

La globalisation du procès civil international (dans l'espace judiciaire européen et mondial)

par Marie-Laure Niboyet
Professeur à Paris X-Nanterre
Membre du centre de droit civil des affaires et du contentieux économique

L'actualité jurisprudentielle projette une lumière très vive sur les enjeux, encore plus essentiels aujourd'hui que naguère, qui s'attachent au choix de la juridiction à saisir dans le contentieux privé international, comme sur les dangers des stratégies procédurales des parties pour en tirer le meilleur parti.

Voilà un juge anglais saisi par des sociétés canadiennes qui lui demandent de délivrer un *freezing order* pour geler dans le monde entier les avoirs de leur débiteur de nationalité allemande, domicilié en France¹.

Voilà dans une autre affaire un juge italien saisi en violation d'une clause attributive de juridiction désignant les juridictions autrichiennes d'une action visant à obtenir une déclaration de non imputabilité de la rupture d'un contrat, dans le but de profiter de la règle *prior tempore* et de paralyser toute procédure ultérieure devant le juge désigné par la clause².

Le débat est actuellement ouvert devant une cour fédérale américaine d'apprécier l'opportunité de la certification par le juge américain d'une *class action* introduite par les actionnaires en grande partie européens d'une société française à la faveur de la compétence du juge américain pour se prononcer sur les fausses déclarations des dirigeants ayant eu pour effet de faire chuter la valeur des titres de cette société sur le marché américain³.

Dans un tout autre registre, on s'aperçoit que dans les premières applications du règlement CE sur la compétence internationale en matière de divorce, les époux se lancent, presque systématiquement, dans des procédures parallèles dans des pays différents, pour saisir le plus rapidement possible le juge qu'ils présumant le plus enclin à satisfaire leurs intérêts⁴.

Le point commun entre toutes ces affaires est la volonté des plaideurs d'exploiter la diversité des systèmes juridiques. Ils recherchent tantôt les règles de procédure les plus adéquates (le système probatoire le plus performant, le type d'action en justice le plus efficace), tantôt les

* Cet article est issu d'une conférence présentée à la Cour de cassation le 15 novembre 2005 dans le cycle de conférences-débats sur la procédure civile.

¹ Aff. Sotlzenberg, CA Paris 5 oct. 2000 et 4 juin 2001, RCDIP 2002, p.704, note H.Muir Watt ; Gaz.Pal. 23 juil.2002, p.26, et la note ; Cass.1^{ère} civ. 30 juin 2004, RCDIP 2004, p.815, note H.Muir Watt ; JCP G. 2004, II, 10198, avis de M Sainte-Rose, RTDciv.2004, p.549, obs.P.Théry ; Gaz.Pal. 15 nov.2005, p. 28, et la note ; JDI 2005, p.114, note G.Cuniberti

² aff. Gasser, CJCE 9 dec.2003, RCDIP 2004, p.450, note H.Muir Watt

³ aff. Vivendi citée par M-A Frison-Roche, « les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action : obstacles et compatibilités », PA 10 juin 2005, p.2, note 2

⁴ CA Paris 19 décembre 2002, JDI 2003, p.811, note A.Boiché ; CA Aix-en-Provence 18 nov.2004, Gaz.Pal.15 janv.2005, p.37 et p.20 l'article de P.Guez, « La notion de résidence habituelle au sens du règlement « Bruxelles II », à propos de CA Aix-en-Provence », 18 nov. 2004 ; CA Aix-en-Provence 21 oct.2004, n.03/13703 inédit.

règles substantielles les plus favorables, tantôt encore le juge culturellement le plus sensible à certains type d'intérêts, ou encore ils tentent une manœuvre purement dilatoire pour que le procès s'enlise ou pour affaiblir par harcèlement le demandeur.

C'est le problème classique du *forum shopping* qui empoisonne depuis toujours les relations de droit international privé. Mais ce poison tend à se répandre aujourd'hui avec d'autant plus d'efficacité que les systèmes juridiques se décroissent pour laisser place à des espaces de libre-échange et que les cabinets d'avocats s'internationalisent pour répondre aux nouveaux besoins créés par ces espaces de liberté.

La comparaison des avantages respectifs des différents droits est en effet facilitée pour les avocats du fait de l'organisation des cabinets en réseaux. L'on ne saurait leur reprocher, car l'on peut penser que c'est la condition de leur existence dans le marché mondial du droit. Mais ne peut-on pas craindre que leur zèle ne soit stimulé par une sorte de commercialisation du métier ? N'a-t-on pas vu certains avocats, à l'affût des dossiers à dimension internationale, se vanter de proposer la meilleure stratégie procédurale, parfois en faisant des offres sur internet, au mépris des règles de la déontologie ? C'est une nouvelle tendance, qui est certes encore très exceptionnelle en France, mais qui pourrait se développer à l'instar des pratiques américaines, et qui doit être prise en compte.

Ainsi, la gestion internationale du contentieux privé international par les parties pourrait devenir la règle du jeu et non plus le phénomène somme toute assez marginal et assez paisible que l'on connaissait jusqu'à présent.

Face au risque de développement de ces pratiques, deux postures sont concevables.

La première posture consisterait à rester compartimenté, chacun dans son propre système, et à se contenter d'attendre le stade de la reconnaissance du jugement prononcé à l'étranger pour s'y opposer, le cas échéant.

Cette attitude présente l'inconvénient de laisser le marché du droit s'autoréguler, au risque d'une instrumentalisation de la justice par les plus forts ou les plus retors, et de provoquer des situations de blocage avec des risques de conflits de jugements. De surcroît, une réaction *a posteriori* n'est pas toujours efficace, du fait du libéralisme de plus en plus grand du contrôle exercé sur les jugements étrangers, sans compter les frais que cela occasionne aux plaideurs obligés de se défendre dans plusieurs procédures.

La seconde posture s'efforcerait de déjouer les stratégies procédurales en tentant de fixer les limites du jeu et en chargeant le juge de veiller au respect de ces limites. Cette attitude implique plus d'ouverture aux systèmes étrangers et une recherche, dès le déclenchement des premières offensives du combat judiciaire, d'une coopération internationale entre les juges.

A la gestion internationale de la procédure par les parties pourrait ainsi correspondre une coordination internationale du règlement du litige par une approche globale – ou globalisation du procès civil international - prenant en compte toutes les implications à l'étranger du procès soumis au juge du for, du moins autant que faire se peut.

Il faut préciser toutefois que le terme de globalisation n'est pas employé ici dans le sens d'une traduction dans les règles de droit du phénomène de la globalisation économique. Cette forme

de globalisation, que certains auteurs ont appelé la « globalisation matérielle »⁵, s'applique à la globalisation de l'objet sur lequel porte le droit.

La doctrine française commence à s'y intéresser. Ainsi peut-on concevoir des règles de conflit particulièrement adaptées à certains domaines, comme celles qui concernent le *cyberspace* ou des règles de compétence universelle dans le domaine des droits de l'homme ou encore des règles permettant aux victimes de pratiques de délocalisation des entreprises d'exercer un rôle régulateur⁶.

C'est tout à fait passionnant mais le propos est ici différent.

L'expression est prise dans le sens d'une globalisation du droit lui-même, ce qu'on a désigné comme « la globalisation légale ou juridictionnelle »⁷ et qui peut s'appliquer très bien à la recherche d'une convergence de vues entre des juges de pays différents sur le traitement procédural des litiges internationaux.

Les deux formes de globalisation, globalisation matérielle et globalisation légale, sont de toute façon en relation avec l'internationalisation des échanges économiques comme l'a montré le colloque organisé il y a quelques années par le CREDIMI sur la mondialisation du droit⁸.

Le terme de globalisation paraît préférable à celui de mondialisation, malgré sa résonance anglo-saxonne. Il exprime bien la double dimension horizontale et verticale du phénomène étudié: une dimension horizontale, parce qu'on suit le déroulement du procès dans tous les pays où il est susceptible d'émerger, et parce qu'il y a une coopération transfrontière de juge à juge ; mais aussi une dimension verticale car, comme toutes les questions de procédure, elle suppose un instrument normatif conférant ce pouvoir de coopération transfrontière et surtout une idée de mise en ordre d'éléments dispersés, de coordination des procédures locales.

De tels instruments de coopération judiciaire, on en dispose aujourd'hui dans les relations intracommunautaires, dans ce qu'il est convenu d'appeler l'espace judiciaire européen, et l'on pourrait ajouter le qualificatif global (I).

Mais cet espace global n'est encore que très partiellement réalisé, dans la mesure où ces instruments ont en réalité un domaine matériel très limité et ne sont pas dépourvus de certaines déficiences.

Cette fragmentation et cette fragilité des instruments produisent des failles dans l'espace judiciaire européen global, failles au travers desquelles se dressent les frontières encore bien réelles entre les systèmes juridiques des différents Etats membres (II).

⁵Voir N Hatzimihail et A.Nuyts, « judicial cooperation between the united states and Europe in civil and commercial matters : an overview of issues », in *International civil litigation in Europe and relations with third states*, Bruylant 2005, p.7

⁶ voir le remarquable cours de H. Muir Watt sur les « Aspects économiques du droit international privé (l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », RCDAl 2004, 307

⁷ cf. l'article précité de MM Hatzimihail et Nuyts

⁸ La mondialisation du droit, sous la direction de Eric Loquin et Catherine Kessedjian, Litec 2000

Pour atteindre une pleine coordination des procédures transfrontières, il paraît donc nécessaire de renforcer la coopération judiciaire sur le modèle d'instruments plus avancés, conçus, paradoxalement, dans l'optique de leur application à l'espace mondial.

C'est le paradoxe. On est allé plus loin en matière de coopération judiciaire dans l'espace mondial, du moins dans les projets et les propositions doctrinales, que dans l'espace judiciaire européen. Il faut donc s'inspirer de cette réflexion pour intensifier la coopération judiciaire européenne (III).

1- La création d'un espace judiciaire européen global

La coopération judiciaire européenne se réalise désormais dans l'« espace de liberté, de sécurité et de justice » mis en place par le traité d'Amsterdam⁹. La question est bien connue et l'on peut se contenter de rappeler très brièvement les fondements de cette coopération judiciaire européenne et son principal outil.

A- Les fondements de la coopération judiciaire européenne

L'espace judiciaire européen repose sur trois axiomes.

Les juges de tous les Etats membres sont considérés dans les autres Etats membres comme des juges nationaux. Les institutions et les décisions des systèmes juridiques des divers Etats membres sont fongibles, ou du moins ont vocation à le devenir. Elles font l'objet d'une reconnaissance mutuelle dans les autres Etats membres.

Les nouveaux instruments qui intéressent au premier chef la pratique judiciaires sont les suivants : la coopération dans la recherche des preuves (règlement CE n.1206/2001 du 28 mai 2001) ; l'élaboration de titres immédiatement exécutoires (règlement CE sur le titre exécutoire européen n. 805/2004 du 21 avril 2004 et règlement dit Bruxelles 2 Bis n. 2201/2003 du 27 novembre 2003) ; et la décision du conseil portant création du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale (Dec.28 mai 2001, n.2001/470).

B- L'outil de la coopération judiciaire européenne

L'outil de cette coopération judiciaire européenne est le réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale. C'est grâce au réseau judiciaire européen que s'établissent les relations verticales et horizontales nécessaires.

Les relations verticales s'effectuent dans les sens descendant et ascendant. Elles ont pour objet de diffuser l'information sur les actes communautaires et de faire remonter aux autorités centrales les difficultés d'application. La structure est pyramidale. Au sommet l'on trouve « les points de contact » nommés par les Etats membres. En France ce sont des personnes du

⁹ sur le fondement des articles 62 et suivants du traité CE ; sur les enjeux de la communautarisation de la discipline, voir notre rapport en droit judiciaire interne et international, in La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres, sous la direction de J-S Bergé et M-L Niboyet, Bruylant 2003, et Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ? sous la direction de A-M Leroyer et E Jeuland, Dalloz, thèmes et commentaires 2004

Ministère de la Justice. Ces points de contact sont en relations suivies avec les membres de la Commission, avec les points de contact des autres Etats membres, avec les autorités judiciaires nationales et avec les éléments de la base du réseau. La base est constituée de l'ensemble des membres du réseau. En France ce sont des magistrats dans le ressort de chaque Cour d'appel, en métropole et hors métropole. Ce sont eux qui facilitent les relations horizontales.

Les relations horizontales s'établissent entre juges d'Etats membres différents. Elle sont destinées à la mise en commun des expériences et au suivi des demandes de coopération judiciaire. Les magistrats d'Etats membres différents sont ainsi invités à se concerter avant de choisir une mesure d'instruction s'exécutant sur le territoire d'un autre Etat, avant de prendre une décision relative au retour d'un enfant déplacé illicitement, ou même en dehors du domaine des actes communautaires prévoyant des mécanismes spécifiques de coopération judiciaire, à l'occasion de telle ou telle affaire à dimension transfrontière qu'ils ont à traiter.

On peut parler d'espace global parce qu'on dépasse le cloisonnement des systèmes nationaux pour faire comme si tout se passait dans un espace unique élargi à l'ensemble des territoires des Etats de la communauté, mieux même que dans les relations purement internes où il n'y aucune structure comparable à celle du réseau, susceptible d'organiser de telles relations entre magistrats. Cette globalisation n'est cependant pas sans faille.

2- Les failles de l'espace judiciaire européen global

Les premières tiennent aux limites du domaine matériel des instruments, les secondes aux limites des mécanismes eux-mêmes de cette coopération.

A- Les failles produites par la fragmentation des instruments communautaires.

Comme tous les actes communautaires, les instruments de coopération judiciaire couvrent un champ matériel bien délimité. Les frontières subsistent dans les interstices. L'harmonisation de la coopération judiciaire doit alors se combiner avec l'autonomie des Etats membres dans le domaine des droits matériels, de la procédure ou des voies d'exécution.

Les difficultés peuvent provenir soit de l'étanchéité des frontières soit à l'inverse de leur porosité.

L'application du règlement obtention des preuves peut illustrer la première sorte de difficultés.

Supposons un juge français dont le concours est sollicité par un juge allemand – saisi au principal- en vue de l'obtention d'une pièce détenue par un tiers en France. Le juge français peut-il d'office enjoindre au tiers, sous astreinte, la production de la pièce recherchée ? Certes, le juge requis, en l'occurrence le juge français, exécute, selon ce règlement, la mesure d'instruction demandée, conformément à son droit national¹⁰. Et le droit français autorise tout juge, y compris semble-t-il, le juge de la mise en état, à assortir ses décisions d'une astreinte¹¹. Mais la menace d'une astreinte n'est efficace que si elle peut déboucher sur une mise à exécution, laquelle suppose la liquidation de l'astreinte. Or, sans demande en justice

¹⁰ art.10-2 du règlement

¹¹ cf. l'art. 33 de la loi du 9 juil.1991

formée par l'une des parties, il n'est pas concevable de liquider une astreinte. C'est le caractère de peine privée de l'astreinte qui l'impose. Et la demande formée devant le juge allemand ne peut pas valoir acte de saisine du juge français, lequel, dans cet exemple, n'est saisi que par le juge allemand – et non par l'une des parties - d'une mesure de coopération judiciaire. Le juge requis n'est que la main du juge requérant pour exécuter la mesure d'instruction requise, il n'est pas le juge du litige. La saisine du juge allemand n'emporte donc pas saisine du juge français. Du reste, le juge allemand dans cette hypothèse peut très bien ne pas être saisi d'une demande de prononcé d'une astreinte, car l'astreinte présente en droit allemand un double caractère civil et pénal à la différence du droit français qui n'y voit qu'une peine privée.

On le voit, malgré le renforcement de la coopération judiciaire réalisée par le règlement obtention des preuves, on ne peut pas gommer totalement le phénomène de la frontière. La discontinuité des systèmes nationaux subsiste. Certes, le problème n'est pas insoluble mais il nécessite une adaptation du droit interne. Il faudrait admettre, par exemple, que la partie au litige pendant devant le juge allemand puisse former devant le juge français une demande limitée à la liquidation de l'astreinte, ou bien réformer plus radicalement le droit français de l'astreinte pour en faire une sanction pénale.

On peut imaginer aussi que le règlement Bruxelles I¹², qui remplace la convention de Bruxelles, puisse être le vecteur de l'introduction en France de certaines formes d'actions de groupe, comme celles prévues par d'autres Etats membres, notamment la toute nouvelle action allemande ouverte aux porteurs de titres dans une société commerciale victimes de fausses déclarations des dirigeants sur l'activité de la société¹³. De telles actions ne sont pas encore admises en France. Le débat est encore très passionné sur le sujet¹⁴. Mais pourrait-on s'opposer à la reconnaissance en France d'un jugement allemand prononcé sur une procédure modèle, celle d'un plaignant choisi au sein d'un groupe d'investisseurs, et produisant effet, selon cette nouvelle loi allemande, à l'égard de tous les plaignants qui ont accepté de se joindre au groupe et qui ont tous été appelés à faire valoir leurs moyens ? Il n'est pas certain que l'exception d'ordre public ni les contours de l'autorité de chose jugée puissent dans cet exemple précis – exemple d'une *class action* fondée sur le système de *l'opt in* et parfaitement respectueuse du principe de contradiction – faire obstacle à la reconnaissance de ce jugement ni surtout qu'il soit opportun d'en décider ainsi. Dans cet exemple l'instrument communautaire de coopération judiciaire risque de bousculer les traditions juridiques de certains Etats membres.

Mais la difficulté la plus sérieuse qui émerge très nettement du contentieux aujourd'hui est celle des conflits de procédures parallèles dans l'espace européen. Elle est encore très mal résolue par le droit communautaire.

B- Les failles produites par la déficience des instruments de coopération

¹² Règlement CE n.44/2001 du 22 décembre 2000

¹³ loi du 16 août 2005, voir <http://www.bmj.bund.de/media/archive/996.pdf>.

¹⁴ voir S.Guinchard, « Une *class action* à la française ? », D. chr.p.2180

La convention de Bruxelles, comme le règlement Bruxelles 1 ont adopté le critère chronologique de l'ordre des saisines, en obligeant le juge saisi en second à se dessaisir, en toute circonstance, au profit du juge saisi en premier.

Le caractère obligatoire du règlement de la litispendance a été présenté à l'origine comme un progrès de la coopération judiciaire européenne, fondé sur la confiance mutuelle entre les Etats membres. Mais deux affaires récentes ont bien mis au jour les effets pervers de la rigidité de la règle et la nécessité de prévoir des tempéraments. Ce sont les affaires Gasser¹⁵ et Turner¹⁶.

La Cour de justice dans ces deux affaires s'en est tenue à une application stricte des règles de la convention de Bruxelles en refusant au juge national le pouvoir d'apprécier les conditions de saisine du juge d'un autre Etat membre. Elle a invoqué les principes de confiance mutuelle et de sécurité juridique.

Dans l'affaire Gasser, la Cour de justice a refusé d'admettre que l'existence d'une clause attributive de juridiction puisse conférer une priorité au juge élu et justifier une dérogation au fonctionnement de la litispendance européenne. Dans l'affaire Turner, la Cour de justice a estimé que même la saisine du juge espagnol à des fins manifestes de harcèlement procédural, pour pousser un employé à abandonner un procès ouvert en Angleterre contre son employeur, ne peut pas autoriser un juge anglais à prononcer une injonction de cesser les poursuites en Espagne.

Ces décisions ont embarrassé les commentateurs.

L'on a observé à juste titre que la confiance mutuelle ne faisait pas disparaître le risque que le juge d'un Etat membre soit manipulé par l'un des plaideurs. Le juge espagnol dans l'affaire Turner n'a pas eu connaissance de la procédure introduite antérieurement en Angleterre, faute de comparution du défendeur. Il peut avoir une vision tronquée des faits et rendre une décision pourtant efficace¹⁷. Et, si l'on peut faire confiance au juge italien pour qu'il se déclare incompétent en raison de la clause attributive de juridiction, il faut néanmoins que Gasser participe d'abord à la procédure italienne, avant de porter normalement son procès en Autriche. Double procédure et donc surcoût du procès¹⁸.

Tous les auteurs ont souligné la nécessité d'endiguer ce type d'abus processuels dans l'espace judiciaire européen. Le moyen le plus communément préconisé est celui d'admettre une exception d'abus de droit dans l'exercice soit des règles sur la compétence soit de celles de la litispendance¹⁹, en s'appuyant sur la timide consécration d'une notion d'abus de droit en droit communautaire²⁰.

¹⁵ citée supra note 2

¹⁶ CJCE 27 avril 2004, RCDIP 2004, p.654, note H.Muir Watt, gaz.Pal. 15 janv.2005, p.30, et la note

¹⁷ cf.H Muir Watt note précitée et RCDIP 2003, p.119

¹⁸ cf. Les conclusions de l'avocat général Legier présentées dans cette affaire

¹⁹ cf. A. Nuyts, « *Forum shopping* et abus du *Forum shopping* dans l'Espace judiciaire européen », 3 Global jurist advances 1, 2003 et L'exception de *Forum non conveniens*, Etude de droit international privé comparé, Bruylant, 2003, p.756, solution approuvée par H. Muir Watt, commentaire précité et reprise par E. Cornut, Théorie critique de la fraude à la loi, étude de droit international privé de la famille », Thèse Lyon 3, 2004

²⁰ Voir D.Simon et A.Rigaux, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », Mélanges en l'hommage à Guy Isaac, 50 ans de droit

Le recours à une telle exception d'abus de droit n'est cependant pas sans inconvénient.

Le premier inconvénient est de ne pas couvrir toutes les difficultés.

Certes, on peut parfaitement concevoir de sanctionner de véritables détournements d'action, lorsque l'action est exercée pour faire pression sur l'adversaire afin d'obtenir un avantage étranger à l'objet du procès. Il s'agit alors d'un abus du droit d'action qui doit être sanctionné par l'irrecevabilité de la demande, pour illégitimité de l'intérêt du demandeur²¹.

Mais quand l'abus dénoncé consiste à profiter d'un for disponible, les choses se brouillent.

Comment admettre en effet que l'exercice d'une règle de compétence – ou d'une option de compétence – puisse se prêter à un abus de droit ? Quel est le droit subjectif détourné et de quelle finalité ?

Peut-on dire qu'une règle de compétence judiciaire consacre un véritable droit subjectif, susceptible de dégénérer en abus, du fait d'un exercice excessif des prérogatives qui en découleraient pour les justiciables ? Par ailleurs, les finalités des règles de compétence sont multiples. Elles ne reposent pas toutes sur des objectifs de proximité procédurale (notamment les règles retenant le critère de la nationalité). Comment dès lors caractériser une mauvaise foi à partir des avantages d'une autre nature qu'en tire le plaideur ?

C'est le problème classique de la ligne de partage entre le *forum shopping* toléré et le *forum shopping* prohibé, entre ce qu'on a proposé d'appeler le *forum shopping bonus* et le *forum shopping malus*²².

Le problème, en réalité, vient ici non pas du comportement du plaideur mais du laxisme de la règle de compétence qui autorise la saisine d'un juge ne présentant que des liens très faibles avec le litige.

Dès lors, en effet, que le litige présente des liens étroits avec le juge saisi, personne ne songe à reprocher au plaideur de profiter des procédures probatoires ou conservatoires du juge saisi ou de ses règles de conflit de lois.

Ainsi, dans l'exemple de l'affaire Stolzenberg, la Cour de cassation a eu raison de reconnaître l'équivalence fonctionnelle entre l'injonction Mareva et nos formes de mesures conservatoires, y compris quand la mesure est prise par un juge anglais et susceptible de déployer ses effets dans tous les autres pays²³.

Le problème essentiel – outre ceux du respect du principe de contradiction et des effets concrets de l'injonction – est celui de savoir si le rattachement avec le juge anglais était suffisamment sérieux pour permettre au demandeur de profiter de cet avantage.

communautaire, t 2, p. 559 ; *adde* A. Noblet, La lutte contre le contournement des droits nationaux par le droit communautaire, thèse Caen, 2004.

²¹ A comp. avec l'affaire Conlon, Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1983, RCDIP 1984, p. 492, note P. Mayer dans laquelle une femme s'est vue opposer l'illégitimité de son intérêt à agir pour contester le divorce qu'elle avait elle-même obtenu frauduleusement à l'étranger.

²² cf P. Vareilles-Sommières, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », TFC DIP 1998-2000, p. 49

²³ citée note 1

Or la technique de l'abus de droit n'est pas le moyen adéquat pour corriger les faiblesses du rattachement des règles de compétence. Ce que l'on consacre derrière cette invocation de l'abus de droit, c'est en réalité une clause d'exception similaire à la clause d'exception à la loi applicable, c'est-à-dire une clause correctrice, dans un cas d'espèce donné, de l'application d'une règle de rattachement. C'est d'ailleurs ce type d'exception que proposait le professeur Paul Lagarde dans son célèbre cours sur le principe de proximité²⁴.

En outre, dans l'espace judiciaire européen, il vaut mieux éviter les procédés unilatéraux. C'est pourquoi la Cour de justice a eu raison d'interdire dans les relations intracommunautaires aussi bien les injonctions *anti suit* (arrêt Turner) que le recours à la doctrine du *forum non conveniens*, qui confère aux juges, dans les systèmes de *Common law*, comme au Royaume-Uni, un pouvoir discrétionnaire d'apprécier l'opportunité de l'exercice de leur compétence (arrêt Owusu²⁵).

Curieusement, ce sont des instruments conçus pour l'espace mondial qui ont eu l'ambition de mettre sur pied un mode de coopération judiciaire beaucoup plus subtil, qui échappe à ces inconvénients et dont les Etats membres devraient s'inspirer pour résoudre ce type de difficultés.

3- L'ébauche d'un espace judiciaire mondial

Le terme d'espace appliqué à la planète terre n'est sans doute pas exact, si on définit la notion d'espace comme une notion utilisée quand on cherche à dépasser celle de territoire, fortement corrélé à la souveraineté étatique, pour désigner une zone « déterritorialisée » dans laquelle les Etats veulent établir des libertés de circulation impliquant une confiance mutuelle et une idée de solidarité²⁶.

Avec une telle définition de la notion d'espace, l'on voit bien que parler d'espace universel est encore prématuré. Mais l'on y tend avec le développement du libre échange et l'instauration dans certains domaines d'instruments témoignant d'une volonté de coopération. C'est le cas notamment des conventions d'entraide judiciaire, et spécialement du projet de convention mondiale sur la compétence internationale et les effets des jugements dont la conférence de La Haye a été saisie par une initiative américaine²⁷. Ce projet est très intéressant car il a tenté de dépasser l'antagonisme des systèmes de *common law* et de droit écrit. Il mérite l'attention, même s'il a finalement échoué après plus de 10 ans de négociations, pour des raisons diverses²⁸. Il peut en effet servir de modèle pour améliorer les

²⁴ « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », RCDAI 1986, t 196, p.150 et s.

²⁵ CJCE 1^{er} mars 2005, Gaz.Pal.2005, n.148, et la note

²⁶ cf. Patrick Daillier, intervention lors d'une journée de rencontre entre les universités de Vilnius et de Paris X Nanterre, organisée à Paris X-Nanterre le 30 septembre 2005.

²⁷ Avant-projet de convention sur la compétence et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, adopté par la commission spéciale le 30 octobre 1999.

²⁸ Sur ce projet voir, A.Von Mehren « La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers : le projet de convention de la Haye peut-il aboutir ? », RCDIP 2001, p.85 et sur son échec voir, D.Bennett « the Hague convention on Recognition and Enforcement of foreign Judgments, A failure of characterisation », et D.Girsberger, «The Hague Convention on Indirectly Held Securities – Dynamics of the making of a modern private international law treaty », p.139, in

instruments communautaires existants et de source d'inspiration pour guider la recherche d'une coordination des procédures en dehors du domaine de ces instruments.

A- Le projet de convention mondiale de La Haye modèle d'une révision du règlement européen du conflit de procédures parallèles

Un fort courant doctrinal, tout à fait remarquable, est en train d'émerger sur la question des conflits de procédures pour proposer un système de solutions très proche de celui qui a été conçu dans le projet de convention mondiale de La Haye.

Cette convergence doctrinale est remarquable parce qu'elle est œcuménique. Elle regroupe des auteurs de pays de *common law* et des auteurs de systèmes de droit civil.

C'est aussi une convergence qui rassemble de jeunes auteurs et des auteurs confirmés, qui se sont exprimés respectivement dans des thèses récentes²⁹ et dans plusieurs cours professés à l'Académie de droit international³⁰. Elle est relayée par des institutions savantes, l'Institut de droit international³¹, et l'association de droit international³².

Le système proposé se rapproche aussi du mécanisme du renvoi de compétence d'origine nord-américaine, qui a été consacré dans les deux conventions de La Haye sur les incapables, mineurs et adultes³³ et qui a été incorporé dans le nouveau règlement Bruxelles 2 Bis, en matière de responsabilité parentale³⁴.

Cette convergence part du constat des déficiences des deux grands systèmes, celui de la litispendance des pays continentaux, trop rigide, et celui, à l'inverse trop souple, de la théorie du *forum non conveniens*.

Le système de la litispendance encourage la course à la première saisine. L'absence de système de litispendance encourage la course au premier jugement. L'usage de l'exception de *forum non conveniens* est susceptible, en outre, de dégénérer en de graves dérives comme le montre la pratique américaine (enlisement des débats sur la compétence, procédures coûteuses et risques de solutions nationalistes).

International Cooperation through Private international Law, Essays in Memory of Peter E.Nygh, T.M.C. Asser Press, 2004, p.19

²⁹ voir C. Chalas, « L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé », Pref. H.Muir Watt, PUAM 2000 ; A. Nuyts, thèse précitée supra note 19 sur l'exception de forum non conveniens ... » et E. Cornut, thèse précitée supra note 19 sur « théorie critique de la fraude à la loi ... »

³⁰ parmi lesquels il convient de citer P. Lagarde dans son cours fondateur sur le principe de proximité précité supra note 24, mais aussi P. Shlosser, « Jurisdiction and International Judicial and administrative Co-Operation, RCDAl, 2000, t. 284, p. 417 ; B.Audit, « Le droit international privé en quête d'universalité », RCDAl, 2003, t. 305, p.392 ; adde notre rapport dans « La réception du droit communautaire... » précité supra note 9 et notre article « les nouvelles figures de la coopération judiciaire civile européenne », Droit et patrimoine, novembre 2004, p. 56 et s.

³¹ voir la résolution de l'Institut de Droit International sur les principes relatifs à l'usage de la doctrine du *forum non conveniens* et des injonctions *anti-suit*, du 2 septembre 2003, session de Bruges

³² voir les principes de Louvan et de Londres, rapport de la 69^{ème} conférence, 2000, sur le site de l'association de droit international, www.ila-hq.org

³³ La convention du 19 oct. 1996 relative à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesure de protection des enfants, aux art. 8 et 9 et la convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes à l'art. 8.

³⁴ art. 15 du règlement n. 2201/2003

La solution proposée consiste à coordonner les deux techniques.

Le système est le suivant. En principe, le juge saisi en second doit se désister au profit du juge premièrement saisi. Mais le principe ne s'applique pas, si le juge en premier, à la demande de l'une des parties, estime que des circonstances exceptionnelles font apparaître que c'est en réalité le juge saisi en second, qui est le mieux placé pour statuer sur le litige³⁵.

Le mécanisme permet l'articulation de deux décisions prises séparément par les deux juges concernés. L'un surseoit à statuer en attendant la décision prise par l'autre d'accepter de se saisir du litige.

Transposé dans l'espace judiciaire européen, le système peut déboucher sur quelque chose de très novateur. Il peut ouvrir un véritable dialogue entre les juges concernés prenant appui sur le réseau judiciaire européen³⁶.

Ainsi, dans l'affaire Turner, on voit tout l'intérêt qu'il y aurait eu à l'information du juge espagnol par son collègue anglais. Le juge espagnol aurait pu immédiatement se dessaisir et le procès aurait suivi son cours normal en Angleterre. Dans l'autre affaire, Gasser, avisé de la procédure introduite en Italie, aurait pu saisir le juge autrichien en demandant à ce dernier de demander à son tour au juge italien de constater l'existence de la clause attributive de juridiction. En cas de doute sur l'existence de cette clause, le juge autrichien aurait pu tenter de convaincre son homologue italien qu'il était le mieux placé pour statuer sur la validité de la clause. Dans les deux cas les juges auraient profité des facilités procurées par le réseau européen et les plaideurs auraient été dispensés de la charge d'une double procédure. Ce sont les juges qui auraient pris en charge la coordination des procédures.

Etendu au contentieux du divorce, cette coopération judiciaire serait aussi très utile. On constate en effet que toutes les applications en France des nouvelles règles de compétence communautaires s'inscrivent dans un contexte de conflit de procédures parallèles, le plus souvent dans les relations franco-anglaises à la faveur de l'installation d'une résidence des époux en France.

Dans ce contentieux transfrontière le dialogue entre les juges ne permettrait pas seulement de sanctionner des abus processuels, comme dans les affaires Turner et Gasser, mais pourrait corriger les imperfections des règles de compétence en la matière.

Ainsi, prenons le cas d'époux franco-anglais ayant résidé avec leurs enfants en Angleterre pendant de nombreuses années. Une mésentente survient et le mari français revient s'installer en France. Au bout de 6 mois de résidence en France, le juge anglais de l'ancienne résidence de la famille et le juge français de la nouvelle résidence du demandeur à l'action en divorce sont compétents en vertu du règlement Bruxelles 2 bis³⁷.

Supposons qu'en réplique à la saisine par le mari des tribunaux français, la femme anglaise saisisse à son tour les tribunaux anglais. On ne peut pas dire que la saisine du juge français

³⁵ art. 21 de l'avant-projet de convention mondiale de La Haye

³⁶ A comp. avec la coordination des autorités de concurrence depuis le règlement n.1/2003, voir B. Lasserre, « Modernisation : les adaptations nécessaires du Conseil de la concurrence », *concurrences*, décembre 2004, n.1, p.29 et du même auteur « Le conseil de la concurrence dans le réseau communautaire, *Concurrences* 2005, n.3, p.42

³⁷ art. 3

correspond à un détournement d'action, si le mari français veut vraiment divorcer et si son installation en France est sincère. Il profite, certes, du chef de compétence qui met à sa disposition les tribunaux français, mais il n'y a rien dans son attitude de condamnable, pas même s'il tente de profiter non seulement de la proximité des tribunaux français, mais aussi d'une décision qu'il espère plus favorable sur tel ou tel effet du divorce.

Toutefois, on peut penser que pour l'épouse anglaise, installée peut-être depuis longtemps avec son mari et les enfants en Angleterre, il y a quelque chose d'un peu déloyal ou du moins très inconfortable à être obligée de participer à une procédure de divorce en France parce que le juge français a été saisi en premier, et encore plus si on augmente la distance géographique ou qu'on creuse les écarts de mentalité.

Dans cette configuration là, le dialogue entre les juges des divers Etats membres serait très utile pour constater au regard des circonstances concrètes de la situation respective des parties quel est celui qui est le mieux placé. Ce n'est que si les juges ne parviennent pas à se mettre d'accord qu'on ferait jouer le critère de l'ordre chronologique des saisines.

En outre, l'instauration d'une telle coopération judiciaire pourrait exercer à terme un effet dissuasif, susceptible de prévenir certains abus processuels des plaideurs informés de ce que les juges exerceront un contrôle des conditions de leur saisine.

Ce dialogue judiciaire transfrontière, qui permettrait pour la première fois (du moins en Europe) à des juges d'Etats différents de se concerter pour prendre ensemble une décision sur un aspect du litige, modifie incontestablement la fonction de juger. L'innovation est tellement grande qu'elle ne manquera pas de soulever des réticences.

Le régime de cette coopération devrait être précisé. Les difficultés ne manquent pas.

Il faudrait d'abord subordonner ce règlement concerté du conflit de compétence à la saisine concurrente de juridictions de deux Etats membres et à la demande de l'une des parties. Il faudrait ensuite organiser la transmission des conclusions des parties adressées à un juge différent. Le débat contradictoire se ferait par l'intermédiaire des juges concernés. L'idée est en effet d'éviter aux parties d'avoir à se défendre dans deux procédures distinctes. On pourrait concevoir, comme pour l'application du règlement Bruxelles 2 bis de limiter l'obligation de traduction si les parties parlent la même langue et que les juges sont en mesure de la comprendre³⁸. On pourrait aussi employer les techniques de la vidéo conférence pour permettre un véritable débat contradictoire.

Il faudrait aussi que, dès la demande de l'une des parties de provoquer un débat sur le choix du juge le mieux placé, les instances introduites soient suspendues de part et d'autre et l'incident sur la compétence tranché dans les plus brefs délais. La décision devrait être motivée et bien faire ressortir à la fois le caractère exceptionnel des circonstances justifiant la mise à l'écart du critère de l'ordre des saisines et les raisons du choix finalement retenu.

Il faudrait enfin réfléchir sur les voies de recours à exercer contre la décision sur la compétence prononcée après une telle concertation des juges. Devant quel juge porter le recours ? On pourrait consacrer une forme d'appel circulaire de la décision prise d'un commun accord par les juges dans le cadre du système juridictionnel du juge saisi en premier, à raison de la primauté de principe de ce juge et parce que c'est le juge qui en définitive

³⁸ voir le guide pratique pour l'application du nouveau règlement Bruxelles II mise à jour le 1^{er} juin 2005.

décline sa compétence, l'autre ne faisant qu'exercer une compétence normale. On pourrait imaginer une nouvelle possibilité de concertation durant la procédure d'appel avec un juge de l'autre Etat concerné. Cet appel circulaire serait de même nature que celui qui a été consacré dans le règlement Bruxelles 2 bis sur les décisions de retour de l'enfant après déplacement illicite. En cas de refus du juge du pays d'accueil de l'enfant, le dossier doit être transmis au juge du pays d'origine, devant lequel le recours doit être formé³⁹.

Il faut néanmoins reconnaître que le système ne pourrait jouer que dans des hypothèses exceptionnelles, celles d'un abus processuel manifeste et celles dans lesquelles le rattachement le plus approprié entre les deux fors concurrents apparaîtrait avec une certaine évidence dès le début de l'instance. Dans les dossiers complexes, ce mécanisme ne pourrait pas fonctionner pour venir corriger les effets néfastes des options de compétence et l'on appliquerait donc les règles habituelles de la litispendance.

Cette modification du régime de la litispendance européenne complèterait les nouvelles formes de coopération judiciaire que prévoient le règlement Bruxelles 2 bis et le règlement obtention des preuves dans la mise en œuvre desquels les juges des Etats membres sont invités à coopérer pour trouver l'issue la plus conforme aux intérêts de l'enfant et pour identifier la mesure d'instruction la plus adéquate.

Un tel système de coopération judiciaire, celui du dialogue entre magistrats, suggéré déjà en 1996, de manière prémonitoire⁴⁰, paraît meilleur que l'emploi de l'exception d'abus. Cela permettrait d'éviter aux juges des Etats membres de régler de façon unilatérale les conflits de compétence, au risque de chatouiller le principe de reconnaissance mutuelle et de s'aventurer dans la subtile distinction entre les règles de compétence, nécessairement uniformes entre les Etats membres, et les règles de procédures susceptibles de diversité dès lors qu'elles sont conformes aux objectifs des règles communautaires.

Mais la solution requiert bien évidemment une révision des règlements Bruxelles 1 et Bruxelles 2 bis.

B- Le projet de convention mondiale de La Haye, source d'inspiration du règlement international des conflits de procédures parallèles

Après l'échec du projet de convention mondiale de La Haye, les chances d'élaboration d'un instrument comparable, en dehors de l'espace judiciaire européen, semblent très compromises.

Toutefois, le projet peut inspirer une directive méthodologique. Il faudrait tendre au même résultat, c'est-à-dire celui d'une meilleure coordination internationale des procédures, dans le respect des principes de bonne foi et de proximité, mais en employant des procédés unilatéraux, en utilisant les ressources du droit national.

³⁹ Art. 11 -6 du règlement 2201/2003

⁴⁰ Par C.Kessedjian, voir le débat lors de la séance du comité français de droit international privé après notre communication sur les conflits de procédure, TCFDIP 1995-1998, p.71 et C.Kessedjian, «Judicial regulation of Improper Forum Selection », dans International dispute resolution : the regulation of forum selection », Fourteenth sokol colloquium, Transnational Publishers, INC, Irvington, New-york, 1997, p. 273 et s.

Les applications pourraient être nombreuses et diverses. Elles seront recensées en distinguant les cas des abus processuels de ceux d'une correction des imperfections du rattachement.

Pour lutter contre les abus processuels, divers moyens sont envisageables, selon que c'est la saisine du juge du for, ou celle du juge étranger qui paraît abusive.

Quand la saisine du juge français est abusive, le seul problème est celui de la preuve de l'abus. Mais le choix de la sanction est aisé. La demande est irrecevable pour détournement du droit d'agir en justice ou défaut d'intérêt illégitime.

Quand le juge français est saisi après une saisine abusive d'un juge étranger, il lui est loisible d'user de la faculté dont il dispose, dans l'espace mondial, de ne pas respecter l'ordre chronologique des saisines. L'exception de litispendance internationale est en principe facultative en droit commun⁴¹.

Si le juge français est saisi alors que le demandeur craint l'introduction d'une demande concurrente et abusive devant un juge étranger, on pourrait admettre que le juge français prononce dans une telle hypothèse une injonction sous astreinte de ne pas poursuivre ou de cesser une action à l'étranger.

La majorité des auteurs continentaux⁴² est hostile à cette version continentale de l'injonction *anti-suit*⁴³, d'abord consacrée par la cour de cassation en 2002⁴⁴ puis condamnée en 2004 dans un *orbiter dictum* de l'arrêt Stolzenberg⁴⁵, au motif qu'elle porterait atteinte à la souveraineté étrangère en constituant une immixtion dans le fonctionnement de la justice étrangère. L'affirmation, aussi tranchée, pourrait cependant être discutée, car l'atteinte ne se réalise qu'indirectement par l'effet de la menace exercée sur le débiteur de l'injonction, qui l'empêche de saisir le juge étranger, et prive ainsi *de facto* le juge étranger de la possibilité d'exercer sa compétence.

La condamnation mériterait d'être nuancée.

D'autre part, le procédé n'est pas nécessairement mauvais. Il l'est certainement quand il est utilisé pour paralyser une clause d'arbitrage que le demandeur à l'injonction a librement souscrite⁴⁶. Il l'est, sans doute, s'il vise à contester la compétence d'un juge étranger à raison de la localisation du litige. Il l'est encore quand le juge d'un Etat s'en sert pour protéger ses intérêts étatiques.

Mais il pourrait être légitime quand il vise à protéger un plaideur victime du harcèlement procédural de son adversaire. C'est l'hypothèse de l'affaire Turner. C'est aussi l'une des hypothèses dans lesquelles l'Institut de droit international, dans sa résolution de 2003, a

⁴¹ C'était la solution traditionnelle avant qu'un arrêt ne semble consacrer une solution différente, dans une affaire de divorce, cass.1^{ère} civ. 17 juin 1997, RCDIP 1998, p.452

⁴² Voir les réactions à la proposition faite en ce sens par P Vareilles-Sommières lors d'une séance du comité français de droit international privé, citée supra note 22

⁴³ sur ces injonctions voir S Clavel, Le pouvoir d'injonction extraterritorial pour le règlement des litiges privés internationaux, thèse dactyl.Pais 1, 1999.

⁴⁴ Cass.1^{ère} civ.19 nov.2002, D.2003, 797, note G.Khairallah ; RCDIP 2003, p.631, note H.Muir Watt ; Gaz.Pal.2003, n. 177 p.29 et la note.

⁴⁵ Cité supra note 1

⁴⁶ voir E.Gaillard, « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *antisuit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », Rev.arb.2004, p.46

déclaré que le procédé de l'injonction *anti suit* pouvait être utilisé sans heurter les règles de la *Comity*⁴⁷.

Pour corriger le rattachement d'une règle de compétence l'on se contentera de raisonner sur l'exemple de l'article 14 du code civil.

Dans l'hypothèse où l'article 14 permet à un français d'attirer un défendeur étranger en France, alors que tous les éléments du litige se trouvent à l'étranger, on peut penser que le juge français n'est pas le mieux placé, que le litige manque de proximité avec le juge français. Mais c'est la conséquence inéluctable du privilège de juridiction. Aucun fondement juridique n'autorise le juge français à décliner sa compétence.

Le seul moyen de corriger la règle – outre une réforme du texte - serait de faire jouer l'arme de l'article 6-1 de la Convention EDH. Cela suppose la démonstration que, dans le cas particulier de l'espèce considérée, le privilège confère au plaideur français un avantage excessif par rapport aux inconvénients subis par la partie étrangère. Une telle disproportion dans la situation respective des parties pourrait être jugée constitutive d'une violation du principe d'égalité des armes, ou d'une paralysie du droit d'accès effectif à la justice. C'est le raisonnement proposé par plusieurs auteurs et aboutissant à des critères extrêmement proches, les uns directement sur le fondement de l'article 6-1⁴⁸, ou ce qui revient au même sur le risque de déni de justice au détriment du défendeur étranger⁴⁹, ou encore sur le fondement d'une exception d'abus dans l'exploitation des règles de compétence⁵⁰.

En définitive, en droit commun, c'est-à-dire dans l'espace mondial, l'article 6-1 de la CEDH paraît le seul moyen aujourd'hui à la disposition du juge français pour corriger les règles de compétence judiciaire dans le souci d'une coordination internationale des procédures, d'une globalisation des procès civil internationaux.

Sans doute, la solution mécontentera-t-elle tous ceux qui se plaignent déjà du rôle grandissant des juges. Peut-être inquiètera-t-elle aussi tous ceux qui craignent qu'en donnant plus de souplesse dans l'exercice des règles de compétence, on prenne le risque de susciter un contentieux plus âpre sur la compétence.

Mais cet accroissement du rôle régulateur des juges est inévitable dans les espaces de libertés. Plus les libertés s'étendent, plus les risques d'abus deviennent préoccupants.

De toute façon, compte tenu du rôle clé joué aujourd'hui par la question de la compétence dans le contentieux privé international ne vaut-il pas mieux vider dès le début du procès tous les abcès relatifs à la compétence plutôt que de laisser en attente des cartouches à retardement ?

C'est pourquoi l'on peut être tenté de faire du juge national le gardien de la bonne coordination des procédures civiles internationales, avec des modalités très différentes selon que le litige se rattache à l'espace européen ou à l'espace mondial.

⁴⁷ résolution citée supra note 31

⁴⁸ L. Sinopoli, Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux, thèse dactyl. Paris 1, 2000 et note sous cass.1^{ère} civ. 30 mars 2004, RCDIP 2005, p.89

⁴⁹ L. Corbion, Le déni de justice en droit international privé, pref. Lequette, PUAM 2004

⁵⁰ cf. A. Nuyts et E. Cornut, thèses précitées supra note 29

