of the Act » (§ 60).

<sup>1837</sup> M. Dockray observe à ce propos que "the law reports do not contain a theory which explains and unifies [the varied uses of the inherent jurisdiction]. The bodies of law in question do not have common aims, a common origin or a shared history; the content of the rules in each of these areas of law is different, as is the context in which those rules operate. In fact the only other thing which connects the group as a whole is the use of the term 'inherent jurisdiction'", *l.c.*, *L.Q.R.*, 1997, (120), 121.

<sup>1838</sup> F. JACOB, *l.c.*, *Current Legal Problems*, 1970, (23), 25-27.

<sup>1839</sup> *Idem.*

<sup>1840</sup> L'expression utilisée est trompeuse, le 'stay' peut conduire à un dessaisissement ou même à un jugement sur le fond.

<sup>1841</sup> Comme d'autres manifestations de l'*inherent jurisdiction*, le 'stay' a reçu l'appui du législateur. La première consécration législative remonte au *Supreme Court Judicature Act* de 1873, dont la section 24(5) dispose que "rien dans cet Acte ne doit empêcher [la cour] de suspendre la procédure dans n'importe quelle cause dont elle est saisie, si elle l'estime nécessaire" : "Nothing in this Act shall disable it from directing a stay of proceedings in any case or matter before it if it shall think fit". Les législations ultérieures confirmeront cette formule négative, qui montre bien qu'en réalité la compétence du juge précède sa reconnaissance législative : *Supreme Court Judicature (Consolidation) Act* de 1925, et plus récemment la section 37(1) du *Supreme Court Act* de 1981.

<sup>1842</sup> P. ex. F. JACOB, *l.c.*, *Current Legal Problems*, 1970, 31. On peut d'ailleurs dire la même chose de la compétence inhérente en général, dont les utilisations sont multiples, v. M. S. DOCKRAY, *l.c.*, *L.Q.R.*, 1997, (120), 120-121. M. Jacob écrivait en 1970 que "The inherent jurisdiction of the court may be invoked in an apparently inexhaustive variety of circumstances and may be exercised in different ways. This peculiar concept is indeed so amorphous and ubiquitous and so pervasive in its operation that it seems to defy the challenge to determine its quality and to establish its limits" : F. JACOB, *l.c.*, *Current Legal Problems*, 1970, 23.

<sup>1843</sup> F. JACOB, *l.c.*, *Current Legal Problems*, 1970, (23), 40-44.

<sup>1844</sup> On a déjà observé que le 'stay' se comprend d'une double façon. Il englobe en effet à la fois le refus d'exercice d'une compétence et ce qu'on a appelé plus tard l'injonction *anti-suit*. Cette dernière était considérée comme une variante du 'stay', le tribunal se proposant non pas de surseoir à statuer, mais bien d'interdire à une partie de chercher justice auprès du tribunal étranger. Comme on l'a déjà dit, les deux faces du mécanisme ont été pendant longtemps considérées comme les deux revers de la même médaille ; elles étaient à ce titre soumises aux mêmes conditions. Dans la 10<sup>ème</sup> édition du *Cheshire et North*, M. North traitait encore dans les mêmes pages du stay de la procédure étrangère et anglaise : "The question [...] is whether the English court will stay an action, either domestic or foreign [...]", *Private International Law*, 10<sup>ème</sup> éd., Butterworths, Londres, 1979, par P.M. North,

dans quelles circonstances les tribunaux anglais se montraient prêts à intervenir en refusant de se saisir d'un litige. On aura l'occasion d'observer ultérieurement qu'à l'origine, le 'stay' a d'abord été invoqué dans des espèces mettant en jeu des procédures concurrentes (*infra*, n° 523). L'utilisation qui en était alors faite présentait une étonnante ressemblance avec l'exception de litispendance que l'on vient d'évoquer. En ce sens on peut dire que le *plea of lis alibi pendens* a précédé en droit anglais celui du *forum non conveniens*.<sup>1845</sup> Ce n'est que progressivement que le stay a acquis une portée plus générale pour s'appliquer également à d'autres situations que celles mettant en jeu un conflit de procédures.

Ce qu'il importe de constater ici, c'est que les tribunaux anglais montraient à l'origine autant de réticence que leurs collègues français (et belges) à admettre la possibilité de ne pas exercer une compétence dont ils étaient investis. Le parallélisme est frappant et mérite quelques explications. La jurisprudence va véritablement se cristalliser à partir des années 1880, à partir de trois décisions de la Cour d'Appel. C'est donc par celles-ci que nous commencerons.

**412. Trois décisions fondatrices de la Cour d'Appel** – C'est au cours des années 1880 que les tribunaux vont dégager les principes qui régissent l'utilisation du 'stay' dans les espèces internationales.<sup>1846</sup> Cette jurisprudence va définitivement asseoir la possibilité pour les tribunaux de surseoir à statuer, tout en réservant le *stay* aux circonstances les plus exceptionnelles. C'est le triomphe du demandeur comme *dominus litis*, la jurisprudence étant toute imprégnée du respect dû au choix du for opéré par le demandeur.

Dans l'affaire *McHenry v Lewis*, déjà évoquée (*supra*, n° 219), un investisseur anglais avait saisi à la fois les tribunaux anglais et américains, reprochant aux trustees nommés par la justice pour procéder à l'assainissement d'une compagnie ferroviaire américaine, la façon dont ils s'étaient acquittés de leur mission. Les deux procédures étaient séparées d'un mois à peine. Les trustees demandèrent à la Cour le bénéfice du 'stay'.

La Cour d'Appel, tout en confirmant le principe selon lequel les tribunaux anglais pouvaient refuser d'exercer une compétence qui leur était acquise, déduisit la possibilité d'accorder un 'stay' du "pouvoir de police des tribunaux leur permettant de combattre les abus de procédure dont pourrait être victime un justiciable".<sup>1847</sup> On a déjà expliqué que la Cour a subordonné son intervention au caractère 'oppressif et vexatoire' de la procédure dont le défendeur demande la suspension. Cette exigence générale traduit l'idée d'*injustice*

115 (le stay est traité aux pp. 114-119). Il en va de même de la 10<sup>ème</sup> éd. du Dicey & Morris : Londres, Stevens & Sons, 1980, par J.H.C. Morris, rule 30 qui traite à la fois du 'stay' et de l'injonction. Ce parallélisme se comprendrait puisque s'agissant de réprimer les abus, peu importait que l'abus découle de la saisine du juge anglais ou du juge étranger. On a vu que ce n'est que dans les années 1980, après l'introduction du forum non conveniens, que le lien entre les deux figures a définitivement été brisé – la libéralisation du stay entraînant une trop grande possibilité d'obtenir une injonction. *Aerospatiale v Lee Kui Jack*, [1987] 3 All ER (51), 522 (Lord Goff) (PC) et *supra*, n° 225. Depuis lors, le régime des deux instruments a évolué séparément, la sévérité originale ne s'appliquant plus qu'à l'injonction.

<sup>1845</sup> *Cors*. l'observation de M. Nygh, qui écrit que "The fact that the United Kingdom was a multi-jurisdictional State with English, Scottish and Irish subdivisions and in turn presided over a huge Empire with over 100 individual colonial units, meant that the problems of parallel litigation and the use of inappropriate fora rose at an early stage of the development of private international law" : P. NYGH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens : the Australian Experience", in J BASEDOW e.a. (réd.), *Private law in the international arena: from national conflict rules towards harmonization and unification. Liber amicorum Kurt Siehr*, La Haye, T. M. C. Asser Press, 2000, (511), 512.

<sup>1846</sup> *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397 (1882 C.A.); *Peruvian Guano Corp. v Bockwoldt*, 23 Ch.D. 225 (1883 C.A.) et *Hyman v Helm*, 24 Ch. D. 531 (1883 C.A.).

<sup>1847</sup> *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 399 (Jessel, M.R.) : "it is part of the general jurisdiction of the Court to prevent a Defendant being improperly vexed by legal procedure". Dans le même sens, 22 Ch. D. 397, 405 (Cotton, L.J.).

à laquelle les juges raccrochent l'exercice de leur compétence, la procédure anglaise ne pouvant faire l'objet d'une suspension qu'en cas d'*abus*.<sup>1848</sup>

En l'espèce, les trois juges de la Cour d'Appel décidèrent unanimement que la double saisine ne présentait pas un caractère 'vexatoire et oppressif'. Les juges relevèrent notamment que pour des raisons liées à la procédure, certains défendeurs ne pouvaient être assignés qu'aux Etats-Unis, en particulier la société qui avait été créée par les trustees pour poursuivre les activités de la compagnie défunte. De plus des doutes existaient sur la possibilité de faire exécuter une éventuelle décision anglaise aux Etats-Unis et vice versa. Tout ceci fit conclure aux juges qu'on ne pouvait parler d'abus puisque le demandeur tentait de bonne foi d'obtenir pleine et entière justice en poursuivant les trustees à la fois en Angleterre et aux Etats-Unis.

Les principes dégagés sont clairs : les tribunaux anglais peuvent ignorer l'élection de for du demandeur, en ce compris dans les espèces internationales. Ils ne le feront que lorsque l'action litigieuse est "vexatoire et oppressive" et qu'il convient "d'éviter que la justice ne soit pervertie à des fins injustes".<sup>1849</sup> Comme déjà indiqué, la jurisprudence était en effet fortement imprégnée de l'idée que le demandeur possède entière discrétion pour choisir le for auquel il demande justice.<sup>1850</sup> Les tribunaux n'intervenaient dès lors qu'exceptionnellement pour passer outre le choix du demandeur

**413. Application des principes généraux** - Les décisions ultérieures ne dévieront pas de la ligne tracée par la Cour d'Appel. Trois mois après la décision dans l'affaire *McHenry*, la même Cour d'Appel fut de nouveau invitée à se pencher sur un conflit de procédures, cette fois-ci mettant en jeu une procédure concurrente en France.<sup>1851</sup> Le demandeur réclamait la livraison d'une importante cargaison de guano péruvien qui avait été transportée par les soins du défendeur. Celui-ci avait été assigné en Angleterre, sur quoi les navires transportant la marchandise litigieuse firent route vers la France. Une fois arrivés à destination, ils furent saisis et le demandeur commença une seconde action.

La Cour d'Appel refusa d'intervenir pour mettre fin à une des deux procédures. Les juges prirent soin de mettre l'accent sur le *droit* du justiciable de demander justice où bon lui semble, un droit dont il ne pouvait être privé que dans des circonstances exceptionnelles.<sup>1852</sup> La Cour releva qu'il serait plus facile au demandeur d'obtenir

<sup>1848</sup> V. Lord Bowen in *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 408 : "I would much rather rest on the general principle that the Court can and will interfere whenever there is vexation and oppression to prevent the administration of justice being perverted for an *unjust end*" (nous soulignons). Et du même dans l'affaire *Peruvian Guano*, 23 Ch. D. 225, 233 : "[...] the courts have always [...] interfered to prevent a plaintiff under colour of asking for justice from harassing others [...] when that which he is asking for is frivolous, or sometimes when he is asking for it in a way which necessarily involved injustice, the Courts have interfered".

<sup>1849</sup> *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 408 (Bowen, L.J.) : "[...] the general principle that the Court can and will interfere whenever there is vexation and oppression [...]"

<sup>1850</sup> M. Nygh a très justement écrit que les tribunaux anglais avaient élevé le choix du for par le demandeur au rang de droit quasi-constitutionnel : P. NYGH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens : the Australian Experience", *l.c.*, (511), 513.

<sup>1851</sup> *Peruvian Guano Comp. v Bockwoldt*, 23 Ch. D. 225 (C.A. 1883).

<sup>1852</sup> *Peruvian Guano Comp. v Bockwoldt*, 23 Ch. D. 225, 231 (C.A. 1883), par Jessel, M.R. : "[...] the danger of our depriving men of the opportunity of asserting their rights, which they are asserting *bona fide*, unless we arrived clearly at the conclusion that the asserting of them was vexatious [...]" et la première phrase de son jugement : "It is very important in these cases that the Court should clearly see that in stopping an action it does not do injustice", 229. V. également Bowen, L.J., 23 Ch. D. 225, 234 : "When a plaintiff comes into an English court, he asks for justice. The Court is bound therefore not to refuse to hear his case, or to put him under difficulties in the way of having his action brought to a conclusion", et du même, "we have no sort of right, moral of legal, to take away from a plaintiff, any real chance he may have of an advantage".

l'exécution d'une éventuelle décision en France qu'en Angleterre, puisque le défendeur était établi dans le premier pays.<sup>1853</sup> Elle nota également que les deux actions ne coïncidaient pas parfaitement, le demandeur ayant pris soin de réclamer davantage en Angleterre qu'en France.<sup>1854</sup> En somme le demandeur avait convaincu la Cour qu'il pouvait espérer un résultat différent en France et en Angleterre, ce qui suffisait à légitimer aux yeux du juge anglais la dualité de procédure. Et le *Master of the Rolls* de conclure que "il n'y a pas abus lorsqu'un partie saisit les juges de chaque pays dans lequel elle peut espérer obtenir un avantage substantiel"<sup>1855</sup>.

**414. Une jurisprudence toute entière soumise au privilège du demandeur** - Les principes dégagés par la Cour d'Appel traduisent la très grande déférence dont les tribunaux faisaient preuve à l'égard de l'élection de for du demandeur. Les juges partaient du principe que le demandeur a un droit de demander justice aux tribunaux de son choix,<sup>1856</sup> droit dont on ne pouvait lui refuser l'exercice qu'en cas d'abus.<sup>1857</sup> Les tribunaux ne feront usage de cette compétence "dictatoriale"<sup>1858</sup> que si le défendeur montrait que l'action du demandeur ne poursuivait aucun but légitime, et en particulier qu'il ne pouvait espérer obtenir aucun avantage légitime du tribunal étranger, la notion d'avantage étant entendue de façon extrêmement large pour comprendre toute particularité du droit étranger, qu'elle relève de la procédure ou du droit matériel.

Il est difficile de savoir exactement ce que recouvrait l'expression, somme toute assez vague, de procédure '*vexatious or oppressive*', d'autant plus que les juges se refusaient à en donner une définition exhaustive.<sup>1859</sup> La lecture des décisions de l'époque révèle que la notion d'abus n'était pas dénuée de toute coloration *subjective* : au-delà des faits objectifs le défendeur devait montrer l'existence d'une intention malicieuse dans le chef de son adversaire, une intention de nuire ou de harasser.<sup>1860</sup> Si le demandeur montrait au contraire que les deux procédures se complétaient et qu'il était animé d'un espoir légitime de tirer avantage des deux procédures, il triomphait, son droit d'action supplantant les éventuels inconvénients qui découlaient de la double saisine pour son adversaire.<sup>1861</sup>

<sup>1853</sup> 23 Ch. D. 225, 234, par L. J. Bowen.

<sup>1854</sup> Selon Jessel, M.R., le demandeur "brings two actions for two different subject-matters". Et le juge d'observer que s'il s'agit là d'une manoeuvre destinée à échapper à la sanction, "it is a very good device" : *Pennian Guano Comp. v Bockwoldt*, 23 Ch. D. 225, 231 (C.A. 1883).

<sup>1855</sup> "It is not vexatious to bring an action in each country where there are substantial reasons of benefit to the plaintiff" : *Pennian Guano Comp. v Bockwoldt*, 23 Ch. D. 225, 230 (C.A. 1883).

<sup>1856</sup> L'insistance des juges anglais sur le *droit* du demandeur n'est pas sans rappeler la qualification des articles 14 et 15 du Code civil comme instituant un *privilège* de juridiction.

<sup>1857</sup> Le Master of the Rolls Jessel expliqua dans l'affaire *Pennian Guano* que "When a plaintiff comes into an English court, he asks for justice. The Court is bound therefore not to refuse to hear his case, or to put him under difficulties in the way of having his action brought to a conclusion", *Pennian Guano Comp. v Bockwoldt*, 23 Ch. D. 225, 233 (C.A. 1883). V. également Cotton L.J. in *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 406 : "It is a jurisdiction which one ought to exercise with extreme caution. Stopping in the middle of a suit a plaintiff from going on when he has a right of action as against the defendant, is a jurisdiction which has to be exercised with very considerable caution".

<sup>1858</sup> Qualification que lui donne le juge Bowen in *Pennian Guano Comp. v Bockwoldt*, 23 Ch. D. 225, 234 (C.A. 1883).

<sup>1859</sup> Lord Bowen in *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 407-408 : "I agree that it would be most unwise, unless one was actually driven to do so for purpose of deciding this case, to lay down any definition of what is vexatious or oppressive, or to draw a circle, so to speak, round this Court unnecessarily, and to say that it will not move outside it".

<sup>1860</sup> Ainsi Jessel M.R. expliquait qu'une action peut être vexatoire lorsqu'elle est introduite "dans le seul but d'ennuyer" ("only for annoyance") ou encore parce qu'elle est "carrément absurde" ("utterly absurd") : *Pennian Guano Comp. v Bockwoldt*, 23 Ch. D. 225, 230 (C.A. 1883).

<sup>1861</sup> Les juges ne sont certainement pas indifférents aux inconvénients qu'entraînent la concurrence de procédures. Evoquant dans l'affaire *McHenry*, (22 Ch. D. 397, 403), la possibilité de laisser les deux procédures se poursuivre

Il n'est pas besoin de montrer que dans ces conditions, le 'stay' n'était que rarement accordé. En particulier, la simple concurrence de saisines ne justifiait pas à elle seule une intervention du tribunal.<sup>1862</sup> La jurisprudence distinguait entre deux types de cas<sup>1863</sup> : dans une premier type de cas, la procédure concurrente avait été introduite en Angleterre ou dans un pays limitrophe, telle que l'Ecosse ou l'Irlande.<sup>1864</sup> La parenté entre les systèmes juridiques concernés faisait alors naître une *présomption* que la multiplication des procédures dans le chef d'une même partie constituait un abus, qui justifiait une intervention du tribunal.

La Cour d'Appel a posé le principe en des termes non équivoques dans l'affaire *McHerry*. Le Master of the Rolls Jessel expliqua que "lorsque les deux procédures sont introduites par la même partie devant des tribunaux qui appliquent la même procédure, et que les jugements emporteront les mêmes conséquences, il est *prima facie* vexatoire d'introduire deux actions".<sup>1865</sup> La Cour étendit ensuite le principe à toutes les situations dans lesquelles le jugement étranger pouvait facilement être reconnu, en nommant expressément l'Irlande et l'Ecosse.<sup>1866</sup> Cette présomption pouvait certes être renversée. Il reste qu'entre ces pays les procédures concurrentes instituées par la même personne n'étaient en principe pas tolérées.

Il en allait autrement de la deuxième catégorie, celle des procédures concurrentes dont l'une a été introduite à l'étranger. Lorsqu'une partie saisit un juge étranger, la procédure sera différente, ainsi que les moyens d'action. Le justiciable pourra dans un pays obtenir réparation sous un autre forme ou pour un autre montant qu'en Angleterre. La Cour en déduisit que l'on "n ne peut présumer en l'absence de preuve à cet effet que le simple fait d'initier une procédure à la fois en Angleterre et devant un juge étranger, constitue un abus".<sup>1867</sup> En d'autres termes, les différences de nature entre les procédures font qu'on ne

---

simultanément, Jessel M.R. observa que "It is no doubt to a certain extent a hardship on the Defendant, and to a certain extent a hardship on the Plaintiff who is bringing two actions"). Cette 'hardship' n'est toutefois pas en mesure de priver le demandeur de son droit de saisir les tribunaux. *Cons.* également *Pennian Guano Comp. v Bodeuoldt*, 23 Ch. D. 225, 230 (C.A. 1883) : "It is very unpleasant, no doubt, to be sued twice - it is unpleasant to many people to be sued once - but still that does not make it vexatious where the plaintiff seeks to get a real and substantial advantage".

<sup>1862</sup> V. Lindley in *Pennian Guano Comp. v Bodeuoldt*, 23 Ch. D. 225, 232 (C.A. 1883) : "[...] when the plaintiff is suing in this country and also abroad, in respect of the same matter, and a motion is made to compell the plaintiff to elect, it is not sufficient for the person so moving to point out that there are two proceedings being taken with reference to the same matter; he must go a step further and shew that there is vexation in point of fact, that is to say, that there is no necessity for harassing the Defendant by double litigation".

<sup>1863</sup> V. surtout l'analyse de X, "Concurrent Proceedings in Different Countries", *The Solicitor's Journal*, 1892, vol. 36, 341-342 ainsi que celle de H. H. PHEAR, "De l'exception de litispendance à raison d'une instance pendante devant un tribunal étranger d'après la jurisprudence anglaise", *J.D.I.*, 1891, 459-465.

<sup>1864</sup> M. *McCLean* critiquera plus tard la pertinence de la distinction opérée entre les situations impliquant des pays 'proches' et celles où le for concurrent est véritablement "étranger". Il écrit notamment que le fait que les premières espèces concernaient un pays amis n'était qu'un "historical accident", qui "merely reflects the contemporary pattern of English investment and migration" Et M. *McCLean* d'ajouter que "it scarcely need to be said that the distinction in this as in other contexts is one of the 'false starts' left behind as the conflict of laws rules matured" : J. D. McCLEAN, "Jurisdiction and Judicial Discretion", *I.C.L.Q.*, 1969, (931), 941.

<sup>1865</sup> *McHerry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 400 : "In this country, where the two actions are by the same man in Courts governed by the same procedure, and where the judgments are followed by the same remedies, it is *prima facie* vexatious to bring two actions where one will do".

<sup>1866</sup> "The same principle applies, it appears to me, wherever the judgment can be enforced", 22 Ch. D. 397, 400.

<sup>1867</sup> "It is by no means to be assumed in the absence of evidence that the mere fact of suing in a foreign country as well as in this country is vexatious", *McHerry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 401 (Jessel, M.R.). Du même dans l'affaire *Pennian Guano* : "[...] it is not vexatious to bring an action in each country where there are substantial reasons of benefit to the plaintiff. He has the *right* to bring an action, and if there are substantial reasons to induce him to bring the two actions, why should we deprive him of that right?", (23 Ch. D. 225, 230).

peut exclure qu'un plaideur tire un avantage à la fois de la procédure étrangère et de celle du for. La multiplication de procédures n'est dès lors pas *en soi* vexatoire. Pour justifier une intervention des tribunaux, le défendeur devait apporter la preuve, au-delà de la simple concurrence, de l'existence d'un abus, par exemple parce que le demandeur n'avait rien à gagner de la procédure étrangère que ne pouvait lui offrir la procédure du for.<sup>1868</sup>

**415. Une même réticence à intervenir lorsque les procédures concurrentes sont engagées par des parties différentes** - Ces principes inaugurèrent l'âge d'or du demandeur, à qui on reconnaissait une liberté quasi-illimitée. Ils furent ensuite étendu aux actions concurrentes qui sont l'oeuvre de deux parties, à commencer avec l'affaire *Hymn v Helm*.<sup>1869</sup>

Le timide pouvoir de sanction que les tribunaux anglais s'étaient réservé pour réprimer un éventuel abus de procédure, n'était pas d'un grand secours pour mettre fin à ce type de conflit de procédures. Il était en effet facile au demandeur de se disculper de tout reproche d'abus, puisqu'il n'était à l'origine que d'une seule des deux procédures. C'est ainsi que dans l'affaire *Hymn*, la Cour d'Appel refusa d'intervenir pour mettre fin à la procédure engagée devant les tribunaux de San Francisco par un commerçant anglais contre son cocontractant américain dont il était l'agent pour l'Angleterre.<sup>1870</sup> Le commerçant cherchait à obtenir paiement des commissions qu'il estimait lui être dues. L'entreprise américaine avait auparavant saisi la justice anglaise, en reprochant une série de malversations à son agent. Elle ajouta à son action une demande d'interdiction de la procédure américaine. En première instance, le juge Chitty invoqua la jurisprudence *McHenry* et constata que le demandeur n'avait pas fait preuve d'un "*special case*" justifiant son intervention.<sup>1871</sup>

La Cour d'Appel entérina cette décision. Le *Master of the Rolls* rappela d'abord que la simple circonstance que deux tribunaux avaient été saisis ne suffisait pas pour justifier une intervention.<sup>1872</sup> Soulignant qu'en l'espèce les deux procédures étaient l'oeuvre des deux parties, il indiqua que dans ce cas, le demandeur ne pouvait se contenter d'évoquer la dualité de procédures pour justifier l'intervention de la cour - ce qu'avait fait le demandeur en l'espèce, qui devait dès lors succomber.<sup>1873</sup>

<sup>1868</sup> P. NYGH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens : the Australian Experience", *l.c.*, (511), 512 : "The bringing of a double action only becomes vexatious if there is nothing which can be gained by them over and above what might be gained in local proceedings".

<sup>1869</sup> *Hymn v Helm*, (1883) 24 Ch. D. 531 (C.A.).

<sup>1870</sup> Il y allait en l'espèce d'une demande d'injonction visant à mettre un terme à la procédure américaine. Comme déjà souligné, les mêmes conditions présidaient à la version offensive et la version passive du stay, ce que la Cour d'Appel reconnut d'ailleurs en appliquant la jurisprudence *McHenry*. Il nous semble dès lors permis de commenter cette décision dans le présent chapitre.

<sup>1871</sup> *Hymn v Helm*, (1883) 24 Ch. D. 531, 534 (C.A.).

<sup>1872</sup> *Hymn v Helm*, (1883) 24 Ch. D. 531, 537 (C.A., par Brett, M.R.) : "where a party claims this interference of the Court to stop another action between the same parties, it lies upon him to shew to the Court that the multiplicity of action is vexatious, and that the whole burden of proof lies upon him. He does not satisfy that burden of proof by merely shewing that there is a multiplicity of actions, he must go further".

<sup>1873</sup> *Hymn v Helm*, (1883) 24 Ch. D. 531, 538-539 (C.A.). V. également dans la même décision le speech de Cotton, L.J ((1883) 24 Ch. D. 531, 540) : "there is no case where a defendant in an English action [...] has been prevented on the ground of vexation from commencing against the plaintiff in England an action in a foreign country", et le juge d'insister sur le fait que naturellement, les actions des deux parties seront différentes, et qu'il est dès lors difficile de parler d'abus.

D'autres décisions confirmeront que lorsque les procédures ont été engagées par chacune des parties, les tribunaux étaient moins prompts à accepter l'existence d'un abus.<sup>1874</sup> La Cour d'Appel eut même l'occasion en 1918 de décider que "lorsque le demandeur devant le juge étranger n'est pas demandeur mais bien défendeur dans la procédure anglaise, il est encore plus difficile de justifier une intervention du tribunal, parce que la partie qui est privée de la possibilité de se faire entendre, n'est pas elle-même à l'origine des deux procédures".<sup>1875</sup>

**416. Une intervention toute exceptionnelle des tribunaux - l'affaire *Christianborg*** - Au total, cette période formative de la jurisprudence anglaise est caractérisée par une extrême réticence à intervenir et priver le demandeur de son 'droit' à être entendu par le juge. Le demandeur est roi! Un certain chauvinisme juridique n'était certainement pas étranger à cette attitude, les tribunaux anglais faisant sans doute preuve d'un certain sentiment de supériorité. On ne s'étonnera pas que dans la majorité des cas, le 'stay' fut refusé. Il faudra des circonstances exceptionnelles, démontrant un véritable abus dans le chef du demandeur, pour que les tribunaux anglais se départissent de leur refus d'intervenir.<sup>1876</sup>

L'affaire *Christianborg* constitue l'exception qui confirme la règle, les circonstances exceptionnelles de l'espèce justifiant une intervention du tribunal.<sup>1877</sup> *In casu*, deux armateurs se querellaient à propos des conséquences financières d'un abordage entre leurs navires en haute mer. L'armateur allemand avait fait saisir le navire de son collègue danois qui mouillait dans les eaux hollandaises. Il réclamait une forte somme et engageait une procédure au fond. Après dépôt d'une caution de 175,000 florins, le navire fut autorisé à partir pour l'Angleterre où l'armateur allemand fit procéder à une nouvelle saisie. L'armateur danois demanda aux tribunaux anglais d'annuler la saisie et de renvoyer les parties devant le tribunal néerlandais.

En première instance, le juge Hannen prit le contre-pied de la jurisprudence de la Cour d'Appel, en décidant que "lorsqu'une procédure a été instituée devant un tribunal, et il

<sup>1874</sup> P. ex. *Muirie v Birney*, (1887) 35 Ch. D. 614, 634 (C.A.) : une procédure au Honduras britannique et une autre en Angleterre, dans un litige entre deux entreprises entre lesquelles existait une relation d'agence commerciale. En première instance, le juge North avait accepté de surseoir à statuer, en indiquant qu'il serait "highly inconvenient and unreasonable" pour un juge de vouloir trancher une espèce dont était déjà saisi un juge étranger. La Cour d'Appel réforma. V. également *Thornton v Thornton*, [1886-90] All E Rep. 311; (1886) 11 P.D. 176 (C.A.) (deux procédures de divorce, la première en Inde et la seconde en Angleterre. La Cour d'Appel refuse de surseoir à statuer, tout en reconnaissant que la majorité des témoins vivaient en Inde, où avait vécu le couple, et que laisser subsister deux procédures entraînerait une augmentation des dépenses (p. 313, Cotton, L.J.). La Cour refuse toutefois de "deprive the wife, in a suit duly instituted by her, in a court having jurisdiction, of her right to have the questions which arise in that suit decided in England").

<sup>1875</sup> *Cohen v Rothfield*, [1919] 1 K.B. 410 (C.A.) : "When the plaintiff in the foreign action is no plaintiff, but defendant in the English action, the case against interference is even stronger, for the person to be stayed has not himself initiated the two proceedings". En l'espèce, le litige opposait deux ex-associés d'un comptoir de prêts à propos du partage des bénéfices réalisés par l'entreprise pendant que l'un d'eux croupissait en prison... Cohen était le maître d'oeuvre et avait engagé Rothfield pour le seconder en Ecosse. A sa sortie de prison, Cohen demanda des comptes à Rothfield. Ne recevant pas satisfaction, il assigna Rothfield en Angleterre, qui l'assigna à son tour en Ecosse. Sur ce Cohen demanda aux tribunaux d'interdire à Rothfield de poursuivre la procédure écossaise. Comme on l'a déjà souligné, l'injonction était soumise à l'époque aux mêmes conditions restrictives que l'abstention.

<sup>1876</sup> Comme on l'a déjà expliqué, le juge Goff constatera un siècle plus tard que le test du caractère 'vexatious or oppressive' "was very rarely fulfilled" (*Bank of Tokyo Ltd. v Karoon* [1987] 1 A.C. 59, 60 (C.A.)). V. également la constatation de Lord Wilberforce, qui observait qu'en matière d'action *in rem*, lorsque le défendeur à l'étranger était demandeur devant les tribunaux anglais, la jurisprudence n'offre aucun exemple de décision où le stay a été accordé : *The Atlantic Star* [1973] 2 All ER 195. *Adde The Tillie Lykes* [1977] Lloyd's Rep. 124 ("Before The Atlantic Star, a stay was always refused in cases of this kind").

<sup>1877</sup> *The Christianborg*, 10 P.D. 141 (Law Reports, Probate Division) (1885).

n'est pas démontré que cette procédure ne répond pas aux exigences minimales de la justice, introduire une nouvelle action devant un autre tribunal constitue *prima facie* un comportement abusif<sup>1878</sup>. Ce faisant, il renversait la charge de la preuve et imposait au double demandeur de démontrer que la multiplication des procédures ne constituait pas un abus. Constatant que l'armateur allemand pouvait obtenir entière et pleine satisfaction auprès des tribunaux néerlandais, dont la décision pourrait être exécutée sur la caution, il conclut à l'existence d'un abus et rejeta la demande.<sup>1879</sup>

La Cour d'Appel refusa de réformer cette décision, même si elle exprima son désaccord avec le raisonnement du juge de première instance. La Cour réaffirma l'absence de présomption d'abus déduit de la saisine concurrente du juge anglais et du juge étranger.<sup>1880</sup> A la suite de la jurisprudence *McHenry*, les juges confirmèrent que l'abus devait être prouvé. En l'espèce, la Cour conclut que la saisine du juge anglais était "vexatoire", parce que le défendeur avait fourni aux Pays-Bas une caution suffisante. L'armateur ne pouvait dès lors pas prétendre saisir de bonne foi les tribunaux anglais.<sup>1881</sup>

Cette décision, qui n'a d'ailleurs pas été rendue à l'unanimité,<sup>1882</sup> demeura isolée. Dans la toute grande majorité des cas, les tribunaux anglais refusèrent d'intervenir faute de ce qui constituait à leurs yeux un abus.<sup>1883</sup> Partant, les plaideurs pouvaient multiplier en toute impunité les procédures, par exemple pour se prévaloir des différences en matière d'indemnisation suite à une collision de navires.<sup>1884</sup> La Cour d'Appel va ensuite consacrer le critère de l'abus dans une décision de principe.

417. Consécration du critère de l'abus – l'affaire *Saint Pierre* - Les tribunaux anglais ont dans la deuxième moitié du 19<sup>ème</sup> siècle développé les critères régissant l'exception de sursis à statuer. On a parfois essayé de montrer que la jurisprudence anglaise de cette époque participait de la même influence que le *forum non conveniens*.<sup>1885</sup> Avec Mlle. *Chalas*,<sup>1886</sup> nous pensons qu'on ne peut assimiler la (timide) sanction des abus de procédure à une véritable doctrine du *forum non conveniens* : fondamentalement, ce qui justifiait l'abstention du juge anglais à cette époque ce n'était pas le désir de voir le litige

<sup>1878</sup> "[...] where an action has been brought in one court, and it is not shewn that such court would not do justice, it is prima facie oppressive to institute an action in any other court" : 10 P.D. 141, 143.

<sup>1879</sup> "The plaintiff seems to think that they may arrest this ship wherever they find her and so defeat the object of giving bail in Holland [...] justice requires that both suits instituted in this country should be stayed and that the vessel should be released" : 10 P.D. 141, 144.

<sup>1880</sup> "[...] prima facie it is vexatious to sue the same party in two different actions in two British courts, but that is not necessarily so where one of the actions is in a foreign court" : 10 P.D. 141, 153, par le juge Baggallay.

<sup>1881</sup> "the institution of the action in the Admiralty court in this country was against good faith" : 10 P.D. 141, 155 par Fry, L.J.

<sup>1882</sup> Le Master of the Rolls était d'avis que la décision de première instance devait être réformée, en insistant sur le droit du justiciable de demander justice où bon lui semble : "it is a jurisdiction which one ought to exercise with extreme caution. Stopping in the middle of a suit a plaintiff from going on when he has a right of action as against the defendants is a jurisdiction which has to be exercised with very considerable caution" : 10 P.D. 141, 147 par Lord Esher. Le juge insista sur le fait que le 'stay' ne pouvait être accordé que lorsque "the procedure in the foreign Admiralty Court is in all respects the same as that in the English court [...]" (10 P.D. 141, 151).

<sup>1883</sup> V. toutefois dans la jurisprudence ultérieure, *The Marinero* [1955] 1 All ER 676; [1955] P. 681.

<sup>1884</sup> P. ex. *The Madrid*, [1937] 1 All ER 216; [1937] P. 40 (procédures en Argentine et en Angleterre suite à une collision de navires); *The Janera*, [1928] P. 55 (refuse le stay en faveur d'une procédure initiée en Egypte par les défendeurs); *The London* [1931] P. 14; [1930] 38 Lloyd' Rep. 126; *The Quo Vadis* [1951] 1 Lloyd' Rep. 425; *The Monte Urbasa* [1953] 12 Lloyd' Rep. 587; *The Lucile Bloomfield* [1964] 1 Lloyd' Rep. 324; *The Soya Margareta* [1960] 2 All ER 756; [1961] 1 WLR 709.

<sup>1885</sup> V. la présentation contrastée des opinions de la doctrine que donne D. McCLEAN, *l.c.*, I.C.L.Q., 1969, 945. *Adde* les auteurs cités par CH. CHALAS, 112, n° 103, note 298.

<sup>1886</sup> CH. CHALAS, 112-128.

tranché par son juge 'naturel', mais bien le souci de réprimer ce que la saisine du for peut avoir de vexatoire et d'abusif.<sup>1887</sup> En s'attachant à sanctionner les procédures 'frivoles' 'vexatoires' ou 'abusives', les tribunaux anglais ne faisaient pas du *forum non conveniens* avant la lettre. C'est d'ailleurs ce que va confirmer la Cour d'Appel dans l'affaire *St Pierre*,<sup>1888</sup> qui va devenir la référence ultime en matière de 'stay' jusque dans les années 1970.<sup>1889</sup>

En l'espèce, deux sociétés anglaises locatrices de biens immobiliers situés au Chili tentaient d'obtenir du juge anglais, devant lequel le propriétaire chilien des immeubles les avaient assignées en paiement du loyer, qu'il accorde un stay et renvoie les parties devant le juge chilien, déjà saisi du litige.<sup>1890</sup> A l'appui de leur exception de 'stay' les locataires évoquèrent le caractère entièrement 'chilien' du litige, qui compliquait et alourdissait la poursuite d'une procédure en Angleterre : le contrat avait été rédigé en Espagnol, il était régi par la loi chilienne et portait sur un bien situé au Chili. En outre, les sociétés locataires ne possédaient qu'un lien purement formel avec l'Angleterre où elles étaient enregistrées, puisque l'essentiel de leur activité était localisée au Chili. On doit avouer que l'espèce présentait un exemple classique d'une situation de for inapproprié, le litige étant quasi-entièrement localisé au Chili.<sup>1891</sup>

Ces arguments ne purent convaincre la Cour. Rejetant la version écossaise de l'exception, Lord Scott nota que "le simple fait que le for étranger soit plus approprié ne justifie pas que l'on prive le demandeur des avantages qu'il pourrait retirer de la conduite d'une procédure en Angleterre".<sup>1892</sup> Rappelant la formule traditionnelle qui veut que le "droit de saisir les tribunaux du Roi ne peut être dénié à la légère", le juge énuméra les deux conditions auxquelles le 'stay' devait à ses yeux être subordonné, véritable codification de la doctrine qui fera date : d'une part le défendeur devait prouver que "la poursuite de l'action constituerait une injustice, parce qu'elle constituerait un acte vexatoire ou oppressif à son encontre, ou encore représenterait un abus de procédure d'une manière

<sup>1887</sup> Les tentatives de classification ne sont bien sur que des jeux de mots, tout dépend en fait de la définition que l'on adopte du forum non conveniens. M. Nixts explique par exemple, à la suite de Robertson, que la jurisprudence *St Pierre* relève de la théorie générale du forum non conveniens (pp. 119-120, n° 105). Cette classification n'est rendue possible que parce qu'il propose, au demeurant de façon fort éclairante, de distinguer entre plusieurs 'versions' du forum non conveniens. L'arrêt *St Pierre* et la jurisprudence qui le précède constituerait alors une version restreinte de la doctrine, fondée davantage sur l'abus de procédure que le caractère approprié des fors. Cette présentation n'est sans doute pas innocente, surtout quand on propose, comme le fait M. Robertson, de revenir à une version ancienne de la règle...

<sup>1888</sup> *St Pierre and Others v South American Stores (Gath and Chaves) Ltd. and Others* [1936] 1 K.B. 382; [1935] All ER Rep. 408 (C.A.). Le dictum de Lord Scott dans cette affaire sera pendant longtemps considéré comme l'expression classique de la doctrine. Lord Wilberforce dira du dictum de Lord Scott qu'il s'agit d'un "clear and emphatic statement [qui] has been applied by judges, without difficulty, to a large variety of cases" : *The Atlantic Star*, [1974] AC 460, 468 (H.L.).

<sup>1889</sup> Techniquement, le stay demandé en l'espèce l'était en vertu de la section 41 du *Supreme Court Judicature (Consolidation) Act* de 1925. On s'accorde pour dire que la décision de la Cour d'Appel avait une portée générale dépassant cette législation particulière.

<sup>1890</sup> La procédure au Chili, initiée par les locataires, tendait à faire constater que les locataires pouvaient s'acquitter de leur obligation dans la monnaie locale. Le propriétaire insistait au contraire pour obtenir le paiement en or fin comme le prévoyait le contrat.

<sup>1891</sup> Ce que Scott L.J. reconnut d'ailleurs en disant que les défendeurs avaient avancé "several strong reasons for contending that the Chilean court is a more convenient forum [...]. But these grounds go only to convenience" : [1936] 1 K.B. 382, 397-398. V. également le commentaire de la Cour d'Appel de Colombie Britannique à propos de cette décision (*472900 B.C Ltd. v Thrifty Canada, Ltd.*, (1998) 168 DLR (4th) 602, 610) : "If the circumstances of that case did not require the English action to be stayed in deference to that proceeding in Chile, it might be asked, what set of circumstances could lead to a stay?"

<sup>1892</sup> "A mere balance of inconvenience is not a sufficient ground for depriving a plaintiff of the advantages of prosecuting his action in an English court", [1936] 1 K.B. 382, 398.

ou d'une autre".<sup>1893</sup> Même lorsque l'abus est démontré, le demandeur avait le loisir de s'opposer au 'stay' lorsque celui-ci lui causerait une 'injustice'.<sup>1894</sup>

418. Consécration du critère de l'abus – l'affaire *Saint Pierre* (suite) - Avec ces deux conditions on est bien loin d'une appréciation objective du caractère approprié des fors en présence, qui constitue l'essence même du *forum non conveniens*.<sup>1895</sup> On ne s'étonnera pas d'apprendre qu'en l'espèce les locataires ne purent convaincre la Cour d'Appel que la saisine du juge anglais constituait un abus appelant une sanction.

Les tribunaux ne se montraient certes pas complètement indifférents aux circonstances objectives de la cause, et en particulier au rattachement du litige avec le for anglais. Certaines décisions de l'époque contiennent ainsi des références à la localisation des témoins, ou encore au fait que les opérations litigieuses aient été effectuées à l'étranger.<sup>1896</sup> On pourrait voir dans ces références une ébauche de raisonnement en termes de caractère plus ou moins approprié des fors.<sup>1897</sup> La comparaison avec la pratique contemporaine du *forum non conveniens* (*infra*) révèle toutefois le fossé séparant les deux époques : si les tribunaux se permettaient parfois d'invoquer des éléments objectifs qui deviendront plus tard des critères décisifs du *forum non conveniens*, ils n'y voyaient au mieux que des *indices* permettant de conclure à l'existence d'un abus.<sup>1898</sup> En réalité, l'exception telle qu'elle était comprise à cette époque était toute entière fondée sur les notions très subjectives d'abus et d'injustice.

La Cour d'Appel n'a pas dit autre chose lorsqu'elle a indiqué dans l'affaire *Logan* que "les difficultés que peut entraîner la conduite d'une procédure dans un for donné peuvent être telles qu'il en résulte pratiquement une profonde injustice pour le défendeur".<sup>1899</sup> Le rattachement objectif d'un litige avec le for n'était dès lors pas important en lui-même,

<sup>1893</sup> [1936] 1 K.B. 382, 398.

<sup>1894</sup> [1936] 1 K.B. 382, 398 : "A mere balance of inconvenience is not a sufficient ground for depriving a plaintiff of the advantages of prosecuting his action in an English court [...]. The right of access to the King's Court must not lightly be refused. In order to justify a stay two conditions must be satisfied, one positive and the other negative : (a) the defendant must satisfy the Court that the continuance of the action would work an injustice because it would be oppressive or vexatious to him or would be an abuse of process of the Court in some other way, and (b) the stay must not cause an injustice to the plaintiff".

<sup>1895</sup> Les décisions n'utilisent d'ailleurs pas encore l'expression 'forum non conveniens', sinon pour se référer à la pratique des tribunaux écossais qu'ils se refusent d'adopter, v.

<sup>1896</sup> V. surtout *Thornton v Thornton*, [1886-1890] All E Rep. 311, 313; 11 P.D. 176 (Cotton L.J. constate que renvoyer les parties en Inde, où une procédure de divorce était pendante, pourrait faciliter l'administration de la justice dans la mesure où la majorité des témoins résidaient dans ce pays). V. également *Cohen v Rothfield*, [1919] 1 K.B. 410, 416 (Scrutton L.J. observe que la procédure écossaise était bien avancée et que "the evidence can more easily be taken in Scotland than in England"); *Logan v Bank of Scotland (No 2)*, [1906] 1 K.B. 141 (la Cour note que la majorité des parties, les témoins ainsi que les pièces comptables se trouvent en Ecosse). Certaines décisions plus anciennes avaient interdit à une partie de poursuivre une procédure devant un juge étranger en invoquant le fait que le juge anglais était le juge 'naturel' de la cause, p.ex. *Bushby v Munday*, (1821) 5 Madd. 297, dans laquelle le Vice-Chancellor Leach a accordé une injonction à l'encontre d'une procédure écossaise en notant que le litige était régi par le droit anglais, que les témoins étaient domiciliés en Angleterre et que le juge anglais était "a more convenient jurisdiction" ((1821) 5 Madd. 297, 308).

<sup>1897</sup> Dans l'arrêt *Logan*, la Cour d'Appel a d'ailleurs évoqué la parenté existant entre la version anglaise du stay et la pratique des tribunaux écossais : "It is true that the Court of this country have not gone so far as to express themselves upon the question of convenience in terms similar to those in the Scotch cases though [...] it may be doubted whether there is any substantial difference between the two" : *Logan v Bank of Scotland (No 2)*, [1906] 1 K.B. 141, 151.

<sup>1898</sup> C'est ce que fera observer la Cour d'Appel de la Colombie Britannique 60 ans plus tard, après avoir passé en revue l'histoire de l'évolution de la jurisprudence anglaise, la Cour constate que le *forum non conveniens* dans la jurisprudence St Pierre servait à "describe a factor which could be considered with others in deciding whether the action was vexatious or oppressive" : *472900 B.C Ltd. v Thrifty Canada, Ltd.*, (1998) 168 D.L.R. (4th) 602, 617.

<sup>1899</sup> "The inconvenience of trying a case in a particular tribunal may be such as practically to work a serious injustice upon a defendant" : *Logan v Bank of Scotland (No 2)*, [1906] 1 K.B. 141, 151.

mais seulement parce que l'absence de lien contribuait à démontrer l'existence d'un abus. Celui-ci constituait le moteur et la clé de la jurisprudence. On en veut pour preuve que dans les affaires qui ont directement suivi la décision *Logan*, la Cour d'Appel a pris la peine d'affirmer expressément qu'une appréciation du caractère approprié de chaque for était insuffisante pour justifier le sursis à statuer.<sup>1900</sup> La Cour réaffirma au contraire que le seul un comportement vexatoire, qui vise à harceler et à gêner le défendeur, pouvait justifier le 'stay'.<sup>1901</sup>

A l'analyse des décisions on constate que le 'stay' anglais se rapprochait plus de l'exception de renonciation des droits français et belge que de la doctrine du *forum non conveniens* en vigueur à l'époque en Ecosse : l'abstention n'était pas fondée sur une appréciation objective du caractère approprié des fors en présence, et des liens unissant le litige à ces fors. Le 'stay' était au contraire réservé aux hypothèses exceptionnelles d'abus de procédure. Tout comme les tribunaux français, leurs collègues anglais n'envisageaient que du bout des lèvres la possibilité de renoncer à une instance dont ils étaient saisi. Si le principe d'une telle renonciation était admis, son application pratique laissait apparaître une très grande réticence des tribunaux à priver le demandeur du privilège de demander justice au for.<sup>1902</sup> Que ce soit en France ou en Angleterre, la coordination par la déférence a donc eu bien du mal à s'imposer !

Ni litispendance, ni *forum non conveniens*, le 'stay' tel que pratiqué par les tribunaux anglais était au mieux un contrôle marginal du choix du for du demandeur, limité à la prévention des situations abusives.<sup>1903</sup> Ce n'est que dans les années 1970 que ces tribunaux vont progressivement adopter une version plus large de l'abstention.

## II. LE 20<sup>ÈME</sup> SIÈCLE : LA LIBÉRALISATION

419. **Le très long règne de la présomption en faveur du demandeur** - La version quasi-nationaliste du stay, qui prétendait confiner l'abstention à des situations exceptionnelles où l'abus le disputait à la mauvaise foi, perdurera jusque dans les années

<sup>1900</sup> *Re Norton's Settlement*, 1908 1 Ch. 471, 482 : "questions of expense or inconvenience are not sufficient to justify the Court in staying proceedings", et plus loin : "The greater convenience to the defendant in being sued in India is by itself no sufficient reason for depriving the plaintiff of her right to sue in this country. The question of staying an action cannot [...] be decided on considerations, more or less speculative, as to the balance of convenience" : 1908, 1 Ch. 471, 486.

<sup>1901</sup> *Egbert v Short*, [190] 2 Ch. 205, 214 : le tribunal pourra intervenir lorsque l'action "is brought in the tribunal [...] not bona fide for the purpose of obtaining justice, but for the purpose of harassing and annoying the defendant, and of obtaining something to which the plaintiff may not be in justice entitled".

<sup>1902</sup> Comme l'expliquera M. *Fawcett*, « Not so long ago, the pro-plaintiff bias was very strong and was openly acknowledged by the judiciary » : J. J. FAWCETT, "Trial in England or Abroad : The Underlying Policy Considerations", *Oxford J.L.S.*, 1989, (205), 218-219.

<sup>1903</sup> Selon Mlle. *Chalas*, non seulement la jurisprudence anglaise précédant les années 1970 n'était pas l'expression d'une théorie du forum non conveniens (pp. 112-118), mais de plus on ne pourrait dire que le pouvoir inhérent que les juges anglais se sont reconnus d'empêcher que leur procédure ne soit abusée, constitue l'expression d'un pouvoir discrétionnaire leur permettant de refuser d'exercer leur compétence. Elle en veut pour preuve que "la rigidité de l'interprétation donnée par la jurisprudence aux termes 'vexatious and oppressive' laisse peu de place à la libre détermination et interprétation des facteurs permettant d'estimer que ces conditions sont remplies (p. 119, n° 111). Ainsi la marge de discrétion laissée au juge serait trop faible que pour que l'on puisse parler d'un "véritable pouvoir discrétionnaire sur l'exercice de [la] compétence juridictionnelle" (p. 122, n° 116).

On ne peut nier que les juges anglais aient réservé le 'stay' à des situations exceptionnelles. Savoir si ce mécanisme relève ou non d'une appréciation discrétionnaire par le juge de sa compétence tient sans doute de la querelle de mots. *Comp.* avec ce que Scott L.J. expliquait dans *St Pierre* : il niait que le 'stay' était "discretionary", et indiquait que toute est une "question of degree" (1. K.B. 382, 398).

1970. Pendant toute cette période, les tribunaux continuèrent à jurer par la présomption en faveur du demandeur, dont l'élection de for n'était soumise qu'à un contrôle marginal.

Deux affaires illustrent l'étroitesse du carcan dans lequel le stay était enfermé. La première mettait en jeu une transaction portant sur un tableau attribué à Boucher, sur l'authenticité duquel pesaient de sérieux doutes.<sup>1904</sup> L'acheteuse, domiciliée en France, avait profité du passage du vendeur, un marchand d'art américain établi en France, aux courses d'Ascott pour le faire assigner devant un juge anglais. Les tribunaux anglais déduisirent comme de coutume leur compétence de la notification de l'assignation sur le territoire britannique.<sup>1905</sup> La Cour d'Appel, par la plume de Lord Denning, rejeta la demande de 'stay' en soulignant qu'il n'y avait en l'espèce ni abus, ni vexation, mais simple exercice normal d'une compétence que l'absence de liens entre le for et le litige ne rendait pas vexatoire.<sup>1906</sup>

A la défense de Lord Denning, il faut reconnaître que l'opération litigieuse n'était pas entièrement française, le tableau ayant fait l'objet d'une expertise en Angleterre. Il reste que le raisonnement suivi témoigne d'une grande déférence à l'égard du choix du demandeur, mêlée sans doute d'une certaine fierté à propos de la justice nationale.<sup>1907</sup> Ces deux éléments limiteront également la portée du 'stay' lorsque le juge anglais est saisi parallèlement à un juge étranger. C'est ce qu'illustre l'affaire *Ionian Bank*, décidée en 1969 par la même Cour d'Appel.<sup>1908</sup> Une banque établie en Angleterre avait financé par le biais de montages financiers complexes les achats de vin du défendeur. Lorsque ce dernier ne fut plus en mesure de rembourser ses dettes, la banque demanda justice en France, où elle fit procéder à une saisie conservatoire avant de plaider au fond. Un jour à peine après le début de cette procédure, elle assigna de nouveau l'emprunteur malheureux, cette fois devant les tribunaux anglais.

La Cour d'Appel refusa de faire droit à la demande de 'stay'. S'appuyant sur la jurisprudence *McHenry* et *Peruvian Guano*, Lord Denning réaffirma en des termes directement inspirés des décisions du siècle passé, que "le juge anglais ne surseoirait pas à statuer pour la simple raison que le demandeur qui l'a saisi a également fait appel à la justice étrangère. Le justiciable a le droit de demander justice aux tribunaux de la Reine. Un sursis à statuer ne sera accordé que si le défendeur démontre [...] que la poursuite de la procédure anglaise serait vexatoire et harassante."<sup>1909</sup> En l'espèce, la Cour releva que la banque possédait un intérêt légitime à poursuivre son adversaire en Angleterre, une

<sup>1904</sup> *Maharajah of Baroda v Wildenstein*, [1972] 2 Q.B. 283; [1972] 1 W.L.R. 1077; [1972] 2 All ER 689 (C.A.).

<sup>1905</sup> Sur les origines et la portée de ce chef de compétence, v. A. NUYTS, p. 30, n° 18 e.s.

<sup>1906</sup> "If a defendant is properly served with a writ while he is in the country albeit on a visit, the plaintiff is entitled to continue the proceedings to the end. He has validly invoked the jurisdiction of the Queen's courts, and he is entitled to require those courts to adjudicate upon his claim. The courts should not strike it out unless it comes within one of the acknowledged grounds, such as it is vexatious or oppressive, or otherwise an abuse of the process of the court" : [1972] 2 All ER 689, 692.

<sup>1907</sup> V. également *The Soya Margareta*, [1960] 2 All ER 756; [1961] 1 W.L.R. 709; *Re Kernot (An Infant)*, [1965] Ch. 217 (procédure concurrente en Italie, le stay est refusé) et *The Quo Vadis*, [1951] 1 Lloyd's Rep. 425.

<sup>1908</sup> *Ionian Bank Ltd. v Courveur* [1969] 2 All ER 651 (C.A.).

<sup>1909</sup> *Ionian Bank, Ltd. v Courveur*, [1969] 2 All ER (651), 654 : "[t]he Court will not stay an action by a plaintiff in the English courts simply because he has also started proceedings in another country. He is entitled to come to the Queen's courts to enforce his right. No stay will be granted unless the defendant shows [...] that the continuance of the English proceedings is vexatious or oppressive". *Comp. Sealy (or Callan) v Callan* [1953] 1 All ER 942; [1953] P. 135 (la Cour décide que "it requires a very strong case to persuade the court to prevent a party from proceeding with an action [...] on the ground that defendant or respondent had, either before or after the commencement of the proceedings in this country, started in a foreign jurisdiction an action [...] against plaintiff or petitioner").

éventuelle condamnation pouvant en effet être plus facilement exécutée sur le sol britannique.<sup>1910</sup>

420. **Deux décisions en forme de chant de cygne** - Ces deux décisions de la Cour d'Appel constituent sans doute l'apogée d'un système où l'abstention était reconnue du bout des lèvres, les tribunaux s'agrippant fermement à leur saisine et déroulant le tapis rouge pour le demandeur à qui une liberté presque absolue était laissée de multiplier sans encombre les procédures. La jurisprudence évoluera rapidement à partir des années 1970, qui vont voir les tribunaux anglais abandonner leur réticence face à l'abstention et dans le même temps procéder à un rééquilibrage entre les intérêts du demandeur et ceux du défendeur. Avant d'examiner cette évolution, il convient de dire un mot de l'autre versant du pouvoir d'appréciation des tribunaux anglais, que l'on désigne sous le nom de *forum conveniens*.

A. Le *forum conveniens* - une manifestation de l'abstention?

421. **Attribution aux tribunaux anglais d'une compétence extraterritoriale** - La pratique anglaise révèle que le concept de 'for approprié' n'est pas seulement mis à contribution pour permettre à un tribunal de refuser d'exercer une compétence dont il est investi. Ce concept intervient également dans la détermination de l'existence même de cette compétence.

Selon des principes anciens, la compétence des tribunaux étaient fondée sur la présence physique des justiciables sur le territoire anglais, la délivrance de l'assignation au défendeur sur un territoire soumis à la Couronne exprimant le lien qui justifie l'exercice de la compétence. Au 19<sup>ème</sup> siècle, cette conception strictement territorialiste de la compétence a montré ses limites, certaines espèces échappant à l'emprise des tribunaux anglais faute de pouvoir notifier l'acte introductif d'instance en Angleterre. Le législateur est intervenu dès 1832 pour étendre la compétence des tribunaux à certaines situations sans avoir égard à la possibilité de soumettre symboliquement la défendeur à la justice souveraine.<sup>1911</sup> La loi ainsi adoptée énumérait une série de circonstances dans lesquelles les tribunaux pouvaient autoriser le demandeur à procéder à la notification du 'writ' à l'étranger.<sup>1912</sup>

L'exercice de cette compétence "extraordinaire"<sup>1913</sup> n'allait toutefois pas de soi. Dès l'origine les tribunaux se sont empressés de circonscrire les effets de cette extension

<sup>1910</sup> V. les critiques de D. McCLEAN, *l.c.*, *I.C.L.Q.*, 1969, 943, selon qui "the statements of general principle seem to have been made without a full analysis of the possible factual permutations and are open to criticism as a result".

<sup>1911</sup> Les premiers textes furent codifiés en 1852 avec le *Common Law Procedure Act*, qui fut modifié à plusieurs reprises pour finalement intégrer le fameux *Order XI* des *Rules of the Supreme Court*, règles quasi-législatives mises au point, en vertu d'une délégation expresse par le législateur, par une commission spéciale où siègent des juges et des praticiens. A la suite de la réforme de la procédure civile initiée par Lord Woolf, l'*Order XI* n'a pas été modifié substantiellement mais a été annexé aux *Civil Procedure Rules*. Sur l'historique, v. L. COLLINS, "Some Aspects of Service Out of the Jurisdiction in English Law", *I.C.L.Q.*, 1972, 656 ainsi que M. PRYLES, "The Basis of Adjudicatory Competence in Private International Law", *I.C.L.Q.*, 1962, (61), 67.

<sup>1912</sup> V. l'aperçu critique qu'en donne CH. CHALAS, 130-142.

<sup>1913</sup> *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex, Ltd.*, [1987] A.C. 460, 481 (H.L.). V. également *The Brabo*, [1949] AC 326, 257 (H.L.) : Lord Normand dit de la compétence exercée en vertu de l'*Order XI* qu'elle constitue "a departure from the jurisdiction recognised by comity and an invasion of the sovereignty of the state within which leave is granted".

législative de compétence jugée audacieuse, voire exorbitante.<sup>1914</sup> En pratique, les tribunaux se sont adjugés le droit d'apprécier souverainement si les circonstances justifiaient que le demandeur procède à la notification du *writ* en dehors du territoire national.<sup>1915</sup> Progressivement l'idée s'imposa que le caractère approprié du for anglais constituait la mesure à l'aune de laquelle les tribunaux devaient apprécier l'opportunité de l'exercice d'une compétence.<sup>1916</sup> Cette idée s'imposera dans la première moitié du 20<sup>ème</sup> siècle.<sup>1917</sup> On voit que le *forum conveniens* s'est imposé avant l'adoption par les tribunaux anglais du *forum non conveniens*.<sup>1918</sup>

**422. Le *forum conveniens* n'est pas une forme de déférence** - Il ne nous semble pas nécessaire de procéder à une étude détaillée de l'historique du *forum conveniens*, ni de son rôle dans la pratique contemporaine des conflits de juridiction.<sup>1919</sup> Tout d'abord la jurisprudence récente a gommé les différences entre le *forum conveniens* et le *forum non conveniens* : l'appréciation du juge naturel répond aux mêmes directives quel que soit le contexte.<sup>1920</sup> Ensuite et surtout, la technique du *forum conveniens* ne constitue pas en soi une forme de coordination par l'abstention, telle que celle-ci a été définie (*supra*, n° 368) : le *forum conveniens* n'agit pas *a posteriori*, une fois le juge déclaré compétent, pour lui permettre de ne pas exercer cette compétence; il constitue une condition même de l'établissement de la compétence du juge.

Le *forum conveniens* et le *forum non conveniens* sont indéniablement apparentés, puisque dans les deux cas c'est l'appréciation discrétionnaire par le juge du caractère approprié du for qui constitue le coeur du mécanisme. Le rapprochement entre les deux doctrines ne doit toutefois pas faire oublier que lorsque le juge a fait application du *forum conveniens*, c'est la question de l'existence d'une compétence qui est en jeu, alors que dans le cadre du *forum non conveniens*, l'appréciation porte sur l'exercice d'une compétence existante. La distinction entre l'appréciation discrétionnaire de l'existence et de l'exercice d'une compétence n'est peut être qu'un jeu de mots, puisqu'en pratique, le résultat et le raisonnement suivi par le juge seront identiques.<sup>1921</sup> Il reste que puisque les critères utilisés sont essentiellement les mêmes, l'étude du *forum non conveniens* suffit amplement pour les besoins du présent exposé. On retiendra surtout que dès l'origine, l'existence d'une procédure pendante à l'étranger entre les mêmes parties et portant sur la même cause a été prise en compte par les tribunaux dans l'appréciation de l'opportunité d'accorder ou non l'autorisation de procéder à la notification.<sup>1922</sup>

<sup>1914</sup> Dans l'affaire *Amin Rasheed Shipping Corp. v Kuwait Insurance Co., Ltd.* [1984] AC 50, 65 la Chambre des Lords a encore rappelé que "The jurisdiction exercised by an English court over a foreign corporation which has no place of business in this country [...] is an exorbitant jurisdiction, i.e. it is one which, under general English conflict rules, an English court would not recognise as possessed by any foreign court in the absence of some treaty providing for such recognition".

<sup>1915</sup> V. au siècle passé, *Société Générale de Paris v Dreyfus Brothers*, (1887) 37 Ch. D. 215 (C.A.), jurisprudence confirmée depuis lors.

<sup>1916</sup> Sur l'évolution de la jurisprudence, CH. CHALAS, 144-151.

<sup>1917</sup> V. surtout *The Haguen*, [1908] P. 189 et *Kroch v Rasel, Kroch v Le Petit Parisien* [1937] 1 All ER 725.

<sup>1918</sup> Cette compétence n'est alors pas 'as of right' ou 'ex juris', mais nécessite l'obtention d'une 'leave to serve the writ'.

<sup>1919</sup> On se reportera pour cela à l'analyse que livrent les ouvrages classiques, et en particulier CHESHIRE et NORTH, 1999, pp. 285 e.s. et BRIGGS et REES, 1997, pp. 218 e.s.

<sup>1920</sup> La fusion fut réalisée à l'occasion de l'affaire *Spiliada Maritime Corp. v Cansulex, Ltd.*, [1987] A.C. 411 (H.L.), *infra*.

<sup>1921</sup> *Cors.* les réflexions à cet égard de CH. CHALAS, 151-164.

<sup>1922</sup> *The Haguen*, [1908] P. 189 (H.L.). Selon la Chambre des Lords, la saisine du for anglais par le demandeur ne poursuivait pas un but légitime parce qu'une procédure était déjà pendante en Allemagne. Sur la distinction entre *forum conveniens* et *forum non conveniens*, v. la confusion introduite par B. D. INGLIS, "Jurisdiction, the Doctrine of Forum Conveniens and Choice of Law in the Conflict of Laws", *L.Q.R.*, 1965, 380-394.

## B. La révolution des années 1970

423. Une évolution progressive - Inspirés sans doute par les auteurs appelant de leurs vœux une libéralisation du 'stay',<sup>1923</sup> les tribunaux anglais vont à partir des années 1970 progressivement relâcher l'étai qui enserrait le *stay* pour adopter la théorie du *forum non conveniens* telle qu'on la connaît aujourd'hui. L'évolution de la jurisprudence va contribuer à marginaliser encore la pertinence du conflit de procédures, circonstance qui va être rabaissée au rang d'un simple facteur parmi d'autres dans l'appréciation globale du caractère approprié du for – ce qui ne manque pas de paradoxe quand on sait que dans deux des quatre décisions majeures qui ont rythmé l'évolution de la jurisprudence, le juge anglais était saisi concurrentement à un juge étranger.<sup>1924</sup> L'abandon de l'abus de procédure comme fondement du 'stay' va également marquer le glas du parallélisme traditionnellement maintenu entre les deux versions du 'stay', l'abstention et l'injonction, un développement sur lequel nous ne reviendrons plus (*supra*, n° 225).

Le glissement de la version étroite du *stay*, toute entière régie par les intérêts du demandeur, à une conception de l'abstention fondée sur le concept de for 'naturel' et débarrassée de tout "chauvinisme judiciaire" ne s'est pas fait en un jour.<sup>1925</sup> Il a fallu près de 15 ans, et 4 décisions majeures, à la Chambre des Lords pour dégager la conception moderne du *forum non conveniens*. Voilà ainsi tracé le cadre de l'exposé.

424. *The Atlantic Star* : changement à l'intérieur du cadre traditionnel - L'évolution vers une conception moderne de la doctrine du *forum non conveniens* débuta avec l'affaire *The Atlantic Star*.<sup>1926</sup> Après une banale collision sur l'Escaut entre plusieurs navires, deux armateurs néerlandais se pourvurent l'un devant le tribunal de commerce d'Anvers, l'autre, à la faveur de la présence de l'*Atlantic Star* dans le port de Liverpool, devant la Cour de l'Amirauté anglaise. Après paiement de la traditionnelle caution pour éviter la saisie du navire, les défendeurs prièrent le juge anglais d'avoir recours à sa compétence inhérente pour rejeter la demande. De prime abord, l'affaire semblait soulever peu de problèmes, tant il était manifeste que le lien unissant le litige au juge anglais était fortuit, alors que l'ensemble des circonstances de la cause, y compris l'existence d'une série de procédures au fond, pointaient vers la Belgique. C'était oublier que selon la jurisprudence classique, le 'stay' nécessitait la preuve d'un abus de procédure.

Tant la Cour de l'Amirauté<sup>1927</sup> que la Cour d'Appel<sup>1928</sup> refusèrent dès lors de faire droit à l'exception de 'stay' : tout en notant que le juge anversois était sans doute mieux placé pour prendre connaissance de la cause, et qu'il serait préférable d'éviter une course au jugement en mettant fin à une des procédures,<sup>1929</sup> les juges anglais refusèrent de priver le

<sup>1923</sup> V. surtout B. D. INGLIS, *l.c.*, *L.Q.R.*, 1965, 380-394 et J. D. MCCLEAN, *l.c.*, *I.C.L.Q.*, 1969, 931-948.

<sup>1924</sup> Sur cette marginalisation des procédures concurrentes, cf. *infra*, n° 529.

<sup>1925</sup> Sur cette évolution v. la fresque tracée par CH. CHALAS, 184-234.

<sup>1926</sup> *The Atlantic Star v The owners of the Bona Spes*, [1974] AC 436; [1973] 2 All ER 175. V. les commentaires de H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON, "L'incompétence internationale discrétionnaire du juge anglais et ses limites. L'arrêt de la Chambre des Lords du 10 avril 1973 (*Atlantic Star c. Bona Spes*)", *R.C.D.I.P.*, 1974, 607-624 et de M. G. BRIDGE, "Changing Attitudes to Jurisdiction", *Modern L. Rev.*, 1973, 649 e.s.; A. MCCLEAN, "Foreign Collisions and Forum Conveniens", *I.C.L.Q.*, 1973, 748 e.s.

<sup>1927</sup> [1972] 1 Lloyd's Rep. 534.

<sup>1928</sup> [1972] 3 All ER 705, [1972] 3 W.L.R. 746, [1973] QB 364 (C.A.).

<sup>1929</sup> [1972] 1 Lloyd's Rep. 534, 539 (Lord Brandon).

demandeur de la possibilité d'obtenir justice en Angleterre. En appel, Lord Denning réaffirma avec force la position privilégiée du demandeur en ces termes :

“Nul ne doit demander en vain justice aux tribunaux anglais [...]. Le droit d'ester devant ces tribunaux n'est pas réservé aux anglais. Les étrangers sans intention malveillante peuvent également en bénéficier. On peut y voir du 'forum shopping', mais si le for est anglais, c'est un bon endroit pour se fournir, que ce soit pour la qualité des marchandises que la rapidité du service”<sup>1930</sup>

**425. *The Atlantic Star* : changement à l'intérieur du cadre traditionnel (suite) -** La Chambre des Lords prit expressément ses distances de cette approche qui n'était pas, il faut le dire, dénuée d'un certain 'nationalisme' juridique. Se proposant de réexaminer l'approche traditionnelle qualifiée de “particulièrement insulaire”,<sup>1931</sup> les Lords adoptèrent une interprétation plus souple de l'exigence du caractère abusif et vexatoire de la procédure litigieuse : sur la forme, les choses ne changent pas puisque le principe consacré dans l'arrêt *Saint Pierre* restait d'actualité. Le point de départ du raisonnement était d'ailleurs toujours que “le demandeur ne peut être privé à la légère de son droit d'ester devant la justice anglaise [...]”<sup>1932</sup>

Sur le fond l'évolution est notable, les juges se proposant d'adopter “une interprétation libérale de ce qui constitue un abus dans le chef du demandeur”.<sup>1933</sup> La charge de la preuve pesant sur le défendeur en fut considérablement allégée : dorénavant, il n'était plus nécessaire qu'il démontre que la saisine du juge anglais procédait de la mauvaise foi et de l'intention de nuire dans le chef du demandeur. Le caractère oppressif et vexatoire de cette saisine était au contraire évalué à la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause, et en particulier des avantages et désavantages respectifs de cette saisine pour les parties. Le défendeur triomphait lorsqu'il persuadait le tribunal que la conduite d'une procédure en Angleterre lui causerait de graves inconvénients que ne justifiaient pas les avantages qu'en tirait le demandeur.<sup>1934</sup>

<sup>1930</sup> [1972] 3 All ER 705, 709; [1972] 3 WLR 746, 757-758 : “No one who comes to these courts asking for justice should come in vain. [...] This right to come here is not confined to Englishmen. It extends to any friendly foreigner. [...] You may call this 'forum shopping' if you please, but if the forum is England, it is a good place to shop in, both for the quality of the goods and the speed of service”.

<sup>1931</sup> [1974] AC 436, 453; [1973] 2 All ER 175, 181 : “a rather insular doctrine”. On notera également ce passage étonnant du speech de Lord Reid, révélateur d'un profond changement des mentalités, où il explique que l'attitude traditionnelle des juges anglais “seems to recall the good old days, the passing of which many may regret, when inhabitants of this island felt an innate superiority over those unfortunate enough to belong to other races”.

<sup>1932</sup> Lord Wilberforce, [1973] 2 All ER 175, 194 : “[...] a plaintiff should not lightly be denied the right to sue in an English court [...]”. Les Lords rejetèrent d'ailleurs expressément l'adoption de la doctrine du forum non conveniens. Lord Wilberforce expliqua que “we were urged to take this opportunity to bring English law into line with these legal systems (Scottish and American). My Lords, I am of the opinion that this is a course which we cannot take” ([1974] AC 436, 464). Dans le même sens, [1974] AC 436, 454 (Lord Brandon) et [1974] AC 436, 475 (Lord Kilbrandon).

<sup>1933</sup> [1974] AC 436, 453; [1973] 2 All ER 175, 181, par Lord Reid : “[...] a key to the solution of the problem may be found in a liberal interpretation of what is oppressive on the part of the plaintiff”. V. également Lord Wilberforce, [1974] AC 436, 468; [1974] 2 All ER 175, 193-194 (l'expression “oppressive and vexatious” “are pointers rather than boundary marks. They are capable of a strict or technical application; conversely, if this House thinks fit, and as I think they should, they can in the future be interpreted more liberally”). Deux Lords, Lord Morris et Lord Simon, ont rejeté l'opinion de la majorité et préféré s'en tenir à une interprétation littérale de l'expression 'oppressive or vexatious'.

<sup>1934</sup> [1974] 2 All ER 175, 194 (Lord Wilberforce).

426. *The Atlantic Star* : changement à l'intérieur du cadre traditionnel (suite et fin) - Au total, on reste loin d'une véritable doctrine du *forum non conveniens*, malgré une certaine objectivisation du test.<sup>1935</sup> L'ouverture appréciable des juges, qui se traduit par une répudiation de la tendance nationaliste,<sup>1936</sup> ne doit pas cacher que le cœur de la doctrine classique resta intact : le mécanisme était fondé non sur les liens objectifs entre les fors et le litige, mais bien sur la position et les difficultés pour les parties.<sup>1937</sup> On examinera ultérieurement la portée de cette décision pour la question particulière des conflits de procédures (*infra*, n° 530).

427. *McShannon* : abandon du critère de l'abus et introduction du concept de 'for naturel' - La décision dans l'affaire *Atlantic Star* ne constituait qu'un premier pas modeste, apportant une flexibilité bienvenue à la doctrine du 'stay' sans en modifier le cadre général. Elle fut suivie d'un changement plus radical avec la décision de la Chambre des Lord dans l'affaire *McShannon*.<sup>1938</sup> Au contraire de la première espèce cette affaire ne mettait pas en jeu des procédures concurrentes. *In casu*, plusieurs ouvriers écossais réclamaient des dommages et intérêts de leurs employeurs en compensation des blessures qu'ils avaient subi sur leur lieu de travail en Ecosse. Au cours de la procédure il apparut que la saisine du juge anglais constituait manifestement une manœuvre inspirée par les conseils des demandeurs, destinée à profiter du régime anglais de compensation réputé plus généreux.<sup>1939</sup>

Les juges n'eurent aucune difficulté à reconnaître d'emblée le caractère artificiel de la procédure dont ils étaient saisis, le seul lien avec le for anglais étant le siège social de l'employeur établi à Londres.<sup>1940</sup> Ni en première instance, ni en appel l'employeur ne put toutefois convaincre les juges de lui octroyer le bénéfice du 'stay'. Selon les juges, il n'était en effet pas question de vexation, ni d'abus, même selon l'acceptation plus souple de cette expression imposée par *Atlantic Star*. A l'unanimité la Chambre des Lords infirma la décision entreprise et accorda le sursis à statuer. Tout en se refusant encore d'accueillir la doctrine écossaise du *forum non conveniens*,<sup>1941</sup> la Cour répudia définitivement l'exigence du caractère vexatoire et oppressif de la procédure litigieuse. Les Lords reconnurent

<sup>1935</sup> Comme le notera la Cour d'Appel de la Colombie Britannique dans un exposé magistral de l'évolution de la doctrine, à propos de ce premier arrêt : "In practice, that change appears to have had little effect on the outcome of applications to stay actions in England" : *Thrifty*, décision précitée, 168 D.L.R. 4th 602, 613.

<sup>1936</sup> V. également les observations de droit comparé de Lord Kilbrandon, qui note les développements de la jurisprudence américaine en matière de clause d'élection de for : [1974] AC 436, 476.

<sup>1937</sup> En l'espèce la Chambre des Lords conclut que la saisine du juge anglais était vexatoire et oppressive parce que la poursuite de la procédure présenterait de nombreux inconvénients pour le défendeur, notamment la nécessité d'obtenir le témoignage de personnes domiciliées en Belgique et le fait que de nombreuses procédures étaient déjà pendantes en Belgique. Ces inconvénients n'étaient pas compensés par le simple espoir dans le chef du demandeur, d'obtenir justice du tribunal anglais, et d'éviter notamment les constatations défavorables contenues dans un rapport de l'expert judiciaire désigné par les tribunaux belges.

<sup>1938</sup> *McShannon v Rockware Glass, Ltd.*, [1978] AC 795 (H.L.). V. sur cette décision H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON, "Compétence internationale et dettes de monnaie étrangère devant la Chambre des Lords. Nouveaux développements", *R.C.D.I.P.*, 1979, 687 e.s. et J. H. H. WEILER, "Forum Non Conveniens - An English Doctrine", *M. L. Rev.*, 1978, 739 e.s.

<sup>1939</sup> Le syndicat auquel appartenaient les victimes se chargeait d'ailleurs de régler la facture des avocats.

<sup>1940</sup> [1978] 1 All ER 628 par Lord Diplock; 634 par Lord Salmon. La Cour d'Appel fit le même constat ([1977] 2 All ER (449), 453, [1977] 1 WLR (376), 382 (CA, Stephenson LJ)). Le juge Stephenson de la Cour d'Appel expliqua ainsi que "anyone with nothing but common sense to guide him would say that they ought to be tried in Scotland" ([1977] 1 WLR (376), 382).

<sup>1941</sup> Refusèrent expressément de franchir le pas Lord Diplock ([1978] AC 795, 811) ; Lord Salmon ([1978] AC 795, 817) ainsi que Lord Fraser ([1978] AC 795, 822).

d'ailleurs que les efforts passés pour donner de cette expression une interprétation plus souple, avaient échoué.<sup>1942</sup>

Au lieu d'une exception fondée sur l'effet de la saisine à l'égard du défendeur, les Lords proposèrent une nouvelle formule plus générale, selon laquelle "il appartient au défendeur de montrer qu'il existe un autre for devant lequel il peut être attiré, et où la justice sera rendue entre parties en entraînant moins d'inconvénients et moins de dépenses".<sup>1943</sup> La formule, séduisante même si non dénuée d'ambiguïtés,<sup>1944</sup> invitait le juge à procéder à une comparaison entre les deux fors, sans s'attacher avant tout à la position des parties. On n'était plus très loin du *forum non conveniens* tel que pratiqué en Ecosse, comme le reconnut d'ailleurs un des juges.<sup>1945</sup>

**428. *McShannon* : abandon du critère de l'abus et introduction du concept de 'for naturel' (suite)** - Appliquant les principes ainsi dégagés, la Cour constata que le litige ne présentait que peu d'attaches avec l'Angleterre.<sup>1946</sup> L'espoir des demandeurs d'obtenir du juge anglais un dédommagement plus substantiel ne suffisait pas pour empêcher le renvoi de la cause vers son for naturel, l'Ecosse.<sup>1947</sup> Lord Diplock fut d'autant plus soucieux de barrer la route aux demandeurs qu'il craignait un surcroît de travail inutile pour les tribunaux anglais.<sup>1948</sup>

Les vieux réflexes ne disparurent toutefois pas entièrement, comme en témoigne la réflexion de Lord Salmon selon qui "l'opinion selon laquelle il est souvent très avantageux de pouvoir faire appel aux tribunaux de la Reine, ne peut certainement pas être attribuée à une quelconque fierté insulaire".<sup>1949</sup> On a en outre pu critiquer le caractère vague des notions introduites par la Chambre des Lords, et en particulier l'incertitude qui entourait le concept de 'for naturel' à peine esquissé.<sup>1950</sup> Toujours est-il qu'avec cette décision la Chambre des Lords s'est résolument engagée dans la voie du *forum non conveniens* : le stay n'était plus confiné aux situations d'abus flagrants; il visait dorénavant à garantir que le litige sera tranché par le (ou un des) for(s) naturel(s). Le déséquilibre

<sup>1942</sup> [1978] AC 795, 811 par Lord Diplock : "the use of the words 'oppressive' and 'vexatious' in this rule ought now to be discontinued; their use in a specially broad and liberal sense seems to me to have become merely misleading". Dans le même sens Lord Fraser, [1978] 1 All ER 636. Lord Salmon est encore plus franc lorsqu'il écrit qu'il est impossible d'interpréter cette expression libérale "without emasculating them and completely destroying their true meaning" ([1978] AC 795, 819).

<sup>1943</sup> "In order to justify a stay, two conditions must be satisfied, one positive the other negative : (a) the defendant must satisfy the court that there is another forum to whose jurisdiction he is amenable in which justice can be done between parties at substantially less inconvenience and expense", [1978] AC 795, 812; [1978] All ER 630.

<sup>1944</sup> V. les critiques de A. BRIGGS, "Forum Non Conveniens - Now We Are Ten?", *Legal Studies*, 1983, 74.

<sup>1945</sup> [1978] All ER 630, par Lord Diplock ; "If the distinction between this restatement of the English law and the Scottish doctrine of forum non conveniens might on examination prove to be a fine one, I cannot think that it is any worse for that".

<sup>1946</sup> [1978] AC 795, 817 par Lord Salmon : "The case has absolutely nothing to do with England [...]".

<sup>1947</sup> Lord Diplock souligna entre autre que la majorité des témoins étaient domiciliés en Ecosse, et que leur comparaison devant un tribunal anglais serait coûteuse et perturberait inutilement les activités des entreprises les employant en Ecosse ([1978] AC 795, 812).

<sup>1948</sup> [1978] All ER 632 : "It if were to become the common practice to bring Scottish industrial injury cases in England, the total waste of time and effort would be substantial".

<sup>1949</sup> [1978] AC 795 : "The view that it is often a great advantage to have access to the Queen's courts can hardly be attributed to insular pride".

<sup>1950</sup> P. ex. CH. CHALAS, pp. 197-209, qui évoque un "principe flou" et une "exception mystérieuse" à propos de la possibilité pour le juge de refuser de suspendre la procédure si le demandeur devait en être privé d'un avantage légitime.

flagrant dont profitait le demandeur jusque là fut été redressé au bénéfice du demandeur.<sup>1951</sup>

On observera enfin que, tout occupés à conférer une physionomie nouvelle au 'stay', les juges ne se sont pas penchés sur les conséquences de leur décision sur les conflits de procédures. L'arrêt *McShannon* reste muet sur la façon d'appréhender la concurrence de procédures à l'intérieur du *forum non conveniens* renouvelé.<sup>1952</sup> Les conflits de procédures vont réapparaître au premier plan avec l'affaire du *Abidin Daver*.<sup>1953</sup>

**429. Consolidation des avancées : l'arrêt *Abidin Daver*** - L'arrêt *Abidin Daver* prononcé par la Chambre des Lords en 1984 à la suite d'une collision maritime dans le détroit du Bosphore ne modifiera pas fondamentalement les solutions adoptées par cette même cour quelques 6 ans plus tôt.<sup>1954</sup> Les Lords se contenteront d'apporter quelques éclaircissements sur les zones d'ombre, encore nombreuses. Cette décision sera toutefois l'occasion de préciser la portée de l'exception de *forum non conveniens* à l'égard des conflits de procédures. En l'espèce les tribunaux turcs avaient été saisis par l'armateur d'un des navires impliqués dans la collision, avant que l'armateur cubain de l'autre navire ne fasse séquestrer un navire de la flotte du premier qui mouillait dans les eaux anglaises. L'exception de for approprié invoquée devant les tribunaux anglais se doublait donc d'un conflit de procédures.

Après avoir offert une nouvelle définition du 'for naturel',<sup>1955</sup> et limité la possibilité pour le demandeur d'invoquer les avantages que lui confère le système procédural anglais, les juges constatèrent que la doctrine ainsi modifiée n'avait plus rien à envier à la version écossaise du *forum non conveniens*.<sup>1956</sup> En l'espèce la Cour n'eut pas de difficulté à déterminer que le tribunal turc constituait le for 'naturel' de la cause.<sup>1957</sup> Restait à s'interroger sur la question de savoir quelle importance accorder au fait que le litige avait conduit à un conflit de procédures. On constatera ultérieurement que la décision des

<sup>1951</sup> Il reste cependant que la Chambre des Lords n'a pas dans cette décision expressément désavoué la traditionnelle présomption en faveur du choix de for du demandeur, ce qui provoquera une certaine confusion chez les juges du fond, v. par exemple la décision de la Cour d'Appel dans l'affaire *Amin Rasheed Shipping Corp. v Kuwait Insurance Co.*, qui part du principe de la supériorité innée de la justice anglaise. Cette décision sera cassée par la Chambre des Lords, *Amin Rasheed Shipping Corp. v Kuwait Insurance Co., Ltd.* [1984] AC 50.

<sup>1952</sup> Les tribunaux inférieurs durent dès lors se résoudre à appliquer la nouvelle formule même en présence d'un *lis alibi pendens*. V. par exemple *Gadd v Gadd*, [1984] W.L.R. 1436. V. également R. SCHUZ, "Controlling Forum Shopping: The Impact of *MacShannon v. Rockware Glass Ltd*", *I.C.L.Q.*, 1986, (374-412), 380 ("The new test applies whether or not there is a *lis alibi pendens*").

<sup>1953</sup> Entre temps, les tribunaux avaient eu l'occasion de décider que le fait qu'une procédure connexe était pendante en Angleterre faisait pencher la balance contre le stay : *The Messinaki Tokri*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 666 (conflit avec Taiwan).

<sup>1954</sup> *The Abidin Daver*, [1984] A.C. 398 (H.L.).

<sup>1955</sup> A savoir le for avec lequel l'action entretient "the most real and substantial connection", [1984] 1 AC 398, 415 (H.L.) et Lord Diplock, [1984] 1 AC 398, 410, une définition déjà suggérée par A. BRIGGS, "Forum Non Conveniens - Now We Are Ten?", *Legal Studies*, 1983, 85-89, qui s'inspirait à son tour de la jurisprudence en matière de loi applicable au contrat.

<sup>1956</sup> Lord Keith expliqua (AC 398, 411) dans un dictum devenu célèbre que "the essential change in attitude of the English courts to pending or prospective litigation in a foreign jurisdiction that has been achieved step by step the last 10 years [...] is that judicial chauvinism has been replaced by judicial comity to an extent I think the time is now ripe to acknowledge frankly is [...] indistinguishable from the Scottish legal doctrine of *forum non conveniens*". V. toutefois les observations de A. BRIGGS, "The Staying of Actions on the Ground of Forum Non Conveniens in England Today", *Lloyd's M.C.L.Q.*, (227), 249, qui pointe les différences entre la version anglaise et la version écossaise de la doctrine.

<sup>1957</sup> Le seul lien avec l'Angleterre était en effet la saisie d'un navire appartenant au défendeur, et non impliqué dans l'accident, dans un port anglais, v. Lord Diplock [1984] 1 AC 398, 409-410; Lord Brandon, [1984] 1 AC 398, 421 et Lord Keith, [1984] 1 AC 398, 414.

Lords ne permettait pas d'apercevoir exactement quelle est la place des procédures concurrentes au sein de la doctrine du *forum non conveniens* (*infra*, n° 531). Si la décision qui suivit ne permit pas non plus de mettre fin à l'ambiguïté sur cette question, elle donna en revanche sa forme définitive à l'exception de for inapproprié.

**430. Le couronnement : l'arrêt *Spiliada* - la fusion du *forum non conveniens* et du *forum conveniens*** - La transformation du 'stay' s'acheva en 1986 avec l'arrêt *Spiliada* dans lequel la Chambre des Lords adopta la version moderne du *forum non conveniens*.<sup>1958</sup> Contrairement aux affaires précédentes, il ne s'agissait pas *in casu* pour le juge anglais de déterminer s'il convenait d'exercer une compétence dont il était investi, mais bien de décider si cette compétence existait. L'enjeu était en effet au premier chef de savoir si le demandeur, propriétaire d'un navire, pouvait procéder à la signification de la citation au Canada, où était établi le défendeur, propriétaire d'une cargaison de souffre dont le demandeur alléguait qu'elle avait endommagé son navire durant le transport.

Dans une remarquable synthèse du pouvoir discrétionnaire des juges anglais à l'égard de leur compétence, la Cour rassembla en une seule et même formule les principes régissant le forum conveniens et le forum non conveniens.<sup>1959</sup> Soulignant les liens unissant ces deux manifestations du pouvoir d'appréciation du juge, la Chambre des Lords définit un corps de règles uniques pouvant s'appliquer dans les deux hypothèses.<sup>1960</sup> La Cour se résolut également à reconnaître une fois pour toute que le 'stay' anglais ne pouvait plus être distingué du *forum non conveniens* écossais,<sup>1961</sup> même si Lord Goff s'empessa de souligner que la question au coeur de la doctrine n'était pas la 'convenience' des fors mais bien leur caractère plus ou moins approprié.<sup>1962</sup>

**431. Le couronnement : l'arrêt *Spiliada* - Le principe** - Le *forum non conveniens* tel que le conçoit la Cour s'articule en deux temps : dans un premier temps le juge doit examiner les liens unissant le litige aux fors en présence. Il s'agit, selon les mots de Lord Goff, de déterminer quel est "le for approprié pour trancher le litige, c'est-à-dire le for dans lequel le litige pourra être tranché de la manière qui satisfait le plus les intérêts des parties et ceux de la justice".<sup>1963</sup> On est bien loin de l'approche restrictive du 'stay' inaugurée au 19<sup>ème</sup> siècle, toute entière fondée sur l'idée d'abus de procédure. Il n'est plus question de présomption en faveur de l'élection de for du demandeur, mais d'une approche neutre et équilibrée, fondée sur les liens objectifs entre le for et le litige.<sup>1964</sup>

<sup>1958</sup> *Spiliada Maritime v. Cansulex Ltd.*, [1987] AC 460, [1986] 3 All ER 843, [1986] 3 W.L.R. 972. Sur cet arrêt majeur, v. J. G. COLLIER, "Staying of Actions and Forum Non Conveniens - English Law Goes Scotch", *C. L. J.*, 1987, 33 e.s.; P. B. CARTER, "Service of Process out of the Jurisdiction : Forum Non Conveniens", *British Yearb. Int'l. L.*, 429; A. BRIGGS, "Forum Non Conveniens - The Last Word?", *Lloyd's M. C. L. Q.*, 1987, 1 e.s.

<sup>1959</sup> [1986] 3 All ER 843, 854, [1986] 3 W.L.R. 972, 983 (Lord Goff).

<sup>1960</sup> Selon la Cour, "The question in both groups of cases must be, at the bottom [...] to identify the forum in which the case can be suitably tried for the interests of all the parties and for the ends of justice" : [1987] AC 460, 480 (Lord Goff). Les Lords reconnaissent toutefois qu'existent des différences notables entre les deux situations, v. [1987] AC 460, 482, différences qui se répercutent dans la charge de la preuve.

<sup>1961</sup> [1986] All ER 843, 854 (Lord Goff).

<sup>1962</sup> [1987] AC 460, 474, [1986] All ER 843, 853 (Lord Goff) : "For the question is not one of convenience, but of suitability or appropriateness of the relevant jurisdiction".

<sup>1963</sup> [1987] AC 460, 476, [1986] All ER 843, 854, [1986] W.L.R. 972, 983 (Lord Goff) : "The basic principle is that a stay will only be granted on the ground of forum non conveniens where there is some other available forum, having competent jurisdiction, which is the appropriate forum for the trial of the action, i.e. in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and the ends of justice".

<sup>1964</sup> La primauté du for n'a toutefois pas entièrement disparu. Lord Goff expliquait ainsi que lorsqu'aucun des deux fors concurrents ne semble être le plus approprié, l'exception de 'stay' doit être rejetée : [1986] All ER 843, 855.

La détermination du ‘for naturel’ de la cause doit selon la Cour se faire à la lumière de l’ensemble des circonstances de la cause, en examinant vers quel for convergent les points de rattachement. Lord Goff a en particulier souligné l’importance des considérations relatives à l’administration de la preuve, comme la localisation des témoins, au droit applicable ainsi que le domicile des parties.<sup>1965</sup> En l’espèce ces principes aurait dû conduire le juge à reconnaître le caractère approprié du for anglais – et dès lors à autoriser la signification de la citation.<sup>1966</sup>

**432. Le couronnement : l’arrêt *Spiliada* – L’exception de justice** - Une fois acquis que le tribunal étranger constitue le for naturel de l’action, le demandeur peut encore s’opposer au ‘stay’ en démontrant que le sursis constituerait une injustice intolérable à son égard.<sup>1967</sup> En l’espèce la question ne se posait pas puisque le tribunal anglais avait été jugé plus approprié. Comme il se doit dans un arrêt de principe, la Cour prit cependant la peine d’expliquer la portée de cette exception. Dans l’esprit des juges, il ne s’agissait plus tellement de comparer les avantages, juridiques ou autres, que les parties pourraient retirer d’une procédure anglaise ou étrangère, mais bien d’éviter que le renvoi devant le tribunal étranger ne mette en péril la possibilité même pour les parties d’obtenir justice.

Les deux parties du test ne sont dès lors pas sur le même pied, la seconde ne constitue qu’une exception à la règle générale selon laquelle il appartient au for naturel de prendre connaissance de la cause. Pour déclencher cette exception, le demandeur devra montrer “par des preuves objectives et convergentes qu’[il] n’obtiendra pas justice devant le tribunal étranger”.<sup>1968</sup> Il ne lui suffit plus de se plaindre de la perte d’un avantage juridique tel que la possibilité de bénéficier d’une procédure d’obtention de preuves plus généreuse, ou l’espoir d’obtenir une compensation plus élevée.<sup>1969</sup> L’équilibre entre demandeur et défendeur est rétabli, seul compte le caractère objectivement approprié des fors en présence.<sup>1970</sup>

**433. Bilan de l’évolution : la doctrine moderne du *forum non conveniens*** – Ainsi se dessine la doctrine moderne du forum (non) conveniens.<sup>1971</sup> Il n’a pas été question

<sup>1965</sup> [1987] AC 460, 478, [1986] All ER 843, 856 : “[the] connecting factors [...] will include not only the factors affecting convenience of expense, such as availability of witnesses, but also other factors such as the law governing the relevant transaction and the places where the parties respectively reside or carry on business”.

<sup>1966</sup> Fut décisive pour arriver à cette conclusion le fait que le juge du fond était saisi d’une affaire connexe mettant en jeu les mêmes questions techniques, à propos d’un autre navire, le *Cambridgeshire*, qui avait également été endommagé lors d’un transport de soufre. Lord Goff souligna que les juges, conseils et nombreux experts impliqués dans l’affaire du *Cambridgeshire* avaient acquis une expertise et une connaissance approfondie des questions litigieuses, [1987] AC 460, 485. Cet élément déduit essentiellement de l’économie de procédures est depuis lors connu sous l’expression de ‘*Cambridgeshire factor*’.

<sup>1967</sup> [1987] AC 460, 478 : “if there is some other available forum which prima facie is clearly more appropriate for the trial of the action, [the court] will ordinarily grant a stay unless there are circumstances by reason of which justice requires that a stay should nevertheless not be granted”.

<sup>1968</sup> [1987] AC 460, 478 : Selon Lord Goff, il faut que ceci soit “[...] established objectively by cogent evidence, that the plaintiff will not obtain justice in the foreign jurisdiction”.

<sup>1969</sup> [1987] AC 460, 482 : Lord Goff fait observer que “As a general rule, I do not think that the court should be deterred from granting a stay, or from exercising its discretion against granting a leave under R.S.C. Order 11, simply because the plaintiff will be deprived of such an advantage”.

<sup>1970</sup> Lord Goff parle d’ailleurs d’une “objective approach” de la doctrine du ‘stay’ : [1987] AC 460, 482.

<sup>1971</sup> Des décisions ultérieures viendront toutefois modifier sensiblement le visage de la doctrine, on pense en particulier aux décisions dans les affaires *Connelly* et *Lubbe*, de la Chambre des Lords, qui ont été l’occasion d’un assouplissement considérable de l’exception de justice’, *infra* n° 761.

dans l'arrêt *Spiliada* du conflit de procédures, l'incertitude sur le rôle de ce facteur ne fut levée que quelques années plus tard.<sup>1972</sup>

Au terme de l'évolution on peut tirer deux conclusions. Tout d'abord il faut constater que la jurisprudence anglaise a considérablement évolué, réservant une place toujours plus grande à l'abstention. L'introduction du *forum non conveniens* a signé la fin de la présomption en faveur de l'élection de for du demandeur. Dorénavant, les tribunaux anglais n'auront plus en principe de réserve face à l'abstention, le for étranger étant mis sur le même pied que le for anglais. Tout comme le défendeur est mis sur le même pied que le demandeur. La lente évolution du 'stay' vers la doctrine moderne du *forum non conveniens* constitue un remarquable exercice d'autocritique de la part des juges anglais. En acceptant de remettre en question une jurisprudence centenaire qui privilégiait le demandeur, la Chambre des Lords a construit une doctrine équilibrée et neutre au service de la justice – on pourrait dire du principe de proximité – et non de l'une ou l'autre partie. Ce faisant les intérêts du défendeur ont été progressivement incorporés dans la complexe équation présidant à la détermination de la compétence du juge.<sup>1973</sup>

Si l'abstention est entrée dans les moeurs, les relations entre le *forum non conveniens* et les procédures concurrentes sont pour le moins ambiguës : alors que le 'stay' était à l'origine quasi exclusivement invoqué en présence d'une procédure concurrente, il n'a eu cesse de s'en extraire pour acquérir une portée plus générale. Déjà au siècle dernier, la condition du caractère vexatoire ou oppressif ne faisait pas spécifiquement référence aux conflits de procédures, mais était susceptible d'application dans d'autres contextes. Si ces conflits constituaient le terrain d'élection du stay, c'est sans doute, comme le note Mlle. Chalas, que la condition du caractère vexatoire et oppressif était davantage susceptible de se réaliser en présence de deux procédures initiées par la même personne.<sup>1974</sup>

L'autonomie du pouvoir discrétionnaire va s'agrandir davantage encore avec la libéralisation des années 1970 et la montée en force du concept du 'for naturel'. Ce concept passe-partout est en effet susceptible d'être invoqué dans une multitude de contextes. Rattacher à ce concept charnière l'exercice par le juge de son pouvoir d'appréciation, c'était ouvrir la porte à l'expansion du pouvoir dans d'autres contextes – comme le prouve d'ailleurs la remarquable fusion entre le *forum conveniens* et le *forum non conveniens*.

Ces développements n'ont pas été sans conséquence sur le traitement des conflits de procédures. Alors que ceux-ci formaient une partie importante du contexte dans lequel s'est inscrit l'évolution du 'stay', les quatre décisions qui ont rythmé la transformation de ce mécanisme n'apportent que peu d'éclaircissements sur la position des conflits de procédure. L'impression générale qui se dégage de la jurisprudence est que l'existence d'un conflit de procédures constitue un simple facteur entrant en compte dans la détermination du caractère approprié des fors, et non pas une donnée décisive

<sup>1972</sup> *Infra*, n° 533. Le facteur de la multiplicité des procédures ne fut invoqué qu'incidemment, le défendeur arguant qu'il lui était impossible d'appeler son assureur en garantie devant les tribunaux anglais, et qu'il serait donc forcé de commencer une seconde procédure devant les tribunaux canadiens, v. Lord Goff, [1986] All ER 843, 861.

<sup>1973</sup> Comme le fera remarquer un juge canadien à propos de l'évolution de la jurisprudence anglaise, "The most significant development was the adoption of comity as the governing principle in place of the old rule that access to the English courts is not to be lightly denied" : 472900 *B.C Ltd v Trimfy Canada, Ltd*, (1998) 168 DLR (4th) 602, 615.

<sup>1974</sup> CH. CHALAS, 244-245, n° 262.



## Section 2 : la déférence, une solution à privilégier

435. Les enseignements du droit comparé - Les pages précédentes ont été l'occasion de tracer les grandes lignes de l'évolution des jurisprudences française et anglaise. La comparaison des parcours suivis par les tribunaux de ces deux pays s'impose.

Les différences qui séparent les deux jurisprudences sont certes importantes, plus sans doute que les points communs. Ainsi quant à la *forme* qu'a pris finalement la règle d'abstention, un monde sépare l'appréciation discrétionnaire par le juge anglais des liens rattachant le litige aux deux fors concurrents de l'approche plus mécanique qui s'est imposée en France, et ailleurs, en vertu de laquelle la priorité est donnée au juge premier saisi. Et la déférence dont témoigne le juge anglais ou français à l'égard du juge étranger n'a certainement pas les mêmes *origines* dans les deux cas. La filiation entre l'exception de litispendance et l'exception de chose jugée, et plus généralement le régime des jugements étrangers, est évidente. Il suffit pour s'en convaincre de passer en revue les arguments invoqués par les tribunaux français au 19<sup>ème</sup> siècle pour justifier le refus d'étendre le bénéfice de la litispendance aux espèces internationales. A côté des décisions qui négligeaient tout bonnement de justifier le rejet de la coordination demandée avec la procédure concurrente<sup>1975</sup> ou en appelaient à des arguments spécieux<sup>1976</sup> ou tout simplement caricaturaux,<sup>1977</sup> les tribunaux évoquaient principalement l'absence d'efficacité internationale des décisions étrangères pour refuser effet à la litispendance.<sup>1978</sup>

<sup>1975</sup> Civ. Liège, 9 juin 1983, *J.L.*, 1983, 515. V. plus récemment Civ. Bruxelles, 9 avril 1997, *R.T.D.F.*, 1997, 405 ("il n'y a pas litispendance entre une action pendante devant une juridiction belge et une action pendante devant une juridiction étrangère"); Liège, 3 janvier, 1900, *Pas.*, 1900, II, 225 (idem); Civ. Bruxelles (réf.), 28 déc. 1994, *Dir. A.c.*, 1995, 76. D'autres décisions en appellent à la 'tradition'

<sup>1976</sup> Comme par exemple l'absence de *règlement des juges* au niveau international, souvent invoquée par les tribunaux pour justifier le refus de la litispendance. Dans l'ancien droit français, la situation de litispendance ne se résolvait pas par l'effacement spontané de l'un des tribunaux. En vertu des articles 363 e.s. du Code de procédure civile, un arbitrage était demandé à un tribunal supérieur, qui tranchait le conflit en désignant l'instance compétente. Les tribunaux eurent vite fait de se réfugier derrière l'impossibilité manifeste d'appliquer la procédure de règlement des juges aux litiges internationaux pour refuser de se plier devant la saisine étrangère concurrente. La Cour de Cassation a ainsi décidé en 1847 que le recours à la procédure du règlement de juges pour trancher un litige opposant un tribunal français et un tribunal suisse était impossible puisqu'il "est de l'essence d'un règlement de juges que le tribunal régulateur ait juridiction sur celle des tribunaux inférieurs entre lesquels il faut faire cesser le conflit" (Cass. Req., 27 janvier 1847, *S.*, 1847, 1, 818). Et la Cour de constater que "cette juridiction n'appartient nullement à la Cour de cassation sur les tribunaux suisses [...]". En l'espèce la demande de règlement de juges fut rejetée, ce qui laissa intact les deux procédures concurrentes. L'impossibilité pour le juge français de vider le conflit existant entre les deux tribunaux servait dès lors de prétexte pour rejeter l'exception de litispendance.

Comme le faisait déjà remarquer SACERDOTI en 1898, l'argument était bien maigre puisque lorsqu'une situation de litispendance se produit, les deux juridictions concernées sont par hypothèse compétentes (Rapport précité, *Ann. de l'Institut Dr. Int.*, vol. 15, 1896, 880-882. V. également H. BATIFFOL, *Droit international privé*, 4<sup>ème</sup> éd., 1967, 777, n° 689). Il n'est donc pas question de demander à une instance supérieure de décider lequel des deux tribunaux a usurpé sa compétence. En outre, l'impossibilité d'un règlement de juges n'empêche pas le for de rester maître de sa saisine, et donc de pouvoir s'effacer devant le juge étranger lorsque ceci est jugé approprié. Le règlement des juges a subsisté en droit positif belge, mais uniquement pour la situation des conflits de décisions, v. les articles 645 à 647 du Code Judiciaire et les commentaires de C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil, II, La compétence*, Bruxelles, Larcier, 1981, 208-215.

<sup>1977</sup> De nombreuses décisions s'appuyaient sur un *argument de texte* pour rejeter la litispendance, les dispositions internes n'évoquant pas le cas de figure de la litispendance internationale. P. ex. Bruxelles, 29 décembre 1886, *Pas.*, 1888, III, 286 (il n'y a pas de litispendance possible entre une instance portée devant un tribunal étranger et une instance portée devant un tribunal belge, la règle du Code de Procédure civile est limitée aux cours et tribunaux soumis à la souveraineté nationale); Civ. Bruxelles, 12 mars 1866, *Pas.*, 1869, II, 319. Cette justification était également invoquée par les tribunaux français, cfr. l'étude de D. HOLLEAUX, *lc, Travaux corrigés français DIP*, 1971-73. Elle n'a pas entièrement disparu puisqu'on la retrouve aujourd'hui sous la plume de R. SCHÜTZE, *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 177 ("§ 261 ZPO bezieht sich nach der Stellung im Gesetz allein auf inländische Verfahren") et dans la jurisprudence, p. ex. J. P. Grivegnée, 21 sept. 1989, *T. Vred.*, 1992, 113; Liège, 20 juin 1973, *J.T.*, 1974, 100; Civ. Liège, 9 juin 1983, *J.L.*, 1983, 515.

<sup>1978</sup> Même si au fil du temps l'argument a perdu de sa justesse, les tribunaux n'ont en effet eu cesse d'invoquer le défaut d'effet des jugements étrangers dans le for pour refuser un quelconque effet à l'existence d'une procédure

Et comme on l'a déjà rappelé, cette exception ne s'est imposée qu'après la chute de la révision au fond, remise par la Cour de cassation dans l'arrêt *Munzer*<sup>1979</sup> aux oubliettes du droit international privé.<sup>1980</sup>

A l'inverse, la jurisprudence anglaise n'a jamais ou rarement invoqué le sort en Angleterre des décisions étrangères pour justifier les contours pris par le 'stay'. S'il est un facteur qui explique l'évolution dramatique qu'a connu cette règle, ce n'est pas le sort des décisions étrangères, mais bien l'évolution des règles de compétence. Le *forum non conveniens* est né sur les ruines du territorialisme strict, abandonné par les tribunaux anglais et américains. Cet abandon a ouvert des possibilités jusqu'alors inconnues aux plaideurs et fait naître dans le chef des tribunaux le souci de limiter les excès auxquels pouvaient donner lieu les règles de compétence nouvellement admises.<sup>1981</sup>

**436. Un point commun : le difficile accueil de la déférence internationale** - De nombreux éléments séparent dès lors les deux jurisprudences et, plus largement, l'exception de litispendance de celle du for plus approprié. Leur mise en parallèle a néanmoins permis de faire ressortir un point commun, crucial à nos yeux : la difficulté pour les tribunaux d'accueillir une exception qui les prive de la compétence dont ils sont par ailleurs légitimement investis. Car c'est bien de cela qu'il s'agit, tant avec la litispendance – de même que la connexité internationale – qu'avec le *forum non conveniens* : un tribunal compétent selon ses propres règles renonce à statuer au profit d'un tribunal étranger, que celui-ci soit déjà concurremment (et précédemment) saisi dans le cas de la litispendance, ou qu'il ne le soit que potentiellement dans le cas du *forum non conveniens*. La

---

étrangère simplement en cours. Les tribunaux belges notaient par exemple que puisque les parties pouvaient recommencer un procès en Belgique malgré l'existence d'un jugement étranger susceptible de reconnaissance – du moins tant que le créancier n'avait pas obtenu l'exequatur du jugement – on ne pouvait à plus forte raison les empêcher de le faire avant que le juge étranger ne se prononce. Par exemple Liège, 3 janvier, 1900, *Pas.*, 1900, II, 225; Bruxelles, 8 janvier 1877, *Pas.*, 1877, II, 179; Bruxelles, 12 avril 1866, *Pas.*, II, 1869, 318. Dans la jurisprudence française, p. ex. Paris, 15 juin 1883, *J.D.I.* 1884, 65. Dans la jurisprudence néerlandaise, ArrondRb. Arnhem, 12 mai 1890, *W.vbR.*, n° 5930 (le tribunal évoque l'article 431 du CPC en soulignant que "dit artikel duidelijk de bedoeling der wetgevers uitdrukt, om buiten de uitgezonderde gevallen (waarvan hier een sprake is) vreemde gedingen te beschouwen als niet bestaande") et ArrondRb. Almelo, 26 juin 1907, *W.vbR.*, n° 8607 ("bij den tegenwoordigen stand van het internationaal recht tusschen Nederland en Frankrijk, het gezag van een vonnis met een enkele uitzondering is beperkt tot het land van den rechter die het gewezen heeft, en daarbuiten alle rechtskracht mist; waaruit volgt, dat niets de Nederlander verhindert [...] zijn zaak nogmaals voor den Nederlandschen rechter aanhangig te maken"). Cet argument était à l'époque également invoqué par les tribunaux québécois, qui s'appuyaient sur la possibilité de réviser les jugements étrangers, prévue par l'article 178 du Code de procédure civile, v. E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *Droit international privé. T. 1 : Théorie générale*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 322, n° 136. Sur le lien entre effet extra-territorial du jugement et litispendance, v. *infra*, n° 705.

<sup>1979</sup> Arrêt *Munzer* précité.

<sup>1980</sup> Ce que la jurisprudence belge n'a toujours pas fait. Peut-on en tirer argument pour expliquer pourquoi ces juridictions s'obstinent encore à refuser la litispendance comme on l'a vu (*supra*, n° 400) ? Ce serait oublier que les tribunaux belges ont depuis longtemps abandonné toute prétention à une révision des décisions étrangères dans les matières d'état (Cass., 29 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, 735 et surtout Cass., 23 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, 547), ce qui ne les empêche pas de s'agripper au refus de la litispendance dans ces mêmes matières. L'argument de la révision au fond n'est certes pas dénué de pertinence, mais il met d'autant plus en valeur l'absurdité du refus de la litispendance dans les matières d'état, alors que c'est justement dans ces matières que l'on devrait le plus redouter les procédures concurrentes, le contentieux commercial étant pour sa part protégé de ce fléau par l'article 21 de la Convention de Bruxelles.

<sup>1981</sup> De nombreux commentateurs ont fait le lien entre l'évolution des règles de compétence et la naissance du *forum non conveniens*. V. par exemple A. EHRENZWEIG, *A Treatise on the Conflict of Laws*, St. Paul, West Publishing Co., 1962, 122-123 ainsi que P. HERZOG, "La théorie du *forum non conveniens* en droit anglo-américain : un aperçu", *R.C.D.I.P.*, 1976, (1), 8-10.

doctrine française évoque très justement dans ce contexte le fait que la justice du for 'renonce à se réaliser'.<sup>1982</sup>

Cette difficulté saute aux yeux quand on mesure l'ampleur des obstacles qu'ont dû franchir la litispendance et le *forum non conveniens* avant d'être pleinement acceptés. Il a fallu plus de 100 ans aux tribunaux anglais et français pour accepter définitivement qu'un plaideur puisse les priver de leur compétence en invoquant la saisine (potentielle ou déjà réalisée) d'un tribunal étranger. Les esprits ne se sont fait que très progressivement à cette idée, écartée au 19<sup>ème</sup> siècle au nom d'une territorialité de la justice qui cachait mal un sentiment de supériorité de la justice nationale. Et l'on pourrait ajouter qu'il n'y a pas encore de consensus général sur la question. Le *forum non conveniens* est certes accepté dans tous les pays de *common law*, mais sous des formes diverses qui révèlent parfois un souvenir de la réticence passée.<sup>1983</sup> Quant à la litispendance, elle n'a pas conquis tous les cœurs, loin s'en faut. Dans certains pays, le législateur a même interdit aux tribunaux d'y avoir recours (*supra*, n° 401). Et lorsque le principe en est accepté, comme en France, les tribunaux s'ingénient trop souvent à en restreindre la portée par une interprétation restrictive à bien des égards (*supra*, n° 402).

On le voit, l'abstention n'est pas sans provoquer une certaine résistance dans le chef des tribunaux. Qu'une telle renonciation ne s'impose que difficilement, s'explique aisément. Il a fallu pour surmonter cette résistance contourner l'obstacle, et ici aussi on peut tracer un parallèle entre l'évolution des jurisprudences française et anglaise.

**437. Les stratagèmes de la jurisprudence : la sanction de la procédure abusive comme substitut de la déférence** – Il nous semble en effet qu'au delà des réticences communes aux jurisprudences française et anglaise, il est un autre point commun que l'histoire a révélé : l'accueil de la déférence n'a pu se faire que par une *voie détournée*, qui a permis de contourner l'obstacle que représentait la subordination directe du for à la procédure étrangère. Tant en France qu'en Angleterre, la déférence a d'abord pris une forme limitée qui ne visait qu'une catégorie particulière de procédures concurrentes.

Dans la jurisprudence anglaise, cette catégorie était délimitée au moyen du critère de la procédure 'abusive et vexatoire'. Seule une procédure de cette nature justifiait l'intervention du tribunal et la sanction infligée au demandeur. Dans la jurisprudence française, les tribunaux se sont tout naturellement laissés conduire par la nature particulière des règles de compétence en vigueur à l'époque pour en déduire une exception d'incompétence tirée de la renonciation à un privilège de juridiction. S'il n'était pas directement question d'abus, les seules et rares procédures concurrentes visées par les tribunaux français étaient bien celles dans lesquelles la saisine du juge français confinait à l'abus dans le chef du demandeur, qui avait déjà fait appel à la justice étrangère.

Il nous semble dès lors possible de poursuivre le parallèle entre les deux jurisprudences : dans les deux cas, le refus des tribunaux de statuer sur une demande pour laquelle ils étaient compétents, n'était pas *directement* justifié par la saisine du tribunal étranger, ce qui aurait constitué un aveu de l'effet reconnu au fait judiciaire étranger. L'intervention du tribunal s'expliquait plutôt par le souci, directement exprimé en Angleterre, simplement évoqué en France, de sanctionner un comportement jugé *abusif*. Le contournement du

<sup>1982</sup> Expression invoquée aussi bien dans le cadre de la reconnaissance des jugements étrangers que celui de la concurrence de procédures, deux hypothèses de reconnaissance du fait judiciaire étranger.

<sup>1983</sup> Comme c'est par exemple le cas en droit australien, *cfr. infra*, n° 561.

dogme de la territorialité de l'abstention constituait sans doute un passage obligé, une première étape avant la pleine reconnaissance de la déférence. C'est d'ailleurs également par le biais du détour de l'abus de droit que la litispendance a fait sa première apparition aux Pays-Bas, avant d'être pleinement reconnue par les tribunaux.<sup>1984 1985</sup>

On reconnaîtra ici un de ces stratagèmes dont le droit international privé est familier, qui voit un résultat donné être obtenu de façon indirecte, en contournant un dogme encore trop puissant.<sup>1986</sup> L'abus de droit a fourni une première ouverture, combien limitée,<sup>1987</sup> à la déférence internationale. On peut comprendre que les tribunaux se soient dans un premier temps laissé convaincre par la notion séduisant de procédure abusive pour donner suite à une demande de coordination sans paraître s'incliner devant le fait

<sup>1984</sup> Les tribunaux néerlandais ont en effet également eu recours au détour de l'abus de droit pour condamner la multiplication de procédures, sans s'incliner ouvertement devant la saisine du juge étranger. Ce stratagème était déjà apparent dans des décisions plus anciennes (p. ex. Amsterdam, 30 novembre 1967, *N.J.*, 1969, n° 229 - la Cour était confrontée à une demande répliquant à une procédure déjà pendante en Allemagne. Elle fit droit à l'exception de litispendance en vertu de l'article 18-1 de la convention néerlandais-allemande. Les juges firent remarquer obiter dictum que même si cette convention n'était pas applicable, le résultat n'aurait pas été différent. Selon eux en effet, le demandeur "n'était pas libre de saisir les juges néerlandais d'une demande qui concerne le même litige [...] que celui déjà soumis au juge allemand". Et la Cour de fonder cette décision sur "la bonne foi et l'équité, ainsi que le bon ordre des relations juridiques internationales" (p. 566). L'abus de droit a ensuite fait son apparition dans une décision du Hoge Raad de 1989, qui annonçait l'accueil à venir de la litispendance (H.R. 22 décembre 1989, *N.J.*, 1989, n° 689, p. 2780).

En l'espèce le fisc néerlandais avait fait procéder à une saisie-arrêt entre les mains d'une banque, en raison de certaines dettes fiscales d'un client de la banque. Celle-ci donna cependant ultérieurement suite à un ordre de virement du client portant sur les avoirs saisis par le fisc. Après avoir dédommagé l'administration fiscale, la banque se retourna contre le client, d'abord en Suisse et ensuite devant les tribunaux néerlandais. Devant le Hoge Raad, le demandeur reprochait aux tribunaux néerlandais de ne pas s'être dessaisi au profit des tribunaux suisses premiers saisis. Tout en refusant d'accueillir une véritable exception de litispendance, le ministère public fit remarquer qu'il était raisonnable de limiter le droit d'ester des justiciables en cas d'abus. Il suggéra que "l'introduction d'une action devant le juge néerlandais alors qu'un juge étranger est déjà saisi, peut être *excatoire* pour le défendeur, ou constituer un abus de procédure ou encore violer l'ordre public procédural". Même si la Haute Cour ne s'est pas prononcé en l'espèce sur cette suggestion, elle constitue un aveu éclatant que le droit néerlandais ne saurait, malgré l'absence d'exception de litispendance, rester indifférent à l'existence d'un abus. *Cors.* également J.-P. VERHEUL et M. W. C. FETERIS, *Rechtsmacht in het Nederlandse internationaal privaatrecht. II, Overige verdragen en convenue ipr*, Apeldoorn/Anvers, Maklu, 1986, 254, n° 42.2, pour qui l'exception de litispendance est fondée sur "het leerstuk van misbruik van recht als Generalklausel". *Comp.* Amsterdam, 29 sept. 1982, *N.I.P.R.*, 1984, 68, n° 67 (Cour rejette l'accusation de "misbruik van procesrecht" invoquée par le défendeur à l'encontre d'une procédure de divorce intentée par son épouse devant les tribunaux néerlandais alors qu'il avait lui-même formulé une demande similaire devant les tribunaux yougoslaves).

<sup>1985</sup> Le droit suisse a aussi emprunté un détour pour s'opposer aux procédures concurrentes. En l'occurrence, le stratagème a été utilisé pour contrer le renouvellement d'une procédure de divorce déjà engagée à l'étranger, le juge suisse considérant que l'ouverture d'une action en divorce devant un juge étranger compétent créait un for unique et exclusif qui privait le juge suisse de sa compétence (v. TF, 28 juillet 1958, ATF, 84 III 469 : en l'espèce, l'époux s'opposait à la saisine du juge suisse en invoquant à l'appui d'une exception d'incompétence l'existence d'une action engagée antérieurement par ses soins en Belgique. Le tribunal fédéral reconnut que l'ouverture d'une action devant un juge étranger pouvait avoir comme effet de créer un for exclusif. L'exception d'incompétence fut toutefois in casu rejetée, le tribunal constatant que le juge suisse avait été premier saisi). Sur cette espèce, v. J.-M. REYMOND, *L'exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 212-213.

<sup>1986</sup> Comme le constate Mme. *Muir Watt* (H. MUIR WATT, "Quelques remarques sur les effets en France des jugements indépendamment de l'exequatur", in *Mélanges Dominique Holleux*, Paris, Litec, 1990, 301), pour le régime des jugements étrangers. On se souviendra de l'arrêt du manteau de fourrure déjà cité (H.R., 14 novembre 1924, *N.J.*, 1925, 91, *supra*, n° 384). On notera également que le droit anglais a lui aussi recours à l'abus de droit pour justifier certains effets accordés aux jugements étrangers, la règle est connue sous le nom de *Henderson v Henderson*, du nom de l'affaire dans laquelle elle a été posée ((1843) 3 Hare 100, 67 ER 313). V. les explications de P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments. The Preclusive Effect of Foreign Judgments in Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 183-244.

<sup>1987</sup> Une fois encore le parallèle entre les deux jurisprudences est éclairant : si de part et d'autre de la Manche on acceptait, du bout des lèvres, de refuser d'exercer une compétence en invitant les parties à mieux se pouvoir devant le juge étranger, l'examen a montré que ce principe était soumis à des conditions pour le moins strictes, qui rendait en pratique illusoire ou du moins exceptionnelle la sanction du demandeur.

judiciaire étranger. Il était en effet difficile de rester indifférent face à un abus manifeste de procédure, même s'il n'apparaissait que si on prenait en compte ce qui se passait au delà des frontières. On examinera plus loin pourquoi il nous semble que cette première acceptation de la déférence, limitée à l'abus, est par trop limitée que pour être pleinement acceptée (*infra*, n° 506).

**438. Préférence pour la coordination par la déférence** – L'évolution d'une conception étroite de la déférence, fondée sur l'abus ou un concept équivalent, vers une acceptation plus large, doit être approuvée. Il nous semble en effet que la coordination par la déférence constitue le véhicule idéal pour atteindre l'objectif de *coordination* des procédures concurrentes que nous nous sommes fixés.

Ce n'est pas seulement que les autres solutions déjà évoquées se sont révélées insatisfaisantes. On a vu qu'il n'était pas possible de plaider pour une généralisation de l'injonction *artisuit*, ni de l'exception de chose jugée (*supra*). Si la première peut être d'une efficacité redoutable, elle se prête mal par son unilatéralité et son caractère offensif, à une utilisation généralisée – rendue d'ailleurs illusoire par l'inexistence d'un mécanisme équivalent dans les pays de tradition romano germanique. La seconde constitue la négation même du postulat qui fonde cette étude, à savoir le souci d'éviter autant que faire se peut la multiplication des procédures.

Quelle que soit la forme qu'elle prend, l'abstention nous paraît au contraire répondre au double impératif d'harmonie des solutions et d'économie de procédure : la priorité accordée par un tribunal à un autre permet d'éviter un éventuel conflit de décisions, garantissant ainsi la *stabilité* des relations juridiques, les droits et obligations des parties ne variant pas selon qu'un Etat choisisse de privilégier l'un ou l'autre jugement, ainsi que l'*efficacité* des décisions judiciaires qui ne se voient pas remises en question par l'existence d'un jugement contradictoire et la *crédibilité* de la justice nationale, que l'existence d'un jugement étranger contradictoire met en péril. Elle contribue également à endiguer le gaspillage de ressources qu'entraînerait la poursuite simultanée de procédures concurrentes – il n'est pas besoin de rappeler l'économie substantielle, tant pour les parties que pour les Etats en cause, que peut représenter la disparition d'un des deux champs de bataille.

**439. Préférence pour la coordination par la déférence (suite)** – Au-delà des avantages évidents de la coordination en termes d'économie de procédure et d'harmonie internationale, il est un autre mérite de la déférence que l'évolution historique a mis en lumière. Il s'agit de la sauvegarde de l'*équilibre entre parties*, demandeur et défendeur. L'aperçu historique a en effet montré que les jurisprudences française et anglaise du 19<sup>ème</sup> siècle étaient toutes imprégnées du respect dû au choix du for du demandeur. La validité de ce choix était érigée en véritable *présomption*, que le défendeur ne pouvait que difficilement renverser. La faculté de s'adresser aux tribunaux anglais ou français constituait non seulement un droit, mais également un privilège dont un plaideur ne pouvait être frustré à la légère.

Le moindre mérite des tribunaux n'a pas été de remettre en cause cette conception qui n'était pas dénuée d'un certain nationalisme – proclamé en France par le recours à la nationalité comme chef de compétence, plus discret mais néanmoins présent en Angleterre. Partant, la coordination par la déférence a permis de rétablir l'équilibre entre parties. Dans le contentieux international, c'est en principe le demandeur qui a la haute main sur le déroulement du litige. Il lui appartient en tant que *dominus litis* de choisir non

seulement le moment où la justice est saisie, mais également devant quel tribunal il affrontera son adversaire. Avec l'abstention, le défendeur obtient lui aussi son mot à dire. Il peut s'opposer à une procédure qui n'est que la simple réplique d'une instance déjà pendante. En ce sens, l'abstention vient mettre un frein à la domination exercée par le demandeur sur le litige et rétablir ainsi l'équilibre entre les deux parties.

**440. Difficultés de la coordination par la déférence - obstacle psychologique-** La préférence exprimée pour la coordination par la déférence ne doit pas cacher que cette solution ne vient pas 'naturellement' aux tribunaux. Les hésitations, qui sautent aux yeux quand on voit au prix de quels louvoiements la déférence s'est imposée, tiennent à la *nature* même de la démarche : lorsqu'il donne suite à une exception d'abstention, le tribunal laisse soin à un juge *étranger* de trancher le litige et non pas à un collègue appartenant au même ordre juridique et dont la fiabilité peut être présumée. L'issue du litige peut s'en trouver grandement influencée. On comprend la réticence des tribunaux devant ce mécanisme d'autolimitation qui les amènent à renoncer à une compétence dont ils sont investis.<sup>1988</sup>

Comme le faisait observer M. *Holleaux*, "c'est une chose, pour le juge d'Angers, de se dessaisir parce que le litige ou une affaire connexe est déjà pendante devant le juge de Draguignan ; c'est tout autre chose si le juge de Damas est saisi..."<sup>1989</sup> D'aucuns n'ont pas hésité à parler à cet égard d'un véritable obstacle *psychologique* à l'abstention.<sup>1990</sup> La terminologie utilisée dans certaines décisions est révélatrice de cet obstacle, un tribunal américain par exemple n'a pas hésité à qualifier l'abstention de "*surrender of jurisdiction*", expression qui traduit bien l'idée d'abandon et même de défaite qu'entraînerait l'abstention.<sup>1991</sup>

**441. Difficultés de la coordination par la déférence (suite) - la question de la confiance et de l'équivalence entre justices nationales -** Les difficultés 'psychologiques' des tribunaux s'expliquent en réalité par la question de la confiance. Car l'abstention ne se conçoit que s'il existe un minimum de *confiance* entre les ordres juridiques concernés. Un tribunal ne renoncera à statuer au profit d'un autre que s'il est convaincu de la qualité et de la valeur du travail de ce dernier. On comprend aisément qu'elle ait connu plus de succès dans le droit conventionnel qu'en droit commun, le premier contribuant à instaurer un climat de confiance entre tribunaux qui n'est pas nécessairement présent lorsque l'abstention procède de la volonté unilatérale d'un

<sup>1988</sup> Constatant qu'avec la litispendance on demande à un juge de ne pas juger, M. *Droz* écrivait qu'"[o]n conçoit donc que l'exception de litispendance ne soit pas accueillie avec une très grande faveur en droit positif comparé" ("*Regards sur le droit international privé comparé*", *Recueil des cours*, 1991-IV, t. 229, 63).

<sup>1989</sup> D. HOLLEAUX, J. FOYER et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, Paris, 1987, 368, n° 768.

<sup>1990</sup> P. ex. H. GAUDEMET-TALLON, "France", in *Dedining Jurisdiction*, 181-182 (qui décèle une véritable "psychological resistance toward the notion of yielding to a foreign court"). V. également B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 298-299 (parle dans ce contexte d'obstacle "d'ordre psychologique" : "il est sensiblement plus difficile à un juge de s'en remettre à une procédure étrangère en cours que de reconnaître un jugement déjà rendu; cela implique un 'saut vers l'inconnu' que l'on n'aime pas toujours risquer").

<sup>1991</sup> *Randy Scheiner et al. v. Derek Wallace et al.*, 832 F. Supp. 687, 693 (SDNY 1993). Certaines décisions anciennes utilisaient une expression non moins frappante pour rejeter l'exception de litispendance, en expliquant que "le tribunal français ne saurait être tenu en échec par une demande introduite devant un tribunal étranger" (p. ex. Trib. Civ. Dreux, 20 juin 1877, *J.D.I.*, 1881, 256 (motifs), nous soulignons). M. *Pillet* parlait lui d' "[...] abdication du système français [...] devant celui du pays étranger" (A. PILLET, *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 1924, n° 567). M. *Baumgartner* évoque la même résistance psychologique à l'égard du déclinatoire de connexité internationale : "It may be that some civil law courts still entertain the notion that they are then 'surrendering jurisdiction'" (*l.c.*, *ZPP Int.*, 1998, 209).

Etat.<sup>1992</sup> Or force est de constater qu'en dehors du cadre conventionnel, cette relation de confiance ne va pas de soi dans le contentieux international privé – comme le prouve d'ailleurs l'existence même du mécanisme de l'injonction *anti-suit*, qui témoigne de l'absence de confiance dans le chef du for de l'injonction puisque celui-ci refuse d'envisager la possibilité que l'autre for prenne une décision.<sup>1993</sup> Même si les tribunaux anglais et américains s'efforcent de souligner qu'ils n'entendent pas passer jugement sur la justice étrangère, le recours à l'injonction traduit bien un manque de confiance à l'égard du for concurrent. On ne peut que constater que la confiance n'est pas une donnée intangible du contentieux international privé.<sup>1994</sup>

Le manque de confiance se fonde en réalité sur une donnée bien concrète, à savoir les différences encore fondamentales séparant les justices nationales. Comme l'expliquait M. Batiffol, l'abstention procède du « saut dans l'inconnu ». Or, poursuivait-il, « [l]a diversité des systèmes juridiques et des organisations judiciaires est trop grande pour que l'on puisse renvoyer à l'aveuglette les plaideurs à se contenter d'une procédure dont on ne sait selon quels errements elle est conduite ».<sup>1995</sup>

Il est vrai que l'abstention internationale constitue une renonciation librement acceptée à la prérogative du for de dire le droit pour un litige donné. En s'abstenant, le juge s'efface et confie la résolution du litige à un juge étranger. Or cette décision est d'autant plus difficile que la justice étrangère ne sera pas, par hypothèse, la copie exacte de celle du for – les différences se faisant sentir non seulement quant aux règles de droit mais également en ce qui concerne le 'climat' judiciaire.

**442. Difficultés de la coordination par la déférence (suite et fin) – l'argument spécieux de la souveraineté** – Pour masquer le manque de confiance, les tribunaux se réfugiaient derrière la "territorialité des lois sur la compétence"<sup>1996</sup> ou encore derrière le maigre voile de la souveraineté, en expliquant que l'on ne saurait tolérer que la compétence des tribunaux du for dépendent de la saisine d'un juge étranger.<sup>1997</sup> Ainsi le

<sup>1992</sup> A une époque où les jurisprudences française et belge étaient encore hostiles à l'exception de litispendance internationale, celle-ci fut consacrée par l'article 4, § 1 de la Convention franco-belge de 1899.

<sup>1993</sup> C'est ce qu'a très bien remarqué une Cour d'Appel américaine dans l'affaire *Gau Shan (Gau Shan Co., Ltd. v Bankers Trust Co., 956 F. 2d 1349 (6<sup>th</sup> Cir. 1992))*. La Cour observa que "Antisuit injunctions [...] deny foreign courts the right to exercise their proper jurisdiction. Such action conveys the message, intended or not, that the issuing court had so little confidence in the foreign court's ability to adjudicate a given dispute fairly and efficiently that it is unwilling even to allow the possibility" (nous soulignons). En l'espèce la Cour refusa l'injonction sollicitée à l'encontre d'une future procédure à Hong Kong.

<sup>1994</sup> Même dans le cadre des négociations actuelles à la Conférence de La Haye, il semble qu'il subsiste une certaine méfiance entre futurs Etats contractants, comme en témoigne le fait que certains n'ont pas renoncé à imposer une 'bilatéralisation' de la future Convention, qui nécessiterait la conclusion d'accords bilatéraux entre Etats pour mettre en œuvre la Convention, *cons.* l'article 42 du projet de Convention. V. également les commentaires de l'*American Law Institute* sur le projet de Convention, qui note que "By and large, the State parties to the sponsoring organization for the proposed judgments convention, the Hague Conference for Private International Law, have acceptable systems of courts" (AMERICAN LAW INSTITUTE, *International Jurisdiction and Judgments Project*, Report April 14, 2000, Philadelphia, American Law Institute, 2000, 8), mais que les tribunaux de certains pays "are corruptible, or favor their own nationals or are hostile to multinational enterprises" (sic).

<sup>1995</sup> Note sous Cass., 5 mai 1962, *R.C.D.I.P.*, 1963, (101), 102. M. Batiffol tirait argument de ce saut dans l'inconnu pour plaider pour donner au juge de l'exception de litispendance un certain pouvoir d'appréciation.

<sup>1996</sup> A. PILLET, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Paris, Sirey, 1913, 279-280 (qui concevait cependant une exception au refus de la litispendance, pour permettre à une juridiction de surseoir à statuer "lorsqu'un procès engagé à l'étranger promet à un juge certains éclaircissements dont il a besoin pour décider le cas porté devant lui", p. 280).

<sup>1997</sup> Cet argument connaît de nombreuses variantes. WEISS évoquait par exemple le caractère d'*ordre public* des lois de compétence pour rejeter la litispendance internationale, opinion rapportée par SACERDOTI, rapport précité pour l'Institut de Droit International, *Ann. Institut Dr. Int.*, p. 879. M. Gutteridge voyait encore en 1933 dans l'accueil

tribunal de commerce de Lyon a-t-il, pour rejeter en 1908 l'exception de litispendance invoquée au profit d'une instance soumise au tribunal de Manheim, évoqué l'argument selon lequel "la souveraineté judiciaire de chaque Etat est entière et que, par conséquent, les décisions intervenues ou à intervenir dans l'un ne peuvent faire échec à celles intervenues dans l'autre [...]"<sup>1998</sup>.

Le concept de souveraineté n'est naturellement d'aucun secours pour repousser la déférence internationale. Lorsqu'un tribunal cède la priorité à une procédure étrangère, c'est précisément parce que l'ordre juridique auquel il appartient a *librement* décidé qu'il convenait d'établir une certaine coordination entre procédures concurrentes. L'exception d'abstention est dès lors plutôt une manifestation qu'une atteinte à la souveraineté du for.<sup>1999</sup>

**443. Distinction entre recevabilité et accueil de l'abstention** – On écartera facilement la référence en forme de pétition de principe à la souveraineté. S'il ne faut pas négliger les autres arguments, et en particulier celui déduit de la nécessaire confiance entre tribunaux, il ne faut pas non plus se méprendre sur leur portée. Tirer argument des difficultés, pratiques ou psychologiques, de la déférence internationale pour en rejeter le principe même nous semble en effet constituer une *dérision du raisonnement*. Car une distinction s'impose entre la *recevabilité* de principe de l'exception et les conditions concrètes de son *accueil*.<sup>2000</sup> Accepter le principe de l'exception ne signifie nullement s'incliner inconditionnellement devant le juge étranger. Le for de la déférence conserve évidemment la mainmise sur les conditions auxquelles l'exception est subordonnée.

Ainsi le manque de confiance ou l'absence d'équivalence pleine entre justice nationale et justice étrangère ne sauraient à eux seuls justifier un refus catégorique de la déférence. Ces données doivent plutôt permettre d'en modaliser les conséquences et surtout l'accueil au moyen de conditions *ad hoc*. On permettra par exemple au for de la déférence d'examiner si la juridiction étrangère donne en l'espèce aux plaideurs les mêmes garanties que les

---

de l'exception de litispendance "une infraction sérieuse au principe de l'indépendance de l'Etat" : H. C. GUTTERIDGE, "Le conflit de lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles", *Recueil des cours*, 1933-II, vol. 44, 176.

<sup>1998</sup> Trib. Comm. Lyon, 5 juin 1908, *J.D.I.*, 1909, (463), 465. V. aussi Trib. Civ. Versailles, 21 avril 1886, *J.D.I.*, 1890, 323, 324 (le tribunal note "qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter au moyen tiré de la prétendue litispendance, qui ne saurait résulter de l'instance simultanée de procès portés devant les tribunaux appartenant à deux souverainetés indépendantes"). Selon M. Goldstein et Mme. Groffier (ac, 1998, 322, n° 136), les tribunaux québécois évoquaient également le dogme, pas toujours très clairement formulé, de « l'indépendance et de la souveraineté des ordres juridictionnels sur le plan international ».

<sup>1999</sup> C'est ce qu'observait déjà V. YSEUX, "La litispendance dans les relations internationales", *J.D.I.*, 1892, (862), 868-869. M. von Bar s'élevait également au siècle passé contre l'utilisation abusive de l'argument de souveraineté pour rejeter la litispendance. Il écrivait ainsi que "[...] hat dit Nichtanerkennung der Litispandez auch mit der Wahrung des Souveränitätsrechts des Staates nicht das Mindeste zu schaffen; dies letztere ist hier nichts als eine absolut unklare Phrase" (*Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, II, 1889, réimpression 1966, Aalen, Scientia-Verlag, 548).

Plus près de nous M. Schneider fera observer que : "Quel que soit le sentiment que l'on éprouve à l'égard de l'idée de souveraineté, l'argument tombe à faux : c'est exclusivement en vertu du droit suisse – non en vertu d'un ordre étranger – que le juge suisse détermine si, et dans quelle mesure, il va tenir compte d'une procédure étrangère" (B. SCHNEIDER, *l.c.*, in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 305). V. à propos de la souveraineté également l'observation de M. David, selon qui "La souveraineté n'est qu'un piège, si elle ne peut être utilisée pour créer un ordre international fondé sur la justice et le droit international", R. DAVID, « Juridictions arbitrales ou juridictions étatiques ? », in *Arbitrage commercial. Essais in Memoriam Eugenio Minoli*, Turin, Unione Tipografico Editrice, 1974, (109), 120.

<sup>2000</sup> M. Holleaux avait déjà attiré l'attention sur la distinction entre la recevabilité de l'exception et les conditions posées à son accueil, sa démonstration concernait en particulier l'exception de litispendance (*l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1971-73, 205-209).

tribunaux locaux. Partant, il n'est plus nécessaire d'interdire de manière générale toute mesure de coordination, l'action du for de la déférence se reportera au contraire sur les conditions concrètes de son accueil.

La distinction entre le principe de l'exception et les conditions concrètes de son accueil, permet d'apercevoir le véritable enjeu du débat. A l'instar des autres manifestations du fait judiciaire étranger, la première question à résoudre est en effet une interrogation sur le *principe* même de la déférence. Ce n'est qu'une fois ce principe accepté, qu'il faut se pencher sur les modalités et les conditions de l'accueil de l'exception de déférence. Ces conditions feront l'objet du chapitre suivant. Avant de les examiner, il convient de s'attarder sur certains des arguments évoqués à l'encontre du principe de la déférence. On va voir en effet qu'au delà de la distinction entre principe et condition, qui justifie déjà à elle seule l'accueil de la déférence, ces arguments doivent être largement nuancés.

**444. L'accueil du principe de la déférence, une question de confiance** – La déférence internationale ne se conçoit pas sans une certaine confiance entre tribunaux. Or c'est bien souvent là que le bât blesse. A la lumière de certains commentaires, on aurait presque envie d'écrire 'justice étrangère, justice suspecte'. Comme le rappelle en effet *M. Schneider*, "on est facilement réticent à l'égard de la justice étrangère, et convaincu de la supériorité de sa propre justice".<sup>2001</sup> Les malentendus sur le travail et la qualité des juridictions étrangères sont encore nombreux.<sup>2002</sup> Il suffit de penser aux clichés fort répandus sur la justice américaine, que Lord Denning comparait il n'y a pas si longtemps à une "lanterne attirant les mites".<sup>2003</sup>

Certains commentaires des juridictions les plus autorisées démontrent une incompréhension, sinon un mépris pour la manière dont fonctionnent les tribunaux d'autres pays. Dans un litige opposant une entreprise française à son assureur américain à propos d'un sinistre dont était également saisi un tribunal de commerce français, la Cour d'Appel du 7<sup>ème</sup> Circuit s'est ainsi livrée à une critique en règle de la justice française.<sup>2004</sup> En l'espèce un incendie avait détruit un dépôt d'ordinateurs situé en France, qui appartenait à un équipementier informatique français. L'assureur américain refusa d'indemniser ce dernier, en alléguant la responsabilité de l'assuré dans l'incendie. Les deux parties saisirent leurs juges nationaux, l'un réclamant une déclaration l'exonérant de toute obligation d'indemnisation, l'autre invoquant le jeu de la police d'assurance. Après quelques péripéties procédurales, l'assureur obtint une injonction *anti-suit* visant à mettre fin à la procédure française. Pour justifier cette intervention la Cour d'Appel, par la

<sup>2001</sup> B. SCHNEIDER, *l.c.*, in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 296.

<sup>2002</sup> On trouve dans la littérature de nombreux commentaires désobligeants sur la justice étrangère. D'aucuns ont même été jusqu'à comparer certains systèmes judiciaires étrangers à une vente aux enchères, le jugement allant au plus offrant (W. W. PARK, "When and Why Arbitration Matters", in *The Commercial Way to Justice. The 1996 International Conference of the Chartered Institute of Arbitrators*, G.M. BERESFORD HARTWELL (éd.), Kluwer Law International, 1997, (73-99), 75). V. également G. B. BORN, "Planning for International Dispute Resolution", *J. Int'l Arbitration*, vol. 17, 61, 67 (l'auteur note que "[m]any national courts are distressingly inappropriate choices for resolving international commercial disputes"); W. NEWMAN, "A Practical Assessment of Arbitral Dispute Resolution", in *Lex Mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant*, T. E. CARBONNEAU (ed.), Juris-Publishing/Kluwer Law International, 1998, (1-9), 1 ("The ability of judicial institutions to function and to supply effective remedies for commercial and other disputes is being challenged on a worldwide basis").

<sup>2003</sup> *Smith Kline & French Laboratories Ltd. v Bloch* [1983] 1 W.L.R. 730, 733-734 (C.A.). Lord Denning expliquait que "As a moth is drawn to the light, so is a litigant to the United States. If he can only get his case into their courts, he stands to win a fortune. At no cost to himself and at no risk of having to pay anything to the other side. The lawyers there will conduct the case 'on spec' as we say, or on a 'contingency fee' as they say. The lawyers will charge the litigant nothing for their service but instead will take 40 percent of the damages if they win the case in court, or out on a settlement".

<sup>2004</sup> *Allendale Mutual Ins. v Bull Data Systems*, 10 F.3d 425 (7<sup>th</sup> Cir. 1993).

plume du juge Posner, dénonça l'incapacité du tribunal français, le tribunal de commerce de Lille, de mener à bien une affaire d'une telle complexité.

Selon la Cour, les caractéristiques institutionnelles mêmes du tribunal de commerce le rendaient impropre à rendre justice en l'espèce. Ceci était dû en particulier au fait que la juridiction française s'appuyait sur des juges consulaires, par hypothèse non-professionnels, que le juge américain compara à des 'arbitres' qui ne se consacraient qu'occasionnellement aux tâches judiciaires. En outre ces juges ne pouvaient compter sur l'aide de greffiers, référendaires ou autres 'law clerks' pour éplucher le volumineux dossier.<sup>2005</sup> La Cour d'Appel pointa également du doigt le peu d'importance que les témoins jouaient dans la procédure française et l'absence de procédure de 'discovery'. Elle en conclut qu'il n'était pas possible de laisser le soin à un tribunal ainsi composé de statuer dans ces circonstances sur un litige d'une telle ampleur, tout en se défendant de condamner le droit français de la procédure dans son ensemble. Cette dernière réserve ne doit pas cacher la profonde incompréhension de la justice française et les préjugés que traduit la décision de la Cour d'Appel. N'y aurait-il donc de justice que lorsque les plaideurs peuvent faire appel à l'appareil judiciaire américain ?<sup>2006</sup> Malheureusement force est de constater que ces préjugés sont plus répandus qu'on ne pourrait le croire.<sup>2007</sup>

**445. Le manque de confiance, une donnée imputable à la méconnaissance et à certains mythes** - Il est permis de penser que de telles caricatures de la justice étrangère n'ont plus leur place dans les relations internationales actuelles. Elles rappellent la méfiance dont faisaient preuve certaines juridictions jusqu'à une époque récente à l'égard de la justice arbitrale et dont elles se sont heureusement débarrassées.<sup>2008</sup> Sans tomber dans le travers d'un angélisme naïf, on peut espérer qu'il en sera de même entre pouvoirs judiciaires, le chauvinisme cédant la place à des relations de bon voisinage. On peut à cet égard rappeler l'exhortation d'un parlementaire belge qui, s'adressant en 1872 à la Chambre des Représentants lors de la discussion d'un projet de loi visant à réformer le Code de procédure civile, faisait observer que :

“A une époque où les communications entre les peuples civilisés deviennent chaque jour plus nombreuses et plus faciles, les intérêts du commerce, la sécurité des contrats et le développement du crédit international exigent impérieusement l'abandon des méfiances jalouses que chaque nation nourrissait jadis envers les souverains, les législateurs et les juges des nations voisines”.<sup>2009</sup>

<sup>2005</sup> 10 F.3d 425, 429 (7<sup>th</sup> Cir. 1993).

<sup>2006</sup> V. également les commentaires critiques de L. E. TEITZ, *Transnational Litigation*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 246-247.

<sup>2007</sup> En ce sens par exemple H. BAADE, *l.c.*, *Rev. Litigation*, 1981, 194-195 (l'auteur reconnaît certes que les tribunaux américains en général, et texans en particulier, se montrent très généreux envers les victimes en cas de responsabilité du fait des produits, mais nuance son propos en notant p. 201 que “It is unfortunate that so many of the leading English jurists readily assume that a Texas jury would be five times as generous as an English High Court Judge [...].”). V. également l'analyse de K. ANDERSON, “What Can the United States Learn from English Anti-Suit Injunctions? An American Perspective on Airbus Industries GIE v. Patel”, *Yale J. Int'l Law*, 2000, 195-232, spéc. 216-225 (l'auteur s'attache à démontrer les erreurs que les tribunaux anglais ont fait dans leur analyse du droit américain dans l'affaire *Airbus*. Il montre par exemple que les tribunaux anglais ont sans doute accepté un peu vite que le tribunal texan appliquerait son propre droit et non le droit indien du lieu de l'accident).

<sup>2008</sup> Sur l'évolution des attitudes du judiciaire quant à la résolution des litiges par l'arbitrage, v. T. VARADY, “The Standing of Arbitration Within the Legal System”, *Law and Reality. Essays on National and International Procedural Law*, M. SUMAMPOUW et al. (éds.), 1995, 351 e.s. *Adde* A. T. VON MEHREN, “A General View of Contract”, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1982, 52-56.

<sup>2009</sup> M. THONISSEN, Rapport précédant l'adoption de la loi du 25 mars 1876, *Documents Parlementaires*, Chambre des Représentants, Session 1872-73, pp. 302-303 (nous soulignons).

Cette observation n'a rien perdu de son actualité – si ce n'est qu'on pourrait aujourd'hui se passer de la référence aux peuples dits 'civilisés'... On a vu que de nombreuses juridictions se sont rangées à cet appel en accueillant le principe de l'abstention.<sup>2010</sup> Il subsiste toutefois certaines résistances, que ce soit sur le principe même de l'abstention ou, plus fréquemment, sur sa mise en pratique par les tribunaux. Ces hésitations témoignent d'une frilosité empruntée de chauvinisme, qui trahit une incompréhension du mécanisme même de l'abstention. Elles sont d'ailleurs souvent le fait d'un manque de connaissance des règles et du fonctionnement des tribunaux étrangers.

Il suffit pour s'en convaincre de prendre comme exemple la quasi-mythologie qui entoure certains fors, et particulièrement les tribunaux américains. On parle souvent, en évoquant à la justice américaine, de décisions rendues sans motivation aucune par des jurys constitués de citoyens sous l'influence d'avocats peu scrupuleux, jurys accordant des dommages et intérêts fabuleux. Cette véritable mythologie n'est pas sans inciter les justiciables à se presser aux portes des tribunaux américains, comme certains ont tout abandonné pour se jeter corps et âme à la recherche de l'or dans l'aventure de l'Eldorado américain. Or l'image de la justice américaine à l'étranger n'est pas sans contenir une part de mythe. Pour s'en tenir aux jurys, force est de constater que dans les affaires civiles, seuls 6% des litiges sont soumis au verdict citoyen !

La même croyance, alimentée par des récits fantastiques et dénués de toute nuance, contribue sans doute à l'image négative de certains fors – et à l'hésitation de certains juges, réticents à renvoyer les parties devant un tribunal étranger. Les obstacles apparents à la conduite d'une procédure devant un tribunal étranger sont bien souvent le fruit d'un manque d'information, sinon de l'existence de fausses informations. On en veut pour preuve les interrogations de certains juristes américains qui se demandent s'il est possible d'obtenir un procès équitable devant un tribunal du vieux continent alors que les règles de procédure ne prévoient ni 'discovery', ni interrogation des témoins par les avocats, ni 'class action suits' et encore moins de possibilité pour les avocats de participer au risque financier de la procédure.<sup>2011</sup>

Comme le constatait M. Vagts, il y a certainement une part de mythe et beaucoup de malentendus dans l'hésitation des tribunaux à 'renvoyer' des parties devant un juge étranger.<sup>2012</sup> Des études récentes ont d'ailleurs montré que les tribunaux américains ne se montraient pas, ouvertement du moins, hostiles aux plaideurs étrangers.<sup>2013</sup>

**446. Abstention et relativité de la justice nationale / jugement de valeur - Les incompréhensions sur la justice étrangère sont encore nombreuses. Elles nourrissent les**

<sup>2010</sup> On peut ajouter que les tribunaux font généralement preuve d'une grande maturité lorsqu'on leur demande de ne pas faire droit à une exception d'abstention en raison des défauts de la justice étrangère. Dans la majorité des cas, les tribunaux adoptent une très grande réserve à l'égard de tels arguments, en particulier lorsqu'il s'agit d'allégations vagues et générales sur la corruption ou autres méfaits qui affecteraient la justice étrangère : *supra* n° 775.

<sup>2011</sup> Outre les commentaires de la Cour d'Appel dans l'affaire *Bull*, v. aussi *Carl Zeiss Stiftung v V.E.B. Carl Zeiss, Jena*, 293 F. Supp. 892, 907-908 (S.D.N.Y. 1968).

<sup>2012</sup> En ce sens, D. F. VAGTS, "Dispute-Resolution Mechanisms in International Business", *Recueil des cours*, 1987-III, t. 203, (9), 38-39.

<sup>2013</sup> V. K. CLERMONT et T. EISENBERG, "Xenophilia in American Courts", *Harvard L. Rev.*, 1996, 1122 e.s. Après une analyse de près de 100,000 décisions, ces auteurs concluent que les plaideurs étrangers obtiennent plus souvent raison qu'à leur tour. V. cependant les nuances de M. Park sur ces résultats (W. W. PARK, *l.c.*, in *The Commercial Way to Justice...*, Kluwer Law International, 1997, (73), 74.).

méfiances et les chauvinismes. Il serait toutefois peu judicieux d'en tirer argument pour rejeter le principe même de la déférence. Une telle attitude emporterait condamnation globale et aveugle de la justice étrangère. Car accepter (ou refuser) l'abstention c'est bien porter un *jugement de valeur* sur la justice étrangère. En 'renvoyant' les parties devant le for étranger, le tribunal admet que celui-ci est digne de confiance, qu'il peut sans craindre s'en remettre au jugement de son collègue étranger.

Inversement, rejeter le principe même de l'abstention reflète une "suspicion de principe", selon le mot de MM. *Batiffol* et *LAGARDE*, à l'égard du juge étranger.<sup>2014</sup> L'accueil de l'exception de litispendance ou du for plus approprié n'est pas une simple décision technique. Elle emporte la reconnaissance de l'*équivalence* de la justice étrangère, un aveu que les parties et la justice sont aussi bien (et dans le cas du *forum non conveniens*, mieux) servi par le juge étranger que par le juge du for.<sup>2015</sup> Quel Etat pourrait aujourd'hui encore prétendre que ses tribunaux ne connaissent pas d'équivalents ? Peut-on raisonnablement refuser *a priori* d'accepter l'éventualité que le tribunal étranger dira le droit de façon acceptable ? Il nous semble au contraire qu'une certaine modestie doit être de mise dans ce contexte. On ne peut à ce sujet que souscrire à ce que Lord Reid disait en 1973 à propos de la justice anglaise, lorsqu'il faisait observer que

"Il fut un temps où l'on pouvait raisonnablement dire que notre système judiciaire, bien qu'onéreux et sophistiqué, était supérieur à celui de la plupart des pays. Aujourd'hui cependant nous devons [...] admettre comme principe général qu'il n'y a aucune injustice à renvoyer un demandeur devant ses propres tribunaux".<sup>2016</sup>

447. **Nécessité d'une certaine relativisation** - Tout en réservant la question de savoir à quelles *conditions* doit être soumise une éventuelle exception d'abstention, il nous semble que son *accueil de principe* ne devrait plus être contesté. Au-delà de la méfiance

<sup>2014</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, II, 467, n° 676 (selon ces auteurs, "[...] s'il est explicable que les tribunaux répugnent à renvoyer le demandeur devant une juridiction dont ils ne savent pas toujours comment elle juge, une suspicion de principe à l'égard de tout système étranger est difficilement justifiable dans l'état actuel des relations internationales").

V. déjà H. BATIFFOL, note sous Cass. fr., 5 mai 1962, *R.C.D.I.P.*, 1963, (101), 102 (le rejet de l'exception de litispendance constitue une "défiance généralisée à l'égard de tous les systèmes étrangers").

<sup>2015</sup> En ce sens p. ex. V. STARACE à propos de l'exception de litispendance introduite par le législateur italien en 1995 ("Le champ de la juridiction...", précité, *R.C.D.I.P.*, 1996, 78, n° 7) : "Recherchant une coordination entre juridiction italienne et juridictions étrangères, l'article 7 [de la loi de 1995] réunit dans un *jugement d'équivalence* l'instance étrangère et l'instance italienne, en tant que moyens de résolution des différends, et manifeste ainsi une attitude de pleine confiance en ce domaine envers les ordres juridiques étrangers" (Nous soulignons).

Dans le même sens, H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale...*, Paris, Dalloz, 1965, 184, n° 202 (l'auteur observe que l'exception de litispendance traduit la reconnaissance que "le jugement étranger est équivalent à un jugement interne, l'activité des tribunaux étrangers est assimilée, quant à sa valeur, à celle des tribunaux internes"); R. GEIMER, 1997, 672, n° 2686 (cet auteur fonde la reconnaissance de la litispendance sur un "axiome de la fongibilité des tribunaux"); H. SCHACK, 1996, 293, n° 747 ("Da die ausländische Gerichtstätigkeit der inländischen grundsätzlich gleichwertig ist, darf auch das ausländisch Verfahren einen gewissen Respekt beanspruchen"). V. également les observations de P. GANNAGE dans son rapport sur l'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, *Annuaire Institut Droit International*, vol. 63-I, 1989, (205), 212-213 (M. Garmagé souligne que la doctrine du forum non conveniens et l'accueil de l'exception de litispendance constituent une traduction positive de l'idée d'égalité des juridictions des Etats).

<sup>2016</sup> *The Atlantic Star*, [1973] 2 All ER 181, [1974] AC 436 (HL) ("There was a time when it could reasonably be said that our system of administration of justice, though expensive and elaborate, was superior to that of most other countries. But today we must [...] admit that as a general rule there is no injustice in telling a plaintiff that he should go back to his own courts").

institutionnalisée que ce geste traduirait,<sup>2017</sup> c'est une négation même de la *relativité* qui imprègne tout le droit international privé moderne qui découle du rejet de l'abstention.

Le for qui refuse de considérer la possibilité même de l'abstention, s'érige en quelque sorte en seul juge des litiges pour lequel il se reconnaît compétent, à l'exclusion de tous les autres fors. Cette prétention à l'exclusivité a depuis longtemps été abandonnée en matière de droit applicable. Il nous semble acquis que le droit international privé moderne est fondé sur le postulat de l'équivalence de principe entre la loi du for et la loi étrangère – ce qu'a d'ailleurs confirmé l'Institut de Droit International dans une résolution adoptée à sa session de Saint-Jacques de Compostelle.<sup>2018</sup> La libéralisation toujours plus grande de la circulation des jugements étrangers participe du même mouvement de relativisation de la justice du for. On invoque d'ailleurs souvent une correspondance 'logique' entre la reconnaissance des jugements étrangers et l'accueil de l'exception d'abstention, la seconde ne faisant que préfigurer la première.<sup>2019</sup>

<sup>2017</sup> Et qui contraste singulièrement avec les honneurs rendus par de nombreux ordres juridiques à la justice arbitrale, qui peut compter sur un respect quasi-inconditionnel de sa préséance. On comprendra que le respect dû à l'autonomie de volonté des parties justifie ces égards. On se demandera toutefois si la différence de traitement est justifiée. M. Juenger posait la même question à l'égard de la reconnaissance des jugements étrangers lorsqu'il constatait que de nombreux systèmes montraient plus d'empressement à accorder effet aux sentences arbitrales, sans égard à leur origine, qu'aux jugements étrangers (F. K. JUENGER, "The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters", *Am. J. Comp. L.*, 1988, (1), 4).

Sur le thème de la confiance que les juristes accordent à la justice étrangère et à la justice arbitrale, v. les conclusions de l'enquête menée par J. ERAUW et H. VERBIST, "Résultats de l'enquête concernant les entreprises et les juristes d'entreprise en Belgique face à l'arbitrage commercial et la conciliation", *R.D.C.B.*, 2000, 342-356. Cette enquête montre que si les juristes belges font autant confiance aux juges belges qu'aux arbitres, cet équilibre est rompu lorsque l'on compare l'arbitrage et la justice étrangère. Comme le constatent ces auteurs, "presque toutes les personnes placent une plus grande confiance dans les arbitres que dans les tribunaux non-européens" (p. 351). Plus surprenant encore est le constat que les juristes d'entreprise interrogés font plus confiance aux arbitres qu'aux juges d'autres pays européens (57% font plus confiance, 4% moins et 37 accordent une confiance égale).

<sup>2018</sup> Résolution de l'Institut de Droit International portant sur l'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère, adoptée en 1989, *Annuaire Institut Droit International*, vol. 63, II, 332-337, dont le préambule rappelle "qu'il est contraire à une réglementation équilibrée et ouverte des relations internationales de donner à la loi du for une supériorité de nature sur la loi étrangère". L'Institut recommande aux Etats d'adopter "[...] des règles de conflit de lois fondées sur des rattachements qui conduisent, dans les mêmes conditions, à l'application de la loi étrangère, comme à celle de la loi du for". V. également le rapport de de P. GANNAGE, *Annuaire*, vol. 63-I, p. 275-307, spéc. pp. 281-293. Sur cette résolution, v. F. MOSCONI, "A Few Questions on the Matter of International Uniformity of Solutions and Nationality as a Connecting Factor", in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification Liber Amicorum K. Siebr*, J. BASEDOW et al (eds.), La Haye, T.M.C. Asser Press, 2000, 465-480, spéc. 466-470. La question de l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère a longtemps passionné les auteurs, v. surtout E. VITTA, "Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 1979-I, t. 162, (9-243), 45 e.s. et du même, "Il principio dell'uguaglianza tra lex fori e diritto straniero", *Reu Trim Dir. e Proc. Civile*, 1964, 1578-1665.

En droit belge, la Cour de cassation a reconnu dans un arrêt de principe en 1941 le principe de l'équivalence, lorsqu'elle a décidé que "[l]a loi belge n'a comme telle, aucune prééminence sur la loi étrangère" : Cass., 12 juin 1941, *Pas.*, 1943, I, 217. Elle en a ensuite tiré des conséquences importantes en imposant au juge du fond une lourde obligation de connaissance du droit étranger, v. Cass., 9 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, 159; *J.T.*, 1981, 70, note R. VANDER ELST; *Ann. Cass.*, 1980-81, 869 et surtout la note de F. RIGAUX, "La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger", note sous Cass., 9 octobre 1980, *R.C.J.B.*, 1982, 44-52.

Sur les limites de ce qu'il appelait "l'inter-changeabilité des lois", v. H. BATIFFOL, "L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest", *J.D.I.*, 1973, 22 e.s., repris dans *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, L.G.D.J., 1976, (11), 14. On remarquera que la 'Gleichberechtung' se heurtera dans le conflit des lois à un obstacle inconnu du conflit des juridictions, à savoir la question de la connaissance du droit étranger par le juge du for.

<sup>2019</sup> M. Schneider observe par exemple que puisqu'une décision étrangère "constitue un obstacle à un nouveau procès sur le même sujet, il paraît logique d'attribuer le même effet à la procédure qui doit aboutir à ce jugement" : B. SCHNEIDER, *lc.*, in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 298. V. également V. YSEUX, *lc.*, *J.D.I.*, 1892, 865-868 ("Si [...] le législateur a créé l'exception de litispendance pour éviter la contradiction possible entre plusieurs jugements, si cette contradiction résulte de la force de chose jugée qu'ont acquise ces décisions et si, enfin, cette force de chose jugée existe en Belgique pour les jugements étrangers, la seule

Plus généralement, une appréhension correcte des relations privées internationales ne peut se concevoir sans une certaine *relativisation* de l'immanence des concepts juridiques auxquels chacun a été formé. Comme le faisait observer M. Mayer,

“[l]e droit international privé vise à organiser la coexistence, sur le terrain du droit privé, d'ordres juridiques qui ne reposent pas toujours sur les mêmes valeurs, et qui en tout cas, par hypothèse, n'ont pas adopté les mêmes règles. Il ne peut remplir sa mission sans un sérieux sens de la relativité. L'internationaliste doit lutter contre la tendance naturelle de l'esprit humain à croire que le système dans lequel il a été formé est le seul valable. Quel juriste français, apprenant que dans les pays de *common law* le demandeur prend la parole en dernier, n'en est pas instinctivement choqué? Or on ne saurait dénier aux anglo-saxons un sens particulièrement développé de la mission de rendre justice. Inversement; tout juriste anglais considère comme contraire à la *natural justice* qu'en France les témoins ne soient pas - ou si rarement - entendus et que la *cross-examination* n'y soit pas connue”<sup>2020</sup>.

L'accueil du principe de l'abstention va dans le même sens, dès lors qu'il confirme que justice du for et justice étrangère peuvent *en principe* être mises sur un pied d'égalité.

**448. Difficultés de la relativisation** - On ne peut certes comparer l'abstention en cas de conflit de procédures à la simple application d'une loi étrangère ou même à la reconnaissance d'un effet au jugement étranger. En s'abstenant le juge du for fait plus que nuancer l'importance de sa mission, il s'*efface* pour confier au juge étranger la mission de dire le droit pour le litige en question.

L'abstention va plus loin dans la relativisation du for que les autres techniques traditionnelles du droit international privé que sont l'application du droit étranger ou la reconnaissance d'une décision étrangère. En particulier, le lien qui est souvent fait entre l'abstention et l'effet des jugements étrangers (*infra*, n° 705) ne doit pas cacher la différence qui sépare les deux opérations. Entre la reconnaissance d'une décision étrangère et celle d'une procédure simplement pendante, il y a une marge. Il n'en reste pas moins que rejeter d'emblée l'abstention méconnaît les avancées certaines en matière des jugements étrangers.

En outre la différence entre les deux techniques s'estompe lorsque l'on ne considère que le *principe* de l'accueil de l'abstention, comme c'est le cas ici. On peut admettre que s'agissant d'une procédure étrangère encore en cours, le for fera montre d'une plus grande prudence. Les conditions auxquelles l'abstention sera subordonnée ne pourront

---

conséquence logique qui puisse dériver de tous ces faits c'est que l'exception de litispendance doit être soulevée lorsqu'il y a possibilité de voir un jugement étranger en contradiction avec un jugement belge, c'est-à-dire lorsqu'il y a déjà une instance pendante à l'étranger à propos d'une question qu'on propose devant les tribunaux belges”).

A ce titre le refus de la litispendance internationale par les tribunaux belges a de quoi étonner quand on connaît le très grand libéralisme du régime des jugements étrangers en droit commun. L'article 570 C. Jud., bien qu'il prescrive toujours formellement une révision au fond de la décision étrangère, ne pose qu'une condition minimale de compétence indirecte. Il est révélateur que dans leur volumineux aperçu de jurisprudence, MM. Born, Fallon et van Boxstael ne mentionnent même pas le contrôle de la compétence indirecte en droit commun, cette condition ne posant aucun problème particulier en pratique.

<sup>2020</sup> P. MAYER, “Droit au procès équitable et conflit de juridictions”, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Université Robert Schuman de Strasbourg (éd.), Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 1996, (125-138), 133, n° 12.

sans doute être une simple copie de celles mises à l'effet d'une décision étrangère (*infra*). Sur le plan des principes toutefois, il ne nous semble pas qu'un fossé infranchissable sépare l'abstention de la reconnaissance des jugements étrangers.<sup>2021</sup>

449. **Equivalence des justices nationales?** - On répondra certes encore qu'il est sans doute prématuré, sinon utopique, d'ériger en présomption un quelconque principe d'*équivalence fonctionnelle* entre justice du for et justice étrangère. Les avis sont pour le moins partagés sur la question; certains, à l'instar de M. *Schack*,<sup>2022</sup> faisant de l'équivalence un des fondements du droit judiciaire international, d'autres écartant cette idée comme une douce utopie.<sup>2023</sup> A notre sens, le principe de la fongibilité entre justice du for et justice étrangère, s'il constitue sans doute l'idéal vers lequel doit tendre le droit judiciaire international, ne constitue pas (encore) un acquis du contentieux international privé. Au mieux peut-on dire qu'il a trouvé une consécration dans certains contextes, en particulier dans le cadre de l'espace judiciaire européen qui en constitue sans nul doute l'expression la plus aboutie.<sup>2024</sup> Le modèle européen est toutefois unique, et n'est pas susceptible de

<sup>2021</sup> M. *Holleaux* évoquait un autre argument qui plaidait en faveur de la reconnaissance de l'abstention. Il expliquait ainsi que lorsque le juge français est appelé à se prononcer sur sa compétence, il ne vérifie pas d'ordinaire si le for étranger potentiellement compétent est adéquat avant de se déclarer incompétent. Il n'examine pas si le for étranger est propre à rendre une bonne justice et si le jugement étranger à venir va être "régulier". C'est donc, concluait M. *Holleaux*, que "tout le système français de compétence internationale [...] semble bien impliquer la croyance que les parties trouveront à l'étranger un juge et que ce juge rendra une décision régulière" (*l.c.*, *Travaux comités français D.I.P.*, 1971-73, 218). Et l'auteur d'inviter les tribunaux à "adopter, en matière de litispendance internationale, des solutions également et partiellement fondées sur une idée de présomption de régularité du jugement étranger" (*idem*).

<sup>2022</sup> En introduction à son ouvrage, M. *Schack* pose que le principe de l'équivalence est un des fondements du droit judiciaire international : 1996, 11-12, n° 35 ("Ebenso wie für das IPR die Rechtsordnungen, sind für das IZVR die Verfahrensrechte aller Staaten prinzipiell gleichwertig und als solche zu respektieren", et plus loin "[...] die Gleichwertigkeit der Rechtspflege [bleibt] die zentrale prämisse, ohne die sich weder ein selbständiges Anerkennungsrecht noch der internationale Rechtsverkehr entwickeln"). Dans le même sens, P. H. *NEUHAUS*, *l.c.*, *RabelsZ.*, 1955, (201), 229; I. SZASZY, *ac.*, Leiden, *Sijthoff*, 1967, 309, ("International law of procedure (just as private international law) starts from the fiction that the administration of justice is equivalent in every state"). V. également les observations de A. V. M. *STRUYCKEN*, "Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé", *T.C.F.D.I.P.*, 1986-87, (105), 120-121, qui évoque l'idée de 'Fungibilität' qu'il définit comme "l'idée que, en droit privé, les tribunaux des différents pays accomplissent la même fonction et que, par conséquent, ils sont comparables, et même substituables, l'un à l'autre". Il y voyait d'ailleurs un "principe de droit international privé".

<sup>2023</sup> Ainsi selon M. *GEIMER* par exemple (1997, 13, n° 37), la fongibilité des tribunaux n'est qu'une *fiction* parce que le droit de la procédure n'est pas un droit neutre, purement technique, mais reflète l'environnement social dans lequel il est implanté. V. également B. *SCHNEIDER*, *l.c.*, in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 306 (pour lequel il est prématuré d'élever l'idée de l'égalité des Etats et de l'égalité de traitement de leurs jugements au niveau d'un principe juridique) et Y. *LOUSSOUARN* et P. *BOUREL*, *Droit international privé*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, 1999, 532, n° 441 ("Sur le plan interne, peu importe que le demandeur saisisse le Tribunal de Grande Instance de Paris, de Rennes ou de Bordeaux; ils se situent tous également dans le même ordre juridique et offrent des garanties équivalentes de compétence et d'impartialité. Le choix entre eux n'est dicté que par des raisons de commodité, de satisfaction des intérêts privés. Il n'est pas sur qu'il en aille de même sur le plan international et que la correspondance entre les organisations judiciaires étrangères et la notre soit telle que toutes offrent les mêmes garanties de bonne justice"); M. *RAIMON*, "L'abus de droit d'action dans les litiges internationaux", *J.C.P.*, éd. G., 2000, I, n° 256, (1695), 1696 (constate que "les juridictions des différents Etats ne bénéficient pas de l'équivalence fonctionnelle parfaite à laquelle peuvent prétendre les juridictions d'un même ordre juridique").

<sup>2024</sup> Ceci est encore plus vrai depuis l'entrée en vigueur du règlement dit de Bruxelles I, qui ne laisse que très peu de place au stade de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers à un contrôle par le juge requis de l'activité juridictionnelle du tribunal étranger. Ce règlement renforce encore la quasi-présomption de validité de la décision étrangère et se rapproche, sans y arriver, du système du titre exécutoire européen. V. également l'attendu 17 du Préambule accompagnant le règlement dit de Bruxelles I, qui souligne de manière expresse que le système est fondé sur la "confiance réciproque" entre les pouvoirs judiciaires des Etats membres.

De nombreux auteurs ont constaté que la disparition des frontières nationales au sein de l'espace judiciaire européen a fait naître un nouveau type de relation entre les juges des Etats membres, à mi-chemin entre les relations qui s'installent entre des juges étrangers et entre des juges d'un même pays. V. p. ex. P. *LAGARDE*, *ac.*, *Recueil des cours*, 1986-I, t. 196, 151, n° 152 (à propos de la rigidité des règles de compétence de la Convention de Bruxelles, cet auteur observe que "cette rigidité peut se comprendre dans la perspective fédérative de la

répétition en l'absence du moteur que constitue l'idée d'intégration européenne – ce qui explique que les versions successives du projet de Convention de La Haye se soient toujours plus éloignées de la 'matrice' originelle des Conventions de Bruxelles et de Lugano.<sup>2025</sup>

Il nous semble toutefois par trop réducteur de nier *a priori* la possibilité d'une certaine équivalence entre justice du for et justice étrangère. Il est évident que l'intégrité et la qualité de la justice sont encore trop différentes de pays à pays que pour envisager une idée *abstraite* d'égalité. Accepter le principe de l'abstention n'oblige toutefois pas à souscrire aveuglément et inconditionnellement à une telle idée. Il s'agit plus modestement de laisser au tribunal la possibilité de constater, dans un cas donné et après examen des circonstances pertinentes, que le juge étranger mérite une certaine confiance. L'idée d'équivalence fonctionnelle n'est alors tout au plus qu'une présomption, qui peut être renversée.<sup>2026</sup> L'abstention se fera aux conditions fixées par le for, et pourvu que le for de l'abstention se trouve en mesure de faire confiance au tribunal étranger concerné. On voit qu'il est difficile d'imposer un quelconque automatisme en la matière et qu'on devra nécessairement s'accommoder d'une certaine latitude dans le chef du juge (*infra*).

---

Convention. A la limite, les tribunaux des Etats membres appartiennent tous à un même ordre juridique et, dans cette mesure, les règles de la Convention peuvent être assimilées à des règles de compétence interne"). V. surtout B. HEß, "Der Binnenmarktprozess. Neuer Verfahrenstypus zwischen nationalem und internationalem Zivilprozessrecht", *J.Z.*, 1998, 1021-1032 (l'auteur s'attache à démontrer la naissance d'une nouvelle catégorie de procédures, la procédure européenne, qui se distingue tant du procès national que du procès purement international. Cette nouvelle catégorie est selon M. Heß fondée sur la stricte égalité ("grundsätzliche Gleichwertigkeit") entre les procédures des Etats membres. Sur le thème de l'égalité entre procès national et procès européen, v. H. GAUDEMET-TALLON, "Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres", *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des Sciences Sociales, 1978, 554 e.s. V. également dans le cadre de la théorie des effets des jugements étrangers, les observations de M. von Mehren, qui constate que l'intégration européenne a placé les décisions de justice des Etats membres dans une situation similaire à celle des jugements des Etats américains, qu'il qualifie de 'sister-state judgments', une catégorie de décisions "that exhibits some traits associated with foreign judgments and others associated with local judgments", A. T. VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments – General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, (9-112), 87 et en général sur le statut des 'sister-state judgments', pp. 86-101.

Comp. cependant avec J. J. BRINKHOF, "Lessen uit de Europese toetsing voor het kort geding?", *Liber Amicorum P. Meijknecht. Van Nederlands naar Europees Procesrecht!*, E. H. HONDIUS et al. (ed.), Deventer, Kluwer, 2000, (327), 39 (M. Brinkhof constate que la présomption d'équivalence fonctionnelle sur laquelle est fondée la Convention de Bruxelles n'est qu'une fiction. Il renvoie notamment à l'arrière judiciaire beaucoup plus important dans certains pays, qui crée les conditions du fameux torpedo).

Les tribunaux semblent accepter que le régime de la Convention de Bruxelles emporte l'obligation de traiter tous les tribunaux sur un pied d'égalité. C'est en tout cas l'argument invoqué par la Cour supérieure de Munich pour refuser de déroger à l'exception de litispendance qui paralysait une procédure allemande alors même que la procédure italienne intentée en premier, languissait depuis des années : OLG München, 2 juin 1998, *R.I.W.*, 1998, 631 (la Cour observe que "das EuGVÜ sämtliche Gerichte des Vertragsstaaten und deren Verfahren als gleichwertig anerkennt, ungeachtet etwaiger Unterschiede in der praktischen Ausgestaltung und des Ablaufs der verfahren in konkreter Einzelfall").

<sup>2025</sup> Le modèle européen n'est sans doute pas exportable, l'intégration européenne constituant un contexte spécifique propice à l'établissement d'un climat de confiance qui ne se retrouve pas par exemple à l'échelle mondiale. V. par exemple les observations de M. Mayer au colloque tenu à New York le 30 avril 1999 sur le projet de Convention de La Haye. Selon Mayer, le modèle européen est fondé sur la prémisse d'une confiance réciproque dans la fongibilité de l'appareil judiciaire qui n'est pas acceptable comme modèle pour une convention mondiale (observations rapportées par B. HEß, "Steht das geplante weltweite Zuständigkeits- und Vollstreckungsübereinkommen vor dem Aus?", *IPRax*, 2000, (342), 343). Sur la confiance comme donnée de base qui a permis l'élaboration de l'espace judiciaire européen, v. p. ex. Y. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, II, 45-46, n° 1761-1764.

<sup>2026</sup> C'est en ce sens semble-t-il que M.-L. NIBOYET-HOEGY utilise l'expression d'équivalence fonctionnelle (*Travaux comités français DIP*, 1995-96, p. 75). V. également les observations de M. LALIVE lors de la discussion qui a suivi cette communication, p. 91.

450. **Conclusion : l'abstention s'impose comme solution de principe** – Dans son principe, il est difficile aujourd'hui de faire l'impasse sur l'exception d'abstention. Le contraire serait faire preuve d'un véritable "isolationnisme juridique"<sup>2027</sup> difficilement justifiable dans l'état actuel des relations internationales.<sup>2028</sup> Les Etats ne peuvent à notre sens faire l'économie d'un tel mécanisme.

Entendons nous bien. Nous ne prétendons pas que l'abstention constitue l'ultime panacée permettant de résoudre une fois pour toute la question des conflits de procédures. Notre propos est simplement de faire de l'abstention le mode *privilegié* de résolution de ces conflits, sans exclure catégoriquement le recours aux autres principes de solution – ce qui serait d'ailleurs peu réaliste, ces solutions étant souvent profondément ancrées dans les traditions nationales. Si nous prônons une plus grande généralisation de l'abstention, qui doit devenir la solution de principe des conflits de procédures, force est de reconnaître que l'abstention devra nécessairement composer avec les autres solutions, dont on souhaite qu'elles ne conservent qu'une place subsidiaire.

Ceci est d'autant plus vrai que l'objectif d'élimination des conflits de procédures devra lui-même parfois céder la place à d'autres. On a déjà insisté sur la *relativité* des impératifs qui soutiennent le constat de nocivité des conflits de procédures (*supra* n° 22). A côté du souci de l'harmonie des solutions, et celui de l'économie de procédures, il est d'autres considérations tout aussi légitimes. La coordination des procédures concurrentes peut difficilement être considérées comme l'objectif ultime de la réglementation des rapports privés internationaux.<sup>2029</sup> Elle devra au contraire parfois s'effacer devant d'autres considérations, comme par exemple le souci d'un Etat de garder la mainmise sur un certain type de litiges, qui le conduiront à refuser toute mesure de coordination par le biais d'une abstention. Une pesée des différents intérêts en présence est inévitable. Elle ne sera pas toujours favorable à l'abstention.

Voilà qui contribue à nuancer la priorité que nous attribuons à cette technique. Encore faut-il préciser quel type d'abstention nous entendons privilégier.

<sup>2027</sup> H. BATIFFOL, note sous Cass. fr., 5 mai 1962, *R.C.D.I.P.*, 1963, (101), 102.

<sup>2028</sup> V. déjà L. PALSSON, *loc. cit.*, *Scand. Studies in Law*, 1970, (61), 87 ("it seems clear that foreign *lis pendens* cannot be denied recognition absolutely. Such a standpoint would be as anachronistic as a general refusal of recognition of foreign judgments").

<sup>2029</sup> M. Riezler ne disait rien d'autre lorsqu'il écrivait que "Die rechtspolitischen Gründe; welche die Einrede der Rechtshängigkeit [...] rechtfertigen, sind nicht von solcher Unbedingtheit oder zwingender Logik, daß sie nur eine Lösung zuließen [...]" (E. RIEZLER, *op. cit.*, Walter de Gruyter/ J.C.B. Mohr, Berlin/Tübingen, 1949, 452). Dans le même sens, I. SZASZY, *International Civil Procedure*, Leiden, Sijthoff, 1967, 543 ("the reasons of policy favouring recognition of *lis pendens* abroad are not of such absolute validity as would substantiate its recognition in all circumstances").



