

LE DROIT AU PROCÈS ÉQUITABLE
ET L'ÉGALITÉ DES ARMES :
LE CAS DE LA LITSPENDANCE
DANS LES CONVENTIONS DE BRUXELLES
ET DE LUGANO

P. WAUTELET

ASSISTANT, K.U. LEUVEN

**LE DROIT AU PROCÈS ÉQUITABLE
ET L'ÉGALITÉ DES ARMES :
LE CAS DE LA LITISPENDANCE
DANS LES CONVENTIONS DE BRUXELLES
ET DE LUGANO**

PAR

P. WAUTELET

ASSISTANT, K.U. LEUVEN

INTRODUCTION

1. — L'article 21 des Conventions de Bruxelles et de Lugano (1) dispose que : « Lorsque des demandés ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États contractants différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci. »

À mesure que les plaideurs européens prennent conscience des nombreuses possibilités que leur offrent les Conventions jumelles en termes de choix du for, l'article 21 a fait l'objet d'une attention croissante, tant de la part des milieux universitaires que des praticiens (2).

(1) Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968, telle qu'amendée, *J.O.C.E.*, 1998, C-27/1 (version consolidée après la Convention d'accession de 1996) et Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale de Lugano, 16 septembre 1988, *J.O.C.E.*, 1988, L-319/9.

(2) Plusieurs thèses ont été récemment consacrées à une analyse (critique) de l'article 21 : A. DI BLASE, *Commissione e litispendenze nella Convenzione di Bruxelles*, Studi e pubblicazioni della Rivista di diritto internazionale privato e processuale, vol. 39, Padova, Cedam, 1993, 249 p.; C. DOHM, *Die Einrede ausländischer Rechtshängigkeit in deutschen internationalen Zivilprozessrecht*, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, vol. 98, Berlin, Ducker & Humblot, 1996, 328 p.; J.W. HAU, *Positive Kompetenzkonflikte im internationalen Zivilprozessrecht. Überlegungen zur Bewältigung von multi-fora disputes*, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht, vol. 32, Frankfurt a. M., P. Lang, 1996, 272 p.; S. ISENBURG-EPPLÉ, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen vom 27.9.1968*, Frankfurt

Cette attention s'est révélée parfois très critique, non seulement à l'égard du mécanisme institué par l'article 21, mais aussi à l'égard de l'interprétation de cette disposition par la Cour de justice des Communautés européennes. Plusieurs arrêts de cette Cour ont été vivement critiqués, en particulier la décision dans l'affaire *Tatry* (3). Ces critiques portaient principalement sur la position «pro-forum shopping» que la Cour est accusée d'avoir adoptée (4).

2. — Il peut être utile d'examiner l'article 21 dans une autre perspective, celle de l'égalité des armes entre le demandeur et le défendeur. S'il est vrai, comme l'a dit la Cour européenne des droits de l'homme, que le droit à un procès équitable, dont l'égalité des armes est un corollaire, occupe une «place prééminente» (5) dans les sociétés démocratiques et «réflète un principe fondamental de l'État de droit» (6), toute règle de procédure, y compris les règles établissant si un tribunal est compétent pour entendre une cause, devraient subir le test du droit à un procès équitable (7). L'article 21 sera envisagé ci-après à la lumière de l'une des exigences fondamentales de ce

a. M., 1992, 284 p.; E.C. BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, colección Estudios internacionales XXIII, Madrid, Eurolex, 1996, 288 p. Voy. également les rapports nationaux édités par Fawcett (J.J. FAWCETT (ed.), *Declining Jurisdiction in Private International Law. Reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Athens, August 1994, Oxford, Clarendon, Press, 1995, 447 p.).

(3) C.J.C.E., *The owners of the cargo lately laden on board the Ship « Tatry » c. The owners of the Ship « Maciej Rataj »*, aff. C-406/92, Rec., 1994, I-5439.

(4) Selon Fentiman, par exemple, «après le 'Maciej Rataj', le potentiel de l'article 21 comme instrument de *forum shopping* prophylactique est dangereusement renforcé»: R. FENTIMAN, «Tactical Declarations and the Brussels Convention», *C.L.J.*, 1995, (261), 263.

(5) C.E.D.H., arrêt *Delcourt*, 17 janvier 1970, série A, n° 11, 13, § 25.

(6) C.E.D.H., 26 avril 1970, série A, n° 30, 54, § 55.

(7) L'idée d'examiner les règles de compétence internationale à la lumière du droit à un procès équitable, peut sembler nouvelle aux juristes européens. Elle est cependant très familière à leurs confrères américains. La Cour suprême des États-Unis s'est souvent inspirée de ce principe pour tracer les limites de la compétence internationale, cf. G. BORN, *International Civil Litigation in United States Courts. Commentary and Materials*, Kluwer, La Haye, 1996, 70-77. Pour une première analyse européenne, cf. P. SCHLOSSER, «Jurisdiction in International Litigation — The Issue of Human Rights in Relation to National Law and to the Brussels Convention», *Riv. Dir. Int.*, 1991, 5-34 et P. SCHLOSSER, «La Convention de Bruxelles et le procès équitable», in *Union internationale des huissiers de justice et officiers judiciaires, Les Conventions de Bruxelles et de La Haye en matière civile et commerciale*, G. DE LEVAL (éd.), La Chartre, 23-24. Cf. également D. COHEN, «La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français», *R.C.D.I.P.*, 1989, (451), 454-463 (pour une analyse critique des articles 14 et 15 du Code civil français). *Addé* pour l'Allemagne, R. GEMMER, «Menschenrechte im internationalen Zivilverfahrensrecht», in *Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes*, Berichte des Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, 33, Heidelberg, 1993, 213 et s.; *idem*, «Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der Normierung der internationalen Zuständigkeit», *Festschrift für Schwind*, Wenen, 1993, 17 et s.; F. MAXSCHEER, «Die Einwirkungen der E.M.R.K. auf das Internationale Privat- und zivilprozessuale Verfahrensrecht», in *Festschrift Schwind*, Wenen, 1993, 71 et s.

droit, à savoir l'égalité des armes entre les parties (8). La question qui se pose est de savoir si cette disposition, telle qu'elle a été interprétée par la Cour de justice, est compatible avec ledit principe fondamental. Précisons d'emblée que cet examen est par essence limité et ne prétend pas traiter de façon exhaustive toutes les questions posées par l'article 21. Mais il est permis d'espérer qu'il éclairera d'un jour nouveau les diverses critiques formulées à l'encontre de cette disposition.

3. — L'égalité des armes entre le demandeur et le défendeur semble offrir une meilleure perspective pour tester l'article 21 que le paradigme des droits de la défense (9). Les procédures concurrentes ou parallèles impliquent en effet souvent plus d'un défendeur. Dans une situation typique de litispendance, chaque partie sera simultanément demanderesse et défenderesse. Lorsque le vendeur attaque l'acheteur devant les juridictions du pays A en paiement du prix, et que l'acheteur contre-attaque en saisissant les tribunaux du pays B, réclamant par exemple des dommages et intérêts parce que les marchandises fournies étaient défectueuses, on a peine à identifier un défendeur unique dont les droits devraient être protégés. L'article 21 peut aussi être invoqué pour faire obstacle à des procédures parallèles initiées par la même partie, comme ce fut par exemple le cas dans l'affaire *Zelger* (10). Toutefois, les situations dans lesquelles une même partie introduit des actions concernant le même litige, auprès de deux tribunaux différents, sont l'exception plutôt que la règle. Un rapide survol de la jurisprudence nationale révèle que l'article 21 est en général invoqué pour régler une véritable «course au for» entre les parties, chacune d'elles s'efforçant de saisir son tribunal «préféré» en bloquant ainsi toute procédure ultérieure. Il est symptomatique de noter que ce parallélisme procédural était à l'origine de cinq des sept questions préjudicielles posées à la Cour au sujet de l'article 21 (11).

(8) Sur l'égalité des armes comme condition fondamentale de l'équité des procédures aux termes de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, voy. C.E.D.H., arrêt *Delcourt* 17 janvier 1970, série A, n° 11, p. 13, § 28; arrêt *Monnell et Morris*, 2 mars 1987, série A, n° 115, p. 23, § 62 et, en général, D.J. HARRIS, M. O'BOYLE et C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londres, Butterworths, 1995, 207-210; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, §§ 469-473.

(9) Sur l'importance des droits du demandeur en général, cf. G. DROZ, «Les droits de la demande dans les relations privées internationales», *Travaux du comité français de droit international privé*, 1993-1994, 97-113.

(10) C.J.C.E., *Stegfried Zelger c. Sebastiano Salnitri*, aff. 129/83, Rec., 1984, 2397.

(11) C.J.C.E., *Gubisch Maschinenfabrik KG c. Giulo Falumbo*, aff. 144/86, Rec., 1987, 4861; C.J.C.E., *The owners of the cargo lately laden on board the Ship « Tatry » c. The owners of the Ship « Maciej Rataj »*, aff. C-406/92, Rec., 1994, I-5439; C.J.C.E., *Overseas Union Insurance Ltd. c. New Hampshire Insurance Co.*, aff. C-351/89, Rec., 1991, I-3317; C.J.C.E., *Droit Assurances S.A. c. C.M.I., Protea Assurances et Réunion européenne*, aff. C-351/96, Rec., 1998, I-3075; C.J.C.E., *Els-*

CHAPITRE PREMIER L'ÉGALITÉ DES ARMES DANS LES CONVENTIONS DE BRUXELLES ET DE LUGANO

4. — Avant d'en venir à l'article 21, il nous faut dire quelques mots du droit à un procès équitable dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Pour l'essentiel, ce droit se ramène à la question de l'accès au juge, et à celle de savoir si les règles des Conventions en matière de compétence assurent un bon équilibre entre les intérêts du défendeur et ceux du demandeur (12).

5. — Dans le cadre des Conventions, comme dans la plupart des systèmes juridiques, le demandeur est le *dominus litis*. Il possède le privilège de choisir le tribunal qui sera appelé à trancher le litige, et les Conventions lui fournissent un ample choix. Le droit d'élire le for est un droit exclusif, qui ne peut être contesté par le défendeur. Celui-ci ne peut notamment exciper du lien plus étroit qui existerait entre le litige et un autre tribunal que celui saisi par le demandeur, pour plaider l'incompétence du for saisi (13).

beth Freifrau von Horn c. Kevin Cinnamond, aff. C-163/97, Rec., 1997, I-5451. Dans l'affaire *Owens Bank (Owens Bracco Ltd. c. Fubivo Bracco et Bracco Industria Chimica SpA*, aff. C-129/92, Rec., 1994, I-117) la même partie avait saisi deux tribunaux d'une requête en exécution d'un jugement émanant d'un tribunal d'un État non contractant, situation qui ne relève pas de l'article 21.

(12) Cette vue d'ensemble se limite à la question de l'établissement de la compétence du tribunal, les problèmes soulevés par la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers ayant déjà été suffisamment mis en lumière. Disons simplement ici qu'en ce qui concerne l'exécution, les Conventions prennent au sérieux les droits du défendeur : l'article 27, 2 permet au tribunal saisi de refuser l'exécution si le document instituant la procédure n'a pas été signifié en temps opportun au défendeur. L'on pourrait même soutenir que la Cour de justice s'est montrée exagérément protectrice du défendeur, car elle interdit la reconnaissance en cas de signification irrégulière, et ce même si les intérêts du défendeur n'ont pas été réellement compromis. Cf. G. PUYVETTE, « La Convention de Bruxelles et les droits de la défense », *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, 433 et s.; P. VLAS, « The Principle of Fair Trial in International Civil litigation », in *Law and Reality — Essays on National and International Procedural Law in honour of Voskuil, M. SUMMAM-Pouw* (ed.), Nijhoff, Dordrecht, 1992, 391 et s.; R. RASUR and I. LABBE, « L'Europe judiciaire entre l'efficacité et le droit de la défense », *J.T.*, 1995, pp. 417-423. Cf. également l'article 20 des Conventions.

(13) Voy. en particulier, C.J.C.E., *Custom Made Commercial Ltd. c. Stawa Metallbau GmbH*, aff. C-288/92, Rec., 1994, I-2913 aux n°s 16-21 (le défendeur arguait que le tribunal du lieu d'exécution de l'obligation concernée n'avait en fait guère de rapport avec le contrat ou son exécution. La Cour rejeta cet argument en décidant « qu'au sens de l'article 5, point 1, le défendeur peut, en matière contractuelle, être attrait devant le tribunal du lieu où l'obligation servant de base à la demande a été ou doit être exécutée, même dans des cas où le for ainsi désigné n'est pas celui qui a le lien de rattachement le plus étroit avec la contestation », § 21). Le rapport Schlosser adopte la même opinion : « Lorsque les tribunaux de plusieurs États sont compétents, le demandeur s'est vu délibérément offrir un choix qui ne peut être affaibli par la doctrine du *forum non conveniens* » (*J.O.C.E.*, 1979 C-59/97, § 78).

6. — La grande liberté dont jouit le demandeur comme *dominus litis* ne signifie cependant pas que le défendeur soit à la merci des caprices de la partie adverse. Quels que soient les choix ouverts à ce dernier, il ne peut sortir du cadre établi par les Conventions. Et ce cadre garantit que le tribunal saisi par le demandeur n'est (en théorie) ni oppressif ni autrement vexatoire pour le défendeur. Ceci, avant tout, parce que le principe fondamental de compétence établi par les Conventions est celui du domicile du défendeur. Aux termes de l'article 2 des Conventions, le défendeur a le droit d'être cité devant ses propres tribunaux (14). La rédaction même de l'article 2 souligne le caractère général et fondamental de cette règle : alors que l'article 2 dispose que le défendeur sera attrait devant les juridictions du pays de son domicile, l'article 5, par exemple, se contente de disposer que le défendeur peut être attrait, dans certaines circonstances, devant les juridictions d'un autre État contractant. Ce caractère fondamental est renforcé par le fait que l'article 2 est la seule règle des Conventions, en dehors de l'article 18, qui confère au tribunal une compétence *générale*, et non une simple compétence *spéciale* pour une demande ou un type de demande particulier.

La Cour de justice a à maintes reprises souligné le caractère fondamental du principe de l'*actor sequitur forum rei*. Les dispositions de la Convention en vertu desquelles le défendeur peut être attrait devant les juridictions d'un État contractant autre que celui de son domicile constituent des exceptions au principe général du domicile du défendeur et doivent à ce titre, selon la Cour, être interprétées de façon stricte (15). Cette interprétation restrictive va de pair avec l'hostilité fondamentale des Conventions pour le *forum actoris*, c'est-à-dire la possibilité pour le demandeur de saisir le tribunal de son propre pays. Cette hostilité se manifeste à l'article 3, deuxième alinéa, qui prohibe les chefs de compétence procurant au demandeur l'avantage du tribunal de son domicile. La Cour de justice, elle aussi, a décidé de façon expresse que l'idée que le défendeur puisse être attrait

(14) Ce droit entre cependant en concurrence avec d'autres objectifs, telle la nécessité de protéger les parties les plus faibles (articles 7 et s.) ou le désir de permettre aux parties de choisir un tribunal (article 17).

(15) Au regard de l'article 6, cf. C.J.C.E., *Athanasios Kaifelis c. Banque Schröder*, aff. 189/87, Rec., 1988, 3579, § 8; au regard de l'article 5, cf. C.J.C.E., *Dumez France et Tracoba c. Hessische Landesbank*, aff. 220/88, Rec., 1990, I-49, §§ 16 et 17; C.J.C.E., *Fionna Shevill c. Presse Alliance*, aff. C-68/93, Rec., 1995, I-415, § 18; C.J.C.E., *Antonio Marinari c. Lloyds Bank plc*, aff. C-364/93, Rec., 1995, I-2179, §§ 9 et 13; au regard de l'article 16, cf. C.J.C.E., *Sanders c. van der Putte*, aff. 73/77, Rec., 1977, 2383, §§ 17 et 18; C.J.C.E., *Mario P.A. Reichert c. Dresdner Bank*, aff. C-115/88, Rec., 1990, I-27, § 9. Cf. également C.J.C.E., *I-Somafer c. Saar Ferngaas*, aff. 33/78, Rec., 1978, 2183, § 7 et C.J.C.E., *Hamde c. TMCS*, aff. C-26/91, Rec., 1992, I 3967, § 4.

devant le tribunal du domicile du demandeur avait la défaveur de la Convention (16).

7. — Le droit absolu du demandeur au choix du for semble dès lors équilibré par les limites strictes que la Convention impose à l'exercice de la compétence et en particulier par la place prépondérante réservée au principe du domicile du défendeur. Le droit d'être attrait devant son propre tribunal, même s'il ne garantit pas que le litige sera toujours entendu par le juge «naturel», devrait en principe assurer l'équité exigée par la Cour européenne des droits de l'homme. Ce compromis bien conçu n'est cependant guère utile aux défendeurs domiciliés en dehors du territoire de la Convention qui, en vertu de l'article 4, sont soumis aux règles nationales de compétence des États signataires, en ce compris les chefs de compétence exorbitants tels que les articles 14 et 15 du Code civil français. Pour ces parties, la balance penche davantage en faveur du demandeur, et l'on pourrait soutenir qu'en l'occurrence le droit au procès équitable est méconnu (17). Mais même dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano, l'on peut douter que certaines règles de compétence, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice, puissent passer le test du droit à un procès équitable (18). Au-delà de ce premier examen, il faut également considérer les conséquences de l'établissement de la compétence, pour les parties. C'est ici qu'intervient l'article 21.

CHAPITRE II

L'ARTICLE 21 : LITISPENDANCE ET ÉGALITÉ DES ARMES

SECTION I^{re}

La litispendance dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano

8. — Il n'est pas surprenant que la Convention de Bruxelles contienne une disposition réglant la litispendance. Même si, au moment de son élaboration, la plupart des États contractants refu-

(16) C.J.C.E., *Antonio Mariani c. Lloyds Bank plc*, aff. C-364/93, *Rec.*, 1995, I-2179, § 13.

(17) Pour une critique de l'article 4, cf. F. JOENGER, «La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la courtoisie internationale. Réflexions d'un Américain», *R.C.D.L.P.*, 1983, 37-51 et de façon générale, L.J. WINTER, «Excessive Jurisdiction in Private International Law», *J.C.L.Q.*, 1968, 706-720.

(18) P. Schlosser émet des doutes sur certaines dispositions des Conventions : P. SCHLOSSER, *op. cit.*, 23-33.

saient d'admettre que leurs tribunaux puissent renoncer à exercer leur compétence pour la seule raison qu'un tribunal étranger avait été saisi du même litige (19), ces mêmes États ne purent se soustraire à la nécessité d'aborder ce problème dans le cadre de la Convention. Celle-ci vise en effet à faciliter la reconnaissance des jugements étrangers, et a créé un régime de reconnaissance simplifié et quasi automatique. Compte tenu de ce régime et au vu de la disponibilité de nombreux fors pour un même litige, il fallait bien s'attaquer au problème de la litispendance (20).

9. — Le système instauré par l'article 21 est «fruste mais simple» (21). Il est basé sur le principe de la priorité. La priorité est accordée à l'un des deux tribunaux saisis, non pas en raison de sa capacité intrinsèque à statuer sur le litige ou de sa proximité géographique avec la cause, mais simplement en fonction de la séquence chronologique du litige. Le tribunal saisi en premier est prioritaire. Le tribunal saisi ultérieurement doit se dessaisir. La seule nuance introduite dans cette règle automatique est la possibilité, pour le tribunal second saisi, de surseoir à statuer tant que la compétence du premier n'a pas été établie. À l'origine, le tribunal second saisi devait se dessaisir, sauf en cas de contestation de la compétence du tribunal premier saisi, auquel cas il pouvait opter pour le simple sursis à statuer jusqu'à ce que la question de compétence soit résolue. Ce système pouvait conduire à un déni de justice et à des difficultés en matière de prescription, lorsque le tribunal premier saisi se déclarait incompétent alors que le tribunal second saisi s'était déjà dessaisi. C'est pourquoi l'article 21 fut amendé par la Convention d'adhésion de 1989, en ce sens que les tribunaux autres que le premier saisi doivent simplement surseoir à statuer jusqu'à ce que la compétence du

(19) Pour un panorama comparatif au moment de l'élaboration de la Convention, cf. G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun — Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, 1972, Paris, Dalloz, 181-188; L. PALSSON, «The Institute of Lis Pendens in International Civil Procedure», *Scand. St. L.*, 1970, 59-108. L'Allemagne était probablement le seul membre fondateur dont les tribunaux déclinaient volontiers leur compétence pour cause de litispendance (cf. déjà Reichsgericht, 26 janvier 1892, *J.D.I.*, 1893, 905; Reichsgericht, 13 avril 1901, *J.D.I.*, 1903, 188). Il est clair que la situation a changé depuis lors, ainsi qu'il ressort de l'aperçu de G. DROZ, «Regards sur le droit international volontiers leur compétence pour international privé», *Recueil des cours*, vol. 229, 1991-IV, 62-66.

(20) Cfr. également l'article 20 de la Convention de La Haye du 1^{er} février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale.
(21) T. HARTLEY, observations sous l'arrêt *Overseas Union Insurance c. New Hampshire Insurance*, *E.L.R.*, 1992, 75.

tribunal premier saisi soit établie; c'est alors seulement qu'ils doivent se dessaisir (22).

Sauf en ce qui concerne la compétence du premier tribunal saisi, le nouvel article 21 ne laisse au tribunal saisi en second aucune marge d'appréciation. Il ne peut examiner si le tribunal premier saisi est mieux placé pour entendre la cause, ni chercher à déterminer si le jugement de ce tribunal sera susceptible d'être reconnu dans d'autres pays. Enfin, la Cour de justice a décidé dans l'affaire *New Hampshire* que le tribunal saisi en second ne pouvait examiner la compétence du juge premier saisi (23). Il ne subsiste qu'une seule situation dans laquelle le second tribunal serait en droit d'ignorer le mécanisme automatique de l'article 21, à savoir lorsqu'il constate que sa propre compétence est exclusive en vertu de l'article 16 des Conventions alors que la compétence du tribunal saisi en premier ne l'est pas, sinon l'article 23 serait applicable. C'est du moins ce qui peut se déduire d'un *dictum* de la Cour dans l'affaire *New Hampshire* (24).

10. — Il importe de noter d'emblée que selon la Cour l'article 21 «doit faire l'objet d'une interprétation large, englobant, en principe, toutes les situations de litispendance devant des juridictions d'États contractants [...]» (25). La Cour a également décidé à plusieurs reprises que cette disposition visait à prévenir «dans toute la mesure du possible et dès le départ» les procédures parallèles instituées devant les tribunaux de différents États (26). En soulignant, de façon

(22) Pour plus de détails concernant le problème d'interprétation posé par cet amendement et en particulier par la question de savoir s'il suffit que la compétence du premier tribunal saisi soit établie en première instance, cf. W. KENNETH, «*Lis Alibi Pendens* — View from the U.K.», in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al. (eds), Bruylant, Bruxelles, 1999, 103-126.

(23) *Overseas Union Insurance Ltd. c. New Hampshire Insurance Co.*, aff. C-351/89, *Rec.*, 1991, I-3317, § 25.

(24) *Overseas Union Insurance Ltd. c. New Hampshire Insurance Co.*, aff. C-351/89, *Rec.*, 1991, I-3317, § 20. La question de savoir si le tribunal saisi en second peut également ignorer la litispendance lorsqu'il est saisi sur la base d'une clause d'élection de for n'a pas encore été tranchée. La logique conventionnelle voudrait que l'article 21 prévale sur l'article 17, en partie à cause du fait que, contrairement à l'article 16, une violation de l'article 17 n'est pas une cause de refus de reconnaissance (voy. article 28), et d'autre part parce que le tribunal saisi n'est pas tenu de vérifier de son propre chef sa compétence à l'égard de l'article 17 (art. 19). Les tribunaux du Royaume-Uni ont adopté une autre approche en soulignant la nécessité de s'assurer que les parties s'en tiennent à leurs conventions d'élection de for. Pour un compte rendu détaillé de cette jurisprudence et des solutions possibles aux termes de la Convention, voy. les contributions de H. VAN HOUTTE et W. KENNETH dans le présent ouvrage.

(25) *Overseas Union Insurance Ltd. c. New Hampshire Insurance Co.*, aff. C-351/89, *Rec.*, 1991, I-3317, § 16.

(26) *Gabisch Maschinenfabrik KG c. Giulio Falumbo*, aff. 144/86, *Rec.*, 1987, I-4861, § 16; *The owners of the cargo lately laden on board the Ship «Tary» c. The owners of the Ship «Maciej Rataj»*, aff. C-406/92, *Rec.*, 1994, I-5439, § 32; *Droit Assurances S.A. c. C.M.I. Protea Assurances et Réunion européenne*, aff. C-351/96, *Rec.*, 1998, I-3075, § 17.

très générale, la nécessité d'une interprétation large de l'article 21, la Cour insiste sur sa préoccupation face aux procédures concurrentes et aux conflits qui surgiraient si elles étaient autorisées. La force des termes utilisés à plusieurs reprises par la Cour indique qu'elle prend très au sérieux la nécessité de réduire au minimum le risque de décisions incohérentes (27).

Ce qui intéresse directement la présente analyse, ce sont les décisions de la Cour concernant la question du moment où un tribunal est réputé être saisi, d'une part, et l'interprétation de la condition d'identité objective entre les demandes, d'autre part, plus spécialement en rapport avec des actions visant à obtenir une déclaration négative (28).

SECTION II

Action déclaratoire

11. — Les actions déclaratoires peuvent prendre deux formes différentes. Le demandeur désireux d'intenter une telle action peut demander au tribunal de déclarer que le défendeur ne dispose d'aucune cause d'action (déclaration négative), comme par exemple qu'il n'existe pas de contrat entre les parties, ou que le demandeur n'est responsable d'aucun préjudice vis-à-vis du défendeur. Il peut également solliciter du tribunal qu'il constate l'existence d'une certaine situation (déclaration positive, par exemple que les parties sont liées par un contrat valide).

12. — Les systèmes juridiques de divers États contractants ont traditionnellement témoigné d'une certaine hostilité à l'encontre de ce type d'action, et ce dans un souci d'éviter le gaspillage de ressources judiciaires limitées, ainsi que des dépenses inutiles pour le défendeur. Les tribunaux estiment qu'une déclaration selon laquelle une partie ne dispose d'aucune cause d'action contre une autre pourrait donner lieu à des litiges hypothétiques (dits parfois litiges *ad futurum*) ou

(27) Selon A. BRUGGS et P. REES (*Civil Jurisdiction and Judgments*, Londres, LLP, 1997, p. 15, § 2.06 et p. 141, § 2.203), la nécessité de réduire au minimum le risque de décisions incohérentes est l'un des trois principes généraux sur lesquels la Cour de justice insiste.

(28) Dohm avance par ailleurs que l'interprétation extensive de la condition d'identité objective entre les demandes constitue une autre source de préoccupation à la lumière de l'article 6 de la C.E.D.H. : puisque l'article 21 n'exige pas une stricte identité entre les actions, le tribunal saisi en second pourrait être contraint de se dessaisir même s'il est saisi de questions qui n'ont pas toutes été soumises au tribunal premier saisi. Ces questions ne pourraient alors être résolues que si le demandeur de la seconde action entamait une nouvelle procédure. Il estime que ceci irait à l'encontre du *Justizgewährsanspruch* garanti par l'article 6 : Dohm, *op. cit.*, 89 et s.

«virtuels», en particulier parce que la partie sollicitant la déclaration n'a pas la certitude que son adversaire potentiel saisisse la justice. C'est pourquoi les tribunaux veillent à ne pas se laisser entraîner dans des procédures futiles. Cette prudence se traduit par divers «dispositifs de contrôle».

En droit allemand, par exemple, le demandeur doit faire preuve d'un intérêt spécifique (*Feststellungsinteresse*) lorsqu'il demande que soit déclarée l'existence ou la non-existence d'une relation juridique (29). Cet intérêt est notamment réputé exister en cas d'incertitude quant à l'existence de la relation entre les parties. Ceci explique pourquoi une action visant à obtenir une déclaration négative n'a pas d'effet sur la litispendance en droit allemand. Le simple fait qu'une action en réparation positive soit intentée fait en effet disparaître la raison d'être même de la demande négative. La disparition du *Feststellungsinteresse* empêche l'action négative de constituer un obstacle à l'action positive instituée ultérieurement (30).

Le droit suisse témoigne également de beaucoup de réticence à admettre les demandes de déclaration négative. Selon Widmer et Maurenbrecher, la plupart des codes cantonaux de procédure civile disposent que le requérant doit prouver qu'il a un intérêt pertinent et légitime justifiant sa demande, exigence apparemment très proche de celle que formule le ZPO allemand (31). La Cour suprême fédérale suisse a mis au point un double test auquel est soumise toute demande de déclaration négative (32). Le demandeur doit prouver qu'il existe une incertitude quant à la relation juridique entre les parties, et en outre que cette incertitude représente une contrainte ou une limitation déraisonnable de ses droits. Tout comme en droit allemand, les demandes de déclaration négative ne sont pas prises en compte pour la litispendance (33).

Les actions déclaratoires ont été expressément reconnues par le Code judiciaire belge, dont l'article 18 autorise l'action déclaratoire, mais uniquement si le requérant prouve que ses droits sont gravement menacés. Le législateur belge semble avoir adopté la même approche restrictive que les tribunaux allemands et suisses. La possibilité offerte par l'article 18 n'a pas jusqu'ici été largement invoquée par les plaideurs (34), sauf dans le cas spécifique de pratiques commerciales déloyales (35). La question de l'effet de telles actions sur la litispendance ne se pose pas, étant donné que les tribunaux belges n'acceptent pas la litispendance internationale (36).

13. — Les tribunaux anglais ont fait preuve d'une hostilité plus manifeste à l'encontre de l'action déclaratoire, la qualifiant d'«abus de procédure» (37). Cette hostilité est justifiée par le même souci d'éviter les actions hypothétiques et le gaspillage de ressources judiciaires (38). Même lorsque le litige entre parties est «réel» et «effectif», les plaideurs sollicitant une déclaration ont été récemment accusés de *forum shopping* (39). Ce n'est plus tant le danger de litiges hypothétiques que celui d'abus des règles de compétence qui est alors mis en exergue. Lord Kerr a décidé, par exemple, que «les actions en déclaration négative sont un nouveau type de *forum shopping* préven-

P. WIDMER et B. MAURENBRECHER, *op. cit.*, 267; M. WITTSCHLAGER, *Rechtshängigkeit in internationalen Verhältnissen*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1994, 83.

(34) A. FERTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, 1987, 45-47, § 35. Cf. p. ex., Cass., 3 déc. 1984, *Arr. cass.*, 1984-85, 464. Pour plus de détails sur l'histoire de l'article 18, cf. C. VAN RINGHEM, «L'action préventive en droit belge», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1958, 180-192. Pour la position en France, cf. L. Segour, «L'action déclaratoire», *J.C.P.*, 1965, I, n° 1902.

(35) Cf. par exemple Cass., 24 novembre 1984, *Pas.*, 1984, I, 330 et Comm. Bruxelles, 25 novembre 1987, *R.W.*, 1988-1989, 754.

(36) Cf. en général M. EKELMANS, «Note sur la litispendance internationale», *R.D.C.*, 1993, 1089-1104.

(37) *First National Bank of Boston c. Union Bank of Switzerland*, [1990], I, *Lloyd's Rep.*, 32, 39 (par Kerr L.J.).

(38) Pour un résumé des justifications avancées, cf. *New Hampshire Insurance Co. c. Phillips Electronic North America Co.* [1998], I.L.Pr., 256 (l'affaire relevait du droit commun anglais). Voy. aussi *Boss Group Ltd. c. Boss France S.A.* [1996], 4, *All. E.R.*, 970; [1996], I.L.Pr., 544 (CA), affaire dans laquelle la cour d'appel a décidé qu'un demandeur qui niait l'existence d'un accord de distribution exclusive en France pouvait invoquer l'article 5 (1) pour demander en Angleterre une déclaration en ce sens. Cf. également *Agniev c. Landsforakringbolagens ABC* (31 juillet 1997, inédit, résumé à <http://www.euromoney.com>). Les demandeurs, *underwriters* de Lloyd's et autres assureurs du défendeur, une compagnie d'assurances domiciliée en Suède, sollicitaient une déclaration selon laquelle ils n'assumaient aucune responsabilité à l'égard du défendeur du fait de certains contrats de réassurance, ceci en raison d'une fausse déclaration du défendeur. Le tribunal accepta que les demandeurs invoquent l'article 5 (1) de la Convention de Lugano, bien qu'ils alléguassent la nullité du contrat et demandassent une déclaration d'exonération de toute responsabilité contractuelle. Ces décisions pourraient augurer un abandon progressif par les tribunaux anglais de leur hostilité traditionnelle à l'encontre d'actions en déclaration négative.

(39) Pour un compte rendu détaillé de la jurisprudence, cf. A.S. BELL, «The Negative Declaration in Transnational Litigation», *L.Q.R.*, 1995, (681), 679-683.

(29) § 256 ZPO; cf. J. ALBERG et P. HARTLANN, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen*, Munich, Beck, 1996, 831-849.

(30) H. NAGEL et P. GORTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln/Münster, Schmidt/Aschendorff, 1997, 207, § 81 («Die negative Feststellungsklage im Ausland sperrt nicht eine spätere Leistungsklage im Inland»); R. GEMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln, Verlag Otto Schmidt, 1997, 684, no. 2726; W. HAU, *op. cit.*, pp. 136 et s. et 151.

(31) P. WIDMER et B. MAURENBRECHER, «What's Negative about Negative Declarations?», in *The International Practice of Law — Liber Amicorum for T. Bär and R. Karrer*, N.P. VOGT (ed.), Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1998, (263), 266.

(32) *BGer.*, ATF, 120, [1994], II, 20, 22.

(33) A. BUCHER, *Droit international privé suisse — Partie générale* — *Conférence de juridictions*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1998, 105, § 298; Y. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, vol. I, Staempfli, Bern, 1996, 548, § 1453 qui renvoie à *BGer.*, ATF, 105, II, 229;

tif» (40) et doivent dès lors être « considérées avec beaucoup de prudence dans toutes les situations impliquant des conflits possibles de compétence, du fait qu'elles se prêtent manifestement à des tentatives impropres de *forum shopping* » (41). Le raisonnement est que le fait de permettre à une partie de recourir à l'action en déclaration négative perturbera le modèle traditionnel de la procédure, basé sur le postulat qu'il est possible d'identifier un demandeur « naturel » et un défendeur « naturel », et que le premier à un « droit d'aînesse » à l'action. Si le litige découle par exemple du refus de l'acheteur de payer le prix de vente, le vendeur est considéré comme le demandeur « naturel », parce que c'est lui qui, selon la « nature » des choses, entamera la procédure en recourant au tribunal. Si l'acheteur saisit un tribunal, en plaidant par exemple la nullité du contrat, il est censé usurper le droit du demandeur « naturel » et faire obstacle au choix du for par le vendeur.

14. — L'article 21 semble être l'instrument parfait pour faire face aux abus allégués d'actions négatives. Si une procédure entamée dans un pays donné est considérée comme une tentative de faire obstacle au choix du for par le demandeur naturel, au moyen d'une procédure artificielle introduite auprès d'un tribunal préféré, pourquoi ne pas suivre l'approche allemande et suisse et dénier tout effet de litispendance à la procédure négative? De cette façon, le demandeur « naturel » récupérerait son droit de choisir le moment et le lieu de l'affrontement judiciaire.

15. — La Cour de justice a été confrontée à cette question dans l'affaire *Tatry*. Avant qu'elle ne tranche la question, les tribunaux nationaux étaient apparemment divisés quant à l'attitude à adopter, probablement en raison de leur propre tradition en la matière (42). L'arrêt *Tatry* avait été précédé de deux autres décisions de la Cour. Dans l'affaire *Gubisch*, le vendeur avait entamé une action devant un

tribunal allemand pour obtenir le paiement du prix. L'acheteur avait répliqué en saisissant un tribunal italien, sollicitant une déclaration de nullité du contrat. La Cour de justice était saisie de la question de savoir si ces deux actions étaient identiques au sens de l'article 21. La Cour décida que le concept de litispendance ne pouvait être restreint à l'identité formelle des deux demandes (43). Étant donné que l'action allemande visait à donner effet au contrat et l'action italienne à le priver de tout effet, les deux actions étaient considérées comme portant essentiellement sur la question de savoir si le contrat liait les parties (44). Invoquant la nécessité de prévenir « dans toute la mesure du possible et dès le départ » (45) les conflits entre deux décisions, la Cour adopta une interprétation large de l'exigence d'identité des actions. Elle ne montra aucun signe d'hostilité ni même de réserve à l'encontre des actions négatives, en dépit du fait que l'avocat général Mancini avait expressément mis en garde contre le danger d'une telle approche (46). Il importe toutefois de souligner, comme l'a fait Collins, que dans cette affaire, la procédure italienne de déclaration négative n'avait pas été intentée préventivement (47).

16. — Dans l'affaire *Overseas Union Insurance*, la Cour s'abstint d'évoquer la question de l'applicabilité de l'article 21 aux déclarations négatives. En l'espèce, le défendeur avait introduit une action en France contre ses réassureurs qui, de leur côté, demandèrent à un tribunal anglais de déclarer qu'ils avaient satisfait à leurs obligations de réassurance. La question de l'identité objective des actions ne fut pas soumise à la Cour, qui répéta néanmoins que « l'article 21 doit faire l'objet d'une interprétation large, englobant, en principe, toutes les situations de litispendance devant des juridictions d'États contractants [...] » (48). Une fois de plus, l'action en déclaration négative avait été introduite après que la procédure principale eut été entamée en France.

(40) *The Volvox Hollandia*, [1988], 2, *Lloyd's Rep.*, 361, 364.

(41) *The Volvox Hollandia*, [1988], 2, *Lloyd's Rep.*, 361, 371.

(42) Cf. par exemple J.G. Köln, 28 juillet 1978, *Répertoire*, aff. 1-21-B.3 (qui se réfère expressément au Code de procédure allemand pour refuser l'effet de litispendance à une action déclaratoire); Hof Amsterdam, 16 juillet 1992, *N.I.P.R.*, 1992, 419 (identité de cause entre une action en résiliation d'un contrat et une action en paiement du prix); Cass. ital., 15 octobre 1992, *R.D.I.P.F.*, 1994, 93 (identité de cause entre une action en dommages pour rupture de contrat et une action déclaratoire visant à dire que la résiliation du contrat est valable); *Overseas Union Insurance* c. *New Hampshire Insurance*, [1991], *ILPr.*, 510 (identité de cause entre une action en résolution d'un contrat et une action en responsabilité concernant le même contrat d'assurance); OLG Hamm, 3 déc. 1993, *IPRax*, 1995, 104 (identité de cause entre une action déclaratoire de non-responsabilité et une action en responsabilité).

(43) C.J.C.E., *Gubisch Maschinenfabrik KG* c. *Giulio Palumbo*, aff. 144/86, *Rec.*, 1987, 4861, § 17.

(44) *Idem*, § 16.

(45) *Idem*, § 8.

(46) Selon l'avocat général, non seulement l'article 21 empiéterait sur le domaine des actions connexes, mais il pourrait en outre donner lieu à des abus, étant donné qu'il « suffirait de contester la validité d'un contrat pour paralyser [...] toute action subséquente basée sur ce contrat » : *Gubisch Maschinenfabrik KG* c. *Giulio Palumbo*, aff. 144/86, *Rec.*, 1987, 4861, § 3.

(47) L. COLLINS, « The Marc Rich Case and Actions for Negative Declarations », in *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 284.

(48) C.J.C.E., *Overseas Union Insurance Ltd.* c. *New Hampshire Insurance Co.*, aff. C-351/89, *Rec.*, 1991, I-3317, § 16.

17. — Dans l'affaire *Tatry*, la demande de déclaration négative était au contraire une action préventive, le propriétaire du navire sollicitant une déclaration de non-responsabilité du tribunal de Rotterdam, où sa responsabilité était de toute façon limitée à un montant près de trois fois inférieur à celui que pouvaient accorder les tribunaux anglais. La Haute Cour anglaise, dans une décision que l'on a jugée «audacieuse» (49), estima qu'il n'y avait pas identité entre la procédure néerlandaise et la procédure anglaise, par laquelle les propriétaires de la cargaison réclamaient des dommages et intérêts pour la perte de cette cargaison (50). La Cour dénonça longuement les préoccupations stratégiques qui avaient, selon elle, conduit le propriétaire du navire à introduire de façon préventive une action dans un for jugé favorable. Elle stigmatisa ce comportement comme «un coup préventif visant à donner au propriétaire du navire le choix du tribunal, grâce à un usage abusif de la Convention et contrairement à l'esprit de celle-ci» (51). La Cour de justice n'hésita cependant pas à dire que les deux actions portaient sur la même cause. Elle ajouta explicitement, comme pour lever toute équivoque, que «le fait que les conclusions du demandeur soient formulées de manière négative dans la première demande, alors que dans la seconde demande, elles sont formulées de manière positive par le défendeur [...] ne rend pas différent l'objet du litige» (52). L'affaire *Tatry* a clairement montré qu'en principe il est indifférent que la première action fût positive ou négative (53).

18. — Les juridictions nationales ont, suite à cette décision, adopté la définition très large de l'identité objective proposée pas la Cour de justice et appliqué l'article 21 à des actions négatives préventives. Le Bundesgerichtshof a décidé par deux fois qu'il y avait identité au sens de l'article 21 entre une action déclaratoire et une action en réparation positive (54), ainsi qu'en a également décidé le Hoge Raad

(49) L. COLLINS, *art. cit.*, 286.(50) *The «Maciej Rataj»*, [1991], 2, *Lloyd's Rep.*, 458.(51) *The «Maciej Rataj»*, [1991], 2, *Lloyd's Rep.*, 458, 463.(52) C.J.C.E., *The owners of the cargo lately laden on board the Ship «Tatry» c. The owners of the Ship «Maciej Rataj»*, aff. C-406/92, *Rec.*, 1994, I-5439, § 43.(53) Dans l'affaire *Drouot (Drouot Assurances S.A. v. C.M.I. Protea Assurances et Réunion européenne aff. C-351/96, Rec., 1998, I-3075)* l'action soumise aux tribunaux néerlandais portait également sur une déclaration négative de non-responsabilité, mais la Cour de cassation française ne soumit aucune question relative à l'identité objective des deux litiges.(54) BGH, 8 février 1995, *NJW*, 1995, 1758; *RfW*, 1995, 413; *IPRax*, 1996, 192; *EuZW*, 1995, 378; BGH, 11 décembre 1996, *NJW*, 1997, 870.

dans une procédure franco-néerlandaise de contrefaçon en matière de droits d'auteur (55).

L'arrêt *Tatry* n'a pas manqué d'être critiqué. On a soutenu en particulier qu'en ouvrant la litispendance aux actions en déclaration négative, la Cour admettait en fait les coups stratégiques préventifs qui ne visent qu'à bloquer toute procédure ultérieure. L'attitude neutre de la Cour à l'égard des déclarations négatives ne sanctionnerait que l'exploitation déléguée de l'article 21 par des plaideurs astucieux, et laisserait la voie largement ouverte à des tactiques abusives de *forum shopping*. Fentiman a soutenu à cet égard que «la Cour a significativement accentué la réputation de la Convention comme charte du *forum shopper»* (56).

19. — S'il est vrai que l'interprétation extensive de l'article 21 n'a guère contribué à restreindre les possibilités de *forum shopping*, il faut cependant reconnaître que, du point de vue de l'égalité des armes entre plaideurs, l'application de l'article 21 aux actions en déclaration négative a fortement contribué à équilibrer les intérêts des demandeurs et défendeurs. En fait, l'arrêt *Tatry* a donné au défendeur «naturel» la possibilité d'obtenir la juridiction de son choix, mettant ainsi les deux parties «sur le même pied» (57). Le droit de déterminer le moment et le lieu de l'action n'est plus réservé au seul demandeur «naturel». Si l'on s'en tient à l'égalité de procédure entre les parties, l'arrêt *Tatry* doit être approuvé parce qu'il donne aux deux parties les mêmes droits. La Cour a ainsi, selon Schack, contribué au rétablissement de la *Zuständigkeitsgleichgewicht* entre les parties (58). Le

(55) H.R., 10 novembre 1995, *MJ*, 1996, 259; *NIPR*, 1996, 137, n° 104. Cf. également Comm. Bruxelles, 31 mars 1994, *R.D.C.*, 1995, 418 avec commentaire de H. VAN HOUTTE (l'action italienne en déclaration négative a la même cause qu'une demande de dommages et intérêts résultant de la résiliation irrégulière d'un contrat de distribution exclusive) et cour d'appel de Zurich, jugement du 3 octobre 1995, inédit, commenté par P. WIDMER et B. MAURENBRECHER, *op. cit.*, 265-266.(56) R. FENTIMAN, «Tactical Declarations and the Brussels Convention», *C.L.J.*, 1995, 261. Cf. également la mise en garde de Collins avant l'arrêt *Tatry*: *art. cit.*, 285-287. Selon Davenport, la Cour a ouvert la voie à «une forme potentiellement plus vicieuse de *forum shopping* que ce qu'on croyait auparavant possible»: B.J. DAVENPORT, «Forum shopping in the Market», *L.Q.R.*, 1995, 367. Cf. également Y. DONZALLAS, *op. cit.*, 539, § 1433; C.Y. ONG, *Cross-Border Litigation within A.S.E.A.N. — The Prospects for Harmonization of Civil and Commercial Litigation*, Kluwer Law International, La Haye, 1998, 521 et H. RÜSSMAN, «Negative Feststellungsklage und Leistungsklage sowie der Zeitpunkt der endgültigen Rechtshängigkeit im Rahmen des EuGVÜ», *IPRax*, 1995, 76-80.(57) P. WIDMER et B. MAURENBRECHER, *op. cit.*, 277.(58) H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, C.H. Beck, Munich, 1996, 300, n° 762 (traduite littéralement par «l'égalité au point de vue de la compétence»). Cf. également J. KRÖPPEL, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, Heidelberg, Recht & Wirtschaft, 1996, 278-279 qui évoque la «prozessuale Chancengleichheit von An-

BGH s'est référé expressément à cette idée «d'égalité des chances» pour décider qu'une action en déclaration négative tombait sous le coup de l'article 21 : «Grâce à l'introduction rapide de son action déclaratoire négative, le débiteur bénéficie de la même chance que le créancier de choisir le tribunal appelé à trancher le litige» (59).

20. — Toutefois, l'égalité des armes n'est pas le seul objectif auquel la Cour doit souscrire. Dissuader les tactiques abusives de *forum shopping* constitue un autre but louable. À cet égard, il ne faut pas oublier cependant que c'est la règle de l'article 21 en elle-même qui stimule le *forum shopping*. Le principe strict du «premier arrivé, premier servi» contribue à renforcer la position du *forum shopper* (60). Pourquoi le demandeur «naturel» devrait-il être seul à jouir de cette règle? L'égalité des armes exige à tout le moins que chaque partie puisse profiter des avantages de la «guilotine» instaurée par l'article 21. C'est précisément ce à quoi la Cour est arrivée dans l'affaire *Tatry*. L'examen de l'article 21 sous l'angle de l'égalité des armes, si limité et incomplet qu'il puisse être, révèle ainsi qu'«il n'y a aucune raison de pénaliser l'une des parties et non l'autre par rapport à des matières qui, dans un litige transnational, peuvent être aussi stratégiquement critiques que le moment et le lieu de la procédure» (61).

Sur le plan de la compétence, les tribunaux nationaux devraient rester neutres à l'égard des actions déclaratoires. Les inquiétudes au sujet des abus de *forum shopping* ne sont pas justifiées, étant donné que les règles de compétence sont les mêmes pour les actions positives et négatives. Les actions visant à obtenir une déclaration négative doivent donc être traitées, dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano, de la même façon que les autres (62). L'adoption de

spruchsgegner und Präterdent» et H. ROTH GÜNTHER, «Zulässiges Forum Shopping?», *IPRax*, 1984, 183, 184.

(59) BGH, 11 décembre 1996, *NJW*, 1997, 870, 872 (je souligne).
 (60) Pour un examen détaillé de ces tactiques, cf. P. HANZOOS, «Brussels and Lugano : Should You Race to the Courthouse or Race for a Judgment?», *Am. J. Comp. L.*, 1995, 379-399. Pour les litiges en matière de droit de la propriété intellectuelle, cf. C. WADLOW, *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law — The New Private International Law of Intellectual Property in the United Kingdom and Europe*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998, 486-504.

(61) A. BIELL, *op. cit.*, 695.

(62) Ceci ne sera pas toujours facile, car les dispositions des Conventions sont rédigées en des termes très généraux. Le demandeur à une action déclaratoire ne devrait avoir aucune difficulté à convaincre le tribunal de se dire compétent s'il saisit le tribunal du domicile du défendeur (art. 2) ou le tribunal choisi par les parties (art. 17), mais l'établissement de la compétence en vertu de l'article 5 (1) ou (3) présentera plus de problèmes parce que ces règles sont basées sur la prémisse que les parties sont liées par un contrat ou qu'un préjudice a été causé, ce que conteste le demandeur. On comprend dès lors que Briggs écrive que les actions déclaratoires «s'adaptent mal à l'ar-

normes de compétence différentes pour les actions négatives minerait l'égalité des armes entre les plaideurs.

21. — S'il existe des raisons sérieuses pour mettre en garde contre l'usage débridé d'actions déclaratoires négatives, comme par exemple la nécessité d'empêcher le gaspillage des ressources judiciaires engendré par des actions hypothétiques, ces préoccupations devraient donner lieu à des dispositifs de contrôle entravant la possibilité même d'intenter une action déclaratoire, et non servir abusivement à pallier le souci d'éviter un éventuel dévoiement des règles de compétence.

Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Tatry*, l'avocat général Tesouro suggérait de laisser au tribunal saisi la possibilité de «s'assurer que tout abus est jugulé» (63). Le danger d'une telle suggestion, c'est que l'avocat général n'a pas défini ce qu'il entendait par «abus». S'il ne s'agit que des cas dans lesquels un tribunal, bien que compétent pour accueillir une action en déclaration négative, doit la refuser, par exemple du fait que le demandeur ne possède pas un intérêt légitime, l'application du droit national est justifiée. Comme l'a rappelé la Cour dans l'affaire *Kongress Agentur*, les Conventions ne visent pas à harmoniser le droit de procédure (64). Il appartient donc au droit national de chaque tribunal de décider à quelles exigences de procédure (qualité, *Feststellungsinteresse*, etc.) le demandeur doit satisfaire (65).

En revanche, lorsqu'il s'agit des questions de compétence, le tribunal ne peut invoquer son droit national pour imposer des conditions plus sévères aux actions négatives, ni pour refuser de tenir compte de la litispendance. Ces questions ont été tranchées par la Cour de justice. La difficulté réside dans le fait qu'il n'est pas toujours facile de distinguer clairement entre questions de procédure et de compétence, de sorte qu'un tribunal pourrait aisément dissimuler son hostilité au *forum shopping* préventif sous des exigences de procédure plus strictes. Une autre difficulté liée à cette référence conditionnelle au

article 5 (1) et 5 (3)» (A. BRIGGS, «The Brussels Convention Tames the Arrest Convention», *Lloyd's M.C.L.Q.*, (161), 165). Cf. également P. WIDMER et B. MAURENBRECHER, *op. cit.*, 274-275 et B.G.H., 11 décembre 1996, *NJW*, 1997, 870 où la Cour admet qu'une société allemande qui avait fourni un edulcorant à une société française pouvait attaquer l'acheteur devant un tribunal allemand en sollicitant une déclaration selon laquelle l'edulcorant livré était conforme au contrat, étant donné que conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne, le produit devait être livré au siège du vendeur.

(63) § 22.

(64) C.J.C.E., *Kongress Agentur Hagen GmbH c. Zeehaghe B.V.*, aff. C-365/88, *Rec.*, 1990, I-1860, § 17.

(65) A. BRIGGS, *op. cit.*, 165 et L. COLLINS, *op. cit.*, 285.

droit national est qu'elle crée une double norme pour les actions négatives. Celles-ci pourront être intentées plus aisément auprès de certains tribunaux qu'auprès d'autres, ce qui augmenterait le risque de *forum shopping*. Les plaideurs habiles se déplaceraient tout simplement vers les pays moins hostiles aux actions négatives.

22. — La solution pourrait résider dans l'harmonisation des conditions de procédure imposées à ces actions. Mais il faudrait à cette occasion s'interroger sérieusement sur la légitimité de l'hostilité à l'égard des actions déclaratoires (66). Outre la question de savoir s'il est possible d'identifier un ordre d'action «naturel» (67), l'on ne saurait nier que, dans certains cas, l'une des parties peut avoir un intérêt légitime à une déclaration négative. Par exemple un assureur qui demande au tribunal de clarifier une situation où il fait face aux demandes contradictoires de nombreux assurés; lorsque le demandeur «naturel» se sert de la menace d'une procédure comme instrument de négociation ou encore retarde sans nécessité l'introduction d'une action, jetant ainsi le doute sur la position de l'autre partie (68).

SECTION III

Le moment de la saisine du tribunal

23. — Un autre motif de préoccupation à la lumière du principe de l'égalité des armes est la question du moment auquel le tribunal est réputé être saisi, au sens de la Convention. L'application du principe de la priorité chronologique de l'article 21 exige que soit défini le moment de la saisine (69).

Cette question fut soumise à la Cour dans l'affaire *Zelger* (70). En l'espèce, l'assignation avait été remise au tribunal allemand en août 1976 et signifiée en janvier 1977. Entre-temps, le même demandeur avait intenté une action en Italie, l'assignation datant de septembre 1976 et la signification au défendeur, de deux jours plus tard. Le Landgericht rejeta l'action parce qu'en droit allemand (§§ 261-1 et 254-1 ZPO) le tribunal n'est saisi que lorsque la citation est signifiée

(66) Pour une critique de l'hostilité traditionnelle, cf. A. BELL, *op. cit.*, 674-695 et P. WIDMER et B. MAURENBRECHER, *op. cit.*, 263-284.

(67) Selon BRIGGS, «la qualification de certaines parties comme demandeurs naturels et d'autres comme défendeurs naturels n'est qu'une illusion d'optique» (A. BRIGGS, *op. cit.*, 165).

(68) Cf. les autres exemples donnés par L. COLLINS, *op. cit.*, 287.

(69) Le rapport lenard abandonne expressément cette question au droit national, en disant qu'il n'y avait pas lieu de préciser dans le texte le moment à partir duquel un procès doit être considéré comme pendan. (J.O.C.E., 1979, C-59/41).

(70) C.J.C.E., *Siegfried Zelger c. Sebastiano Salimiri*, aff. 129/83, Rec., 1984, 2397.

au défendeur. Or la signification italienne précédait la signification allemande. Le demandeur contesta cette décision en arguant qu'au sens de la Convention le tribunal allemand avait été saisi au moment de la remise de l'assignation au tribunal (71). L'avocat général Mancini opta pour une référence conditionnelle au droit national : à ses yeux, la définition nationale de la saisine ne pouvait être retenue que si la saisine ainsi définie suivait la signification de la citation au défendeur (72). Au lieu de chercher à développer une interprétation communautaire, la Cour estima que le moment où le tribunal est saisi devait être déterminé conformément au droit national de chacun des tribunaux concernés (73). Elle ne subordonna cette référence au droit national qu'à la condition que la saisine soit «définitive» selon les règles de ce droit (74).

24. — Cette décision a été critiquée à plusieurs égards. D'une part on a souligné la possibilité pour les parties d'abuser des différences entre les droits nationaux (cf. *infra*). En outre, l'arrêt de la Cour ne résout pas toutes les questions. Dans certains cas, déterminer le moment de la saisine reste un exercice difficile. Par exemple lorsqu'une procédure au fond suit une procédure en référé devant le même tribunal ou lorsque la signification au défendeur a pour effet, selon le droit national, de rendre la procédure pendante de façon rétroactive à partir de la date de son enregistrement auprès du tribunal (75).

25. — L'arrêt *Zelger* conduit également les tribunaux nationaux à apprécier la saisine de l'autre tribunal au regard du droit étran-

(71) Le demandeur fondait son raisonnement sur la différence entre le mot employé à l'article 21 («Anhängigkeit») et l'expression utilisée par l'article 22 («erhoben»); en droit judiciaire allemand, un litige est «anhängig» lorsque la citation est mise au rôle, mais il n'est «erhoben» qu'à la signification.

(72) Notons que l'avocat général justifiait cette approche conditionnelle par la nécessité de protéger le défendeur, *Siegfried Zelger c. Sebastiano Salimiri*, aff. 129/83, Rec. 1984, 2414-2415, § 5.

(73) La même approche fut adoptée aux termes de la Convention de La Haye de 1971, cf. rapport Fragistas, *Actes et documents*, 1969, p. 40.

(74) La référence à la «litispendance définitive» est déroulante, car elle n'est apparemment connue qu'en droit procédural allemand, cf. H. DUNTJER TEBBENS, «Possible Revision of the Brussels and Lugano Convention in the Light of the Case law of the Court of Justice of the European Communities», in *La révision de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales — Una reflexión preliminar española*, A. BORRAS (ed.), Madrid, Marcial Pons, 1998, 50.

(75) Cf. par exemple *Grupo Torras SA c. Sheikh Fahad Mohammed al Sabah*, [1996], 1, *Lloyd's Rep.*, 7; [1995], *ILPr*, 667 (la cour d'appel a exclu la possibilité que le tribunal espagnol puisse être saisi de façon rétroactive à la date de la mise au rôle du tribunal après la signification aux défendeurs anglais).

ger (76). L'évolution du droit anglais, à cet égard, montre que ceci peut entraîner des difficultés considérables. Le rapport Schlosser précisait qu'en droit anglais, les tribunaux sont saisis définitivement au sens de la Convention par l'enregistrement de la citation auprès du tribunal et non par la signification de la citation (77). Cette opinion fut adoptée par les tribunaux anglais (78) jusqu'à ce que la question soit soumise à la cour d'appel dans l'affaire *Dresser* (79). Cette cour estima que le principe de la saisine lors de l'enregistrement contrevenait à la nécessité de protéger le défendeur, celui-ci n'étant nullement informé de la procédure et n'étant donc pas en mesure d'invoquer la litispendance s'il est cité ailleurs. La Cour décida donc qu'au sens de la Convention c'est la date de la signification qui devait commander la saisine, mais que cette règle n'était pas invariable. Dans certains cas, des exceptions pouvaient être admises, notamment en cas de procédure interlocutoire telle une injonction *Mareva*, une ordonnance Anton Piller ou la saisie d'un navire. Dans l'affaire *The Sargasso*, la cour d'appel confirma cette décision tout en décrétant que la signification comme date de saisine était la règle unique et exclusive, sans réserve (80). Il a donc fallu attendre 1994 et deux décisions de la cour d'appel pour que la définition de la saisine en droit anglais soit fixée. Or, les choses pourraient encore changer puisque la Chambre des lords ne s'est pas encore prononcée sur la question (81). La situation est encore plus complexe pour l'Écosse, car la question de savoir quand un tribunal écossais est saisi aux fins de l'article 21 n'y a pas encore été déterminée (82).

26. — Si l'équité à l'égard du défendeur a été l'un des principaux arguments invoqués par la cour d'appel pour choisir la date de la signification plutôt que celle de la citation, le résultat est que les plai-

(76) Dans l'affaire *Grupo Torras SA c. Sheik Fahad Mohammed al Sabah*, [1995], *ILPr*, 667; [1996], 1, *Lloyd's Rep.* 7, l'expertise sur le droit espagnol s'est étendue sur neuf jours et 360 pages de rapport!

(77) Rapport Schlosser, *J.O.*, 1979 C-591/25, §§180 à 182.

(78) Cf. par exemple *Kloechner Co A.G. c. Gatil Overseas Inc.*, [1990], 1, *Lloyd's Rep.*, 177, 204. Cf. également l'opinion de DICEY et MORRIS, *Conflict of Laws*, L. COLLINS et al. (eds), Stevens & Sons, Londres, 11^e éd., 1987, vol. 1, 399 et CHESHIRE and NORTH, *Private International Law*, Londres, Butterworths, 11^e éd., 1987, 324.

(79) *Dresser U.K. Ltd. c. Falcongate Freight Management Ltd.*, [1992], *I.Q.B.*, 502 (C.A.).

(80) *Neste Chemicals SA c. D.K. Line SA, The Sargasso*, [1994], 3, *All E.R.*, 180.

(81) Certains ont critiqué les décisions de la cour d'appel et préconisé un retour à la mise au rôle initiale comme date de saisine, par exemple P. KAYE, «The Date upon which an English Court Becomes 'Seised' of Proceedings under the Brussels Convention: Issue or Service of Process?», *Journal of Business Law*, 1995, 217-242.

(82) P. BEAUMONT, *Anton & Beaumont's Civil Jurisdiction in Scotland. Brussels and Lugano Conventions*, Edinburgh, Green/Sweet & Maxwell, 1995, 172.

deurs désireux de saisir un tribunal anglais sont sérieusement désavantagés en comparaison avec ceux d'autres pays où la signification n'est pas une condition de la saisine. Les divergences entre les législations des États membres au sujet du moment de la saisine peuvent en effet donner lieu à des abus. Considérons le cas suivant : la société A, établie à Anvers, en Belgique, vend des machines industrielles à la société danoise B. Le contrat ne contient aucune clause d'élection de for. Après la livraison de la machine, B s'aperçoit qu'elle n'en a pas vraiment besoin, son carnet de commandes n'étant pas aussi garni que prévu. B décide de retarder le paiement du prix, et reçoit une lettre du conseil de A lui signifiant que, si le prix n'est pas payé immédiatement, une action sera intentée prochainement en Belgique en recouvrement du montant, sur la base de l'article 5(1) de la Convention de Bruxelles, la Belgique étant le lieu d'exécution du paiement. La société B décide d'intenter une action déclaratoire auprès d'un tribunal danois, en plaçant la nullité du contrat en raison de diverses fausses déclarations. L'affaire est mise au rôle au Danemark la veille de la signification de la citation belge. La procédure danoise est donc antérieure parce qu'en droit danois le tribunal est réputé saisi au moment où le document engageant la procédure est enregistré auprès du tribunal (§ 348, Code de procédure civile), alors que le droit belge stipule que le tribunal est saisi au moment de la signification de la citation au défendeur. Dès lors, aux termes de l'article 21, le tribunal belge devra surseoir à statuer et se dessaisir dès que le tribunal danois a statué sur sa compétence.

Les différences entre les règles nationales des États confèrent un avantage certain aux parties désireuses de saisir le tribunal d'un pays où la saisine d'un tribunal est facilement acquise. Le plus gros problème réside dans le fait que dans certaines juridictions, la signification est une condition de la saisine, que la signification soit faite avant ou après que l'action ait été enregistrée auprès du tribunal, et que la signification soit effectuée par un huissier ou par les parties. En dépit de toutes les conventions et des accords bilatéraux en la matière, cette question, la signification internationale, demeure un processus pouvant prendre des semaines, sinon des mois (83). Ces pays perdront donc toujours la course au for lorsqu'ils entrent en concurrence avec une juridiction qui se contente, pour que la saisine soit

(83) Selon Meijnecht, le délai moyen de signification sous le régime de la Convention de La Haye de 1965 est de 4 mois : P. MEIJNECHT, «Naar een nieuwe Europese regeling van de betekening in het buitenland», in *Betekening in het buitenland en de Europese Titel*, Koninklijke Vereniging van gerechtsdeurwaarders, Gouda Quint, Amhem, 1995, 11.

définitive, de l'enregistrement de la citation auprès du tribunal. Les demandeurs désireux de gagner la course au for devront donc éviter le Royaume-Uni (84), l'Allemagne (85), l'Italie (86), l'Autriche (87), les Pays-Bas (88), la Belgique (89) et la France (90).

Dans d'autres pays, notamment dans les États scandinaves, la signification n'est pas requise pour la saisine du tribunal. Celle-ci est réputée acquise au moment où le document instituant la procédure est enregistré auprès du tribunal (91). Les plaideurs de ces derniers pays bénéficieront d'un avantage dans toute course au for. Des juristes

allemands ont comparé cette situation à la fable de La Fontaine sur le lièvre et la tortue (92). Même lorsque la signification est une condition de la saisine dans les deux juridictions concernées, la procédure instituée dans les pays exigeant que la citation soit effectivement signifiée au défendeur sera aisément supplantée par celle introduite là où cette signification peut être effectuée au parquet. Il n'est donc pas surprenant que les commentateurs soient unanimes à critiquer cette nouvelle manifestation d'une «Europe à deux vitesses» (93).

27. — On ne saurait nier que l'absence d'une définition autonome va à l'encontre de l'équité procédurale. La question demeure cependant de savoir si cette situation constitue en tant que telle une violation de l'égalité procédurale entre les parties. Le principe d'égalité des armes n'exige pas une égalité absolue entre le demandeur et le défendeur. Des inégalités mineures sont tolérables pour autant qu'elles n'affectent pas l'équité globale de la procédure. La Commission européenne des droits de l'homme a par exemple décidé que le fait que l'autorité chargée des poursuites, en droit luxembourgeois, bénéficiait d'un délai d'appel plus long que celui dont disposait l'accusé, ne constituait pas en soi une violation de l'article 6 (94).

Une partie désireuse d'intenter une action dans un pays plus «lent» sera empêchée de le faire. Ceci constitue-t-il une violation de l'égalité des armes? Il est vrai que le premier tribunal saisi est par hypothèse compétent aux termes des Conventions, et que cela devrait garantir, tout au moins en théorie, l'existence d'un lien substantiel avec le litige, de sorte que la partie qui a perdu la course au for ne pourrait pas soutenir qu'elle est contrainte de plaider devant un tribunal oppressif ou autrement vexatoire. Il est vrai également qu'être contraint de défendre sa cause devant un tribunal européen autre que celui que l'on espérait, ne compromettra pas, en principe, le droit de cette partie à un procès équitable, puisque tous les États européens souscrivent au principe du procès équitable et aux autres droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme.

(84) Tout au moins pour l'Angleterre, cf. *supra*. Cf. également P. HUBER, «Art. 21 EuGVÜ und Rechtshängigkeit in England — Enté der Debatte», *IPRax*, 1995, 332-334.

(85) En vertu du § 261(1) de la *Zivil Prozessordnung* une action est pendante («*rechshängig*») à partir de l'«*Erhebung der Klage*» (signification de conclusions au défendeur), § 253(1) *ZPO*. La signification a lieu après que les conclusions ont été enregistrées au tribunal. Celui-ci se charge de la signification au défendeur. Cf. P. SCHLOSSER, *EuGVÜ, Europäische Gerichtsstands- und Zustellungsvereinbarungen mit Luganer Übereinkommen und den Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme*, Munich, 1996, 127; R. GENIER, *op. cit.*, Verlag Otto Schmidt, 1997, 677, n° 2699; J. KROCHOLLER, *op. cit.*, Heidelberg, Recht & Wirtschaft, 1996, 280, n° 13.

(86) Voy. A. DI BLASE, *op. cit.*, Padova, Cedam, 1993, 102 qui se réfère à l'article 39 du *Code de procédure civile*, selon lequel le tribunal est saisi lorsque la citation a été dûment signifiée au défendeur. La signification précède la mise au rôle.

(87) Le § 232(1) *ZPO* exige que les conclusions soient mises au rôle, et également signifiées au défendeur, pour que l'action soit «*Streitshängig*». La date de signification est déterminante, cf. M. WITTSCHLAGER, *op. cit.*, 120-121. Pour la Suisse, cf. B. Ger., 26 septembre 1997, *A.T.F.*, 123, [1997], II, 44.

(88) Le tribunal est saisi lorsque la citation — «*dagvaarding*» — est signifiée au défendeur. Cf. P. VLAS, «Article 21», in *Burgerlijke rechtsverdring — Verdragen*, Kluwer, Deventer, p. A-356; J. VERHEUL, *Rechtsmacht in het Nederlandse Internationaal Privaatrecht — Het E.G.G. Bevoegdheids — en Executieverdrag*, Antvers, Maarten Kluwer, 1982, 127. Par exemple Rechtbank Amsterdam, 13 mars 1996, *N.I.P.R.*, 1996, n° 434.

(89) Une action ne peut être entendue par un tribunal qu'après sa mise au rôle, ce qui a lieu après que la citation a été signifiée au défendeur (art. 718, C. jud.). Selon la Cour de cassation, seule la signification décide du moment de la saisine du tribunal. L'enregistrement auprès du tribunal ne fait que confirmer la signification. Cf. Cass., 1^{er} octobre 1990, *J.T.*, 1992, p. 475, obs. J.F. ROMAIN; Cass., 4 mars 1994, *R.W.*, 1994-1995, 93; Cass., 9 décembre 1996, *R.W.*, 1996-1997, 1296, obs. S. GÉRONIS. Il reste cependant à savoir si cette opinion, adoptée dans des affaires purement internes, vaut également pour l'article 21.

(90) L'article 757 (1) du Nouveau Code de procédure civile (tribunal de grande instance) et l'article 837 (1) (tribunal de commerce) disposent que le tribunal est saisi par l'enregistrement au tribunal d'une copie de l'assignation signifiée («la remise au secrétariat-greffe d'une copie de l'assignation»), *cf. p. ex. Cass.*, 4 oct. 1994, *D.*, 1994, I.R., 255. Voy. pour détails H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé — Procédure de première instance*, Sirey, Paris, 1991, 417; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, D., 1996, 505-506 et J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, 281.

(91) Cf. section 1 (2) du chapitre 5 du Code finlandais de procédure judiciaire, et la section 4 (3) du Code suédois de procédure judiciaire, discutées par G. MÖLLER, «The Date Upon Which a Finnish and a Swedish Court Become Seised for the Purpose of the European Judgment Convention», in «*E Pluribus Unum*», *Libet Amicorum G. Droz — On The Progressive Unification of Private International Law*, A. BORRAS et al. (eds), Martinus Nijhoff, La Haye, 1996, 221. Pour la Suède, *cf. le jugement du tribunal du travail cité par L. PALSSON*, «The Lugano Convention in Sweden», *IPRax*, 1999, (52), 56. Pour plus de détails, *cf. L. PALSSON*, «*Lis Pendens under the Brussels and the Lugano Conventions*», in *Festskrift till Stig Strömholm*, II, A. FRANDBERG et al. (eds), Jus-Forlag, Uppsala, 1997, (709), 718-722. Cf. également le § 348 de la loi danoise *Lov om rettsforpligtig* et la section 63 du Code de procédure civile norvégien, qui disposent que le tribunal est saisi au moment où il reçoit la citation. Le tribunal se charge ensuite de la signification.

(92) R. GENIER, *op. cit.*, Köln, Verlag Otto Schmidt, 1997, 677, n° 2700.

(93) H. LINKE, «*Quelques questions relatives à la litispendance et à la reconnaissance des jugements*», in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Londres, Butterworths, 1993, 181. Cf. également G. DROZ, «*Synthèse des discussions*», in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Londres, Butterworths, 1993, 266; J.J. FAWCETT, «*General Report*», in *Declining Jurisdiction in Private International Law*, *op. cit.*, 34; W. HAU, *op. cit.*, 148; A. DI BLASE, *op. cit.*, 104; H. SCHACK, *op. cit.*, 296-297.

(94) Décision du 8 juillet 1985, requête n° 10142/82, *U. c. Luxembourg*, D.R., 42, p. 86.

Il ne faut pas oublier cependant que le choix du for peut exercer une influence déterminante sur le résultat du litige. Le manque d'équité à l'égard de la partie ayant perdu la course au for ne se limite en effet ni à l'article 21 ni à la détermination de la compétence. Le fait qu'un tribunal et non un autre soit appelé à se prononcer sur une cause, aura une influence sur des questions aussi diverses et importantes que le droit applicable, la possibilité de disposer d'une assistance judiciaire ou de conclure un pacte de *quota litis*, les moyens d'actions disponibles, ainsi que les perspectives d'exécution d'un jugement à venir. Au vu des conséquences du choix du for, il faut reconnaître que, dans l'état actuel du droit, les deux parties ne sont pas sur un pied d'égalité. L'adoption d'une définition autonome du moment de la saisine pourrait contribuer à rétablir l'égalité entre les parties.

28. — Il ne faut pas dès lors s'étonner que divers commentateurs aient tenté de trouver une définition autonome du moment de la saisine d'un tribunal. Avant d'examiner leurs propositions, il faut noter qu'adopter une autre méthode que l'approche strictement chronologique pour résoudre le problème de la concurrence de juridictions, éliminerait la nécessité d'une définition autonome. Mais l'introduction d'une règle de litispendance plus souple irait sans doute au prix d'une sécurité juridique moindre que celle garantie par la règle rigide du premier saisi, et l'on peut douter que les États contractants soient disposés à échanger cette sécurité juridique pour une plus grande souplesse.

Il convient également d'observer que le problème posé par l'article 21 disparaîtrait si les États contractants unifiaient ou harmonisaient les différentes démarches conduisant à la saisine. Il faut cependant reconnaître qu'une harmonisation dans ce domaine à court ou même à moyen terme n'est pas réaliste, si tant est qu'elle est nécessaire (95).

Enfin, il ne faut pas oublier que, dans la plupart des États, la définition du moment de la saisine n'a pas encore donné lieu à un débat spécifique. Les tribunaux et les commentateurs s'y réfèrent simplement à la définition retenue pour les questions purement internes, sans se demander si cette définition peut également convenir aux fins

(95) Cf. l'approche prudente préconisée par la commission Storme : M. STORME et A. HUSS (eds), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne*, Nijhoff, Dordrecht, 1994, pp. 75-87.

de l'article 21 (96). On ne saurait pourtant ignorer que les litiges internationaux, fussent-ils seulement européens, suscitent des questions et des inquiétudes autres que les litiges purement nationaux. Comme le dit L.J. Bingham, les tribunaux devraient « se méfier de l'adoption et de l'application de règle élaborée à une fin différente et dans des circonstances différentes » (97). Ceci est d'autant plus vrai que la plupart des règles nationales relatives à la date de la saisine, ont été pensées pour des questions telles que la prescription de l'action, et non dans le contexte des procédures parallèles. Il semble que seuls les tribunaux suisses et anglais aient abordé la question de la date de saisine en tenant dûment compte de la spécificité de l'article 21 (98).

Il n'est dès lors pas exclu qu'en temps utile, les tribunaux des États contractants adoptent des règles spécifiquement adaptées aux fins de l'article 21. De récents commentaires donnent même à entendre que ces règles pourraient s'écarter des opinions traditionnelles et s'inscrire dans un moule à orientation plus européenne. Möller a par exemple soutenu que les règles finlandaises et suédoises, selon lesquelles une action est pendante dès que la citation a été enregistrée auprès du tribunal, ne sont pas de nature à créer une litispendance « définitive » comme exigé par la Cour de justice. Il préconise un changement de ces règles en conformité avec l'évolution de la jurisprudence anglaise et avec l'opinion de l'avocat général Mancini selon laquelle la saisine ne devrait pas être acquise avant la signification de la citation au défendeur (99).

(96) Dans certaines juridictions, les tribunaux ne se sont pas encore prononcés à ce sujet, même pour adopter des règles purement nationales. Voy. par exemple pour le Luxembourg, J.-C. Wivrius, « Les Conventions de Bruxelles de 1968 et de Lugano de 1988 à travers la jurisprudence luxembourgeoise », in *Mélanges dédiés à la mémoire de F. Schockweiler* — *Bulletin du cercle F. Laurent*, 1998, I, 112, § 90. La situation en Espagne n'est pas très claire non plus. Selon le jugement du Tribunal suprême du 25 février 1983, le tribunal est réputé saisi au moment de la « présentation » de l'action au tribunal. La signification a lieu après. Mais dans l'affaire *Gruppo Torres*, la cour d'appel anglaise a décidé, après avoir longuement entendu des avocats experts, qu'en droit espagnol le tribunal était saisi par la date de mise au rôle et de signification au défendeur (pour plus de détails, cf. H. DOUTIER TEBBENS, *op. cit.*, 51-53). Un auteur a même évoqué à ce sujet une « anarquía legislativa », E. BAZAGA, *op. cit.*, 144-145.

(97) *Dresser UK Ltd. and others c. Falcongate Freight Management Ltd. and others* (*The Duke of Yare*, [1992], 2, *All ER*, (450), 460 H).

(98) Cf. *Dresser UK Ltd. and others c. Falcongate Freight Management Ltd. and others* (*The Duke of Yare*), [1992], 2, *All ER*, 450 et en Suisse, BGER., 26 septembre 1991, *A.T.F.*, 123, [1997], II, 44 et l'affaire jumelle devant les tribunaux anglais : *Polly Peck International plc c. Citibank NA*, [1994], *I.L.Pr.*, 71.

(99) G. MÖLLER, *op. cit.*, 230-233, citant Foch, in *UJF*, 1989, B, pp. 386-389 (pour le Danemark) et GÖRANSON, in *Process och exekution* — *Vanbök till Robert Roman*, 1990, 107-131.

Mais une réflexion spécifique sur l'article 21, si bienvenue soit-elle, ne pourra pas faire un sort à tous les problèmes. Les modalités de la signification au défendeur, par exemple, seront toujours différentes et créeront des inégalités. Les pays où la signification à un défendeur étranger s'opère simplement par la remise de la citation au ministère public, conserveraient un sérieux avantage sur ceux qui exigent la signification effective au défendeur pour que l'action soit « définitivement pendante ». C'est pourquoi la nécessité d'une définition autonome gardée toute sa force.

29. — Une définition autonome peut s'inspirer de différents modèles. Tout d'abord, une définition européenne peut prendre modèle sur la règle des pays « lièvres », c'est-à-dire saisine au jour de la remise ou de l'enregistrement de la citation au tribunal. Une telle règle présenterait l'avantage de la simplicité et de la certitude, étant donné qu'elle élimine la nécessité de déterminer à quel moment la signification est réputée avoir lieu. Toutefois, la date d'enregistrement de la citation ne saurait être retenue comme norme européenne sans sacrifier les intérêts de pays comme la Belgique ou la France, où la citation est enregistrée auprès du tribunal après avoir été signifiée au défendeur. En outre, l'enregistrement ou la délivrance de la citation n'est qu'une formalité purement administrative dans certains pays comme l'Angleterre, où elle consiste à présenter au greffe du tribunal approprié un document qui, après paiement de la redevance, est muni du sceau officiel du tribunal portant la date de délivrance. Pour les affaires relevant de la Convention, la délivrance d'une citation n'exige pas du tribunal qu'il prenne une décision et n'impose pas au demandeur l'obligation de la faire signifier au défendeur. On hésitera donc à donner beaucoup de poids à ce qui ne représente qu'une démarche préliminaire.

30. — À l'autre extrémité du spectre, il est clair que la date de la signification comme date de saisine, même si elle constitue apparemment la règle majoritaire, est, elle aussi, loin d'être idéale. Tout d'abord, la date de la signification n'est utile que pour autant que les États contractants soient d'accord sur une définition uniforme du moment où cette signification est réputée avoir eu lieu. La signification internationale d'une citation exige la transmission d'un acte par une série d'intermédiaires. Alors que certains pays, l'Allemagne par exemple, exigent que toutes les étapes aient été franchies pour que la signification soit réputée faite, d'autres pays, comme la France, se contentent de la transmission aux services du ministère public. La

récente Convention européenne sur la signification (100) n'assure pas l'uniformité tant souhaitée. Son article 9 dispose que la date de la signification sera déterminée conformément au droit de l'État destinataire du document. Cette règle est d'ailleurs conditionnelle, car, lorsque les intérêts du requérant sont en jeu, c'est le droit de l'État de la procédure qui décide de la date de la signification. Pour compléter encore les choses, les États peuvent formuler des réserves à l'égard de l'article 9. Il est donc évident que si la date de signification devient la règle aux termes de l'article 21, il faudra que les États s'accordent auparavant sur une définition claire du moment de la signification, pour ne pas risquer de remplacer un concept non uniforme par un autre!

La date de la signification est également source de difficultés lorsque le demandeur affronte plusieurs défendeurs, puisque la citation pourra être signifiée à chacun d'eux à des dates différentes. Le choix de la date de signification revient également à retirer la question des mains du demandeur : dès qu'il a transmis le document au premier intermédiaire, il n'exerce plus aucun contrôle sur les étapes suivantes. Comme l'écrit Palsson, « il semble injuste que le demandeur doive supporter le risque de retards possibles dans la procédure de signification, puisque cette procédure échappe à son contrôle » (101). Alors que le demandeur perd le contrôle de la signification, le défendeur, quant à lui, peut parfois tenter délibérément d'éviter cette signification et profiter du retard ainsi créé pour intenter une action dans une autre juridiction. Compte tenu de tous ces problèmes, il semble impossible de greffer une définition autonome sur la seule date de signification.

31. — Ceci explique pourquoi la Commission a suivi une autre voie dans la proposition qu'elle a soumise pour la révision des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Elle y suggère d'appliquer cumulativement les deux dates généralement adoptées. Aux termes du nouvel article 21, une action serait pendante après avoir été soumise au tribunal, par exemple après enregistrement du document introduit-

(100) Convention sur la signification, entre États membres de l'Union européenne, de documents judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale du 26 mai 1997, *J.O.C.E.*, 1997 C-261/1, pas encore en vigueur.

(101) L. PALSSON, *op. cit.*, 721. Cf. également W. HAU, *op. cit.*, 150-151.

tif d'instance et après que ce document ait été signifié au défendeur (102).

Cette proposition éliminerait certainement l'effet «lièvre», disons des pays scandinaves. Mais on peut se demander si elle aboutirait à l'uniformité si nécessaire. L'approche cumulative ne résout nullement le problème de la définition du moment de la signification, lequel est laissé au droit national des États signataires.

On peut en dire autant de l'approche duale adoptée par la commission Storme, qui distingue selon que la première étape menant à la saisine est la mise au rôle ou la signification de la citation. Dans le premier cas, le tribunal est saisi à la date de mise au rôle de la citation, à condition que celle-ci soit signifiée dans les trois mois suivants. Lorsque la signification précède la mise au rôle, la procédure est réputée pendante à la date de signification, mais cette date n'est décisive que si la citation est enregistrée par le tribunal «dans le délai prévu par la loi» (103). Une fois encore, aucune définition n'est donnée du moment auquel la signification est réputée avoir été faite, ce qui laisse le champ libre aux différences nationales. Les pays appliquant le premier principe conserveront un net avantage sur les autres, la mise au rôle ou l'enregistrement de la citation étant une question d'heures ou tout au plus de jours, alors que la signification prend des semaines, sinon des mois.

32. — Bien qu'une définition autonome et communautaire de la date de saisine bénéficie d'un soutien presque unanime, une proposition qui surmonterait toutes les objections n'a pas encore vu le jour. La recherche d'une solution idéale ne devrait cependant pas distraire les États signataires de leur objectif premier : s'accorder sur une solution uniforme, quelque imparfaite qu'elle puisse être.

33. — Examiner l'article 21 à la lumière de principes plus larges, comme l'égalité des armes, ouvre une perspective nouvelle sur cette disposition. Nous avons ainsi constaté que l'interprétation extrêmement large de l'identité objective des actions peut s'entendre comme un soutien bienvenu pour les défendeurs «naturels», même si elle leur

fournit les clés du «paradis» du *forum shopping*. Il en ressort également que s'accorder sur une définition uniforme de la date de la saisine devrait être une tâche primordiale du groupe de travail chargé de faire entrer les Conventions de Bruxelles et de Lugano dans le XXI^e siècle. Le droit à un procès équitable pourrait se révéler également utile lorsque l'on considère la «torpille italienne». Mais il faut reconnaître que l'ordre du jour du groupe de travail est déjà suffisamment ambitieux.

(102) *J.O.C.E.*, 31 janvier 1996, C-33/25. Il est difficile de comprendre pourquoi la nouvelle Convention de Bruxelles (II) sur la compétence et la reconnaissance en matière de divorce n'inclut pas une définition autonome du moment de la saisine (art. 11 de la nouvelle Convention). *J.O.C.E.*, 16 juillet 1998, C-221/4. Le rapport Borrás discute en détail cette disposition (pp. C-221/45 à C-221/47), mais ne mentionne même pas la question de la définition du moment de la saisine.

(103) Principes 2.2.2.1 et 2.2.2.2, in M. STORME et A. HUSS (éds), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne*, Nijhoff, Dordrecht, 1994, 193.