

# **Université Panthéon-Assas**

**école doctorale de droit international, droit européen,  
relations internationales et droit comparé**

Thèse de doctorat en droit  
soutenue le 10 décembre 2013

## **L'organisation de la concurrence internationale des juridictions**

**Le droit de la compétence internationale face à la  
mondialisation économique**



**Université Panthéon-Assas**

**François Mailhé**

Sous la direction de

**Monsieur Bernard AUDIT,**

*Professeur émérite à l'Université PANTHEON-ASSAS (PARIS II)*

Membres du jury :

**Madame Marie-Laure NIBOYET,** *Professeur à l'Université PARIS-OUEST (Paris X)*

**Monsieur Étienne PATAUT,** *Professeur à l'Université PANTHÉON-SORBONNE (Paris I)*

**Monsieur Philippe THÉRY,** *Professeur à l'Université PANTHÉON-ASSAS (Paris II)*

**Madame Laurence USUNIER,** *Professeur à l'Université PARIS-NORD (Paris XIII)*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.





*A mes grands-parents*



## ***Remerciements***

L'œuvre achevée, on regarde ses mains et l'on y voit le travail. Puis, rapidement, on y surprend des souvenirs, tant chaque strie porte en creux la trace de ces autres mains qu'elles ont saisies, tout du long, sur le chemin. Ils sont nombreux ceux auxquels on pense au moment d'écrire ces lignes. Trop, sans doute, pour que l'on n'en évoque pas certains sans la crainte de ne pouvoir citer les autres. Mais l'on doit excessivement à certains d'entre eux pour manquer ici de les remercier :

D'abord M. le professeur Bernard Audit, pour m'avoir accompagné malgré mon pas trébuchant jusqu'au bout d'une route difficile, je lui sais gré de son soutien, de ses conseils et d'une influence qu'il ne mesure pas ;

MM. les professeurs Sylvain Bollée, Bernard Haftel, Benjamin Rémy, David Sindres, Mme Laureen Sichel, MM. Marc-Olivier Barbaud, Charles-Edouard Bucher, Jérôme Chacornac, Thomas Le Gueut, Hugo Meunier. Cette litanie de noms est un chant d'amitié dont chaque note rencontre ma reconnaissance ;

M. le professeur Emmanuel Gaillard, Me Yas Banifatemi et Mme Josiane Salomond, pour ce qu'ils m'ont donné la chance de poursuivre cette thèse au fil de jours de bureau dont je garde un si bon souvenir ;

Djoleen Moya, Caroline Cohen, Adeline Jauneau, Daniel Rojas, et tant d'autres de la salle 102, en comptoir, en salle et en couloir, en droit et en verre, de douleur de recherche en plaisir de découverte, de soutien souriant en partage solidaire et sans qui notre chère salle m'aurait depuis longtemps digéré ;

Et puis, au-delà des murs de l'université, dans un sud entre rose et gris, cette famille que j'aime, et qui me le rend autant : Victor, Jean et Maryse, Bernard, Sylvie et Hervé, Lucile et Dominique, Charlotte et Willem.

Reste l'une, qui a pris ma main doucement, et m'a tant apporté.

***A tous, merci.***



### **Résumé :**

Selon une présentation classique, la compétence juridictionnelle n'aurait en droit international privé pour objet que de déterminer les hypothèses dans lesquelles l'Etat accepterait de mettre ses juridictions à disposition des justiciables. Cette présentation achoppe cependant sur deux évolutions du droit positif. D'une part, la réglementation de la compétence est en bonne partie internationalisée, et ne suis plus ce modèle. D'autre part, elle occulte le fort développement des juridictions non étatiques instituées pour le contentieux de droit privé et économique dont l'intervention est souvent articulée avec celle des juridictions étatiques comme la compétence le fait en droit interne.

Ce double handicap descriptif s'explique par la place que l'Etat conserve au cœur de la théorie classique, une place héritée des théories publicistes du début du XX<sup>e</sup> siècle. Or, ni l'évolution de la théorie générale du droit international privé, ni surtout le droit positif ne justifie plus cette place centrale de l'Etat. Il faut donc revoir la théorie de la compétence internationale à l'aune du problème presque factuel auquel elle répond, la concurrence internationale des juridictions, et ainsi réintégrer en son sein les règles qui participent de sa résolution en organisant cette concurrence. La théorie renouvelée permet alors d'observer plus complètement l'organisation de la justice internationale de droit économique. Elle autorise en outre des propositions pour un régime plus efficace ou plus souple de la compétence internationale selon que cette concurrence internationale est ordonnée par une réglementation uniforme ou qu'il s'agit seulement de coopérer.

### **Descripteurs :**

*Compétence internationale, Arbitrage international, Etat, Justice, Internationalisation, Système de compétence, Régime de l'incompétence, Forum non conveniens, Action en incompétence.*

### **Organizing the international competition of judges: Judicial jurisdiction and economic globalization**

*French private international law doctrine classically defines judicial jurisdiction as the branch of law that deals with describing the hypothesis under which the State makes its courts available to claimants in international matters. This presentation, though, faces two contradicting evolutions in modern-day litigation of international business matters. First, it does give no account of the increasing internationalization of this branch of law, where numerous international conventions and European regulations now regulates judicial jurisdiction between judges of different countries as they would with venue between judges of the same State. Second, this presentation ignores the development of international courts and arbitral tribunals even though these tribunals compete with or replace national courts in international business disputes.*

*The reason for this double exclusion may actually be found in an analytical bias inherited from a century-old description of private international law as a conflict of State regulations, a bias that neither modern theory nor law itself confirms in any way. More simply described according to the problem it resolves, judicial jurisdiction may be defined as the branch of law that deals with organizing the international competition of judges. Under this functional definition, it is possible to broaden its scope and to describe the organization of international justice for business matters, both public and private, both State and International. Also, then encompassing rules of procedure, it becomes possible to offer new solutions to take into account foreign jurisdiction for a better international cooperation.*

### **Keywords :**

*Judicial jurisdiction, International arbitration, State, Justice, Internationalization, Jurisdiction systems, jurisdiction regime, Forum non conveniens, Action in definition of jurisdiction.*



# Table sommaire

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
<b>PREMIERE PARTIE : L'INTERNATIONALISATION DU DROIT DE LA COMPETENCE JURIDICTIONNELLE .....</b>	<b>19</b>
<b>TITRE PREMIER : JUSTICE ET SOUVERAINETE.....</b>	<b>23</b>
<i>Chapitre I : L'abandon du principe régalien .....</i>	<i>27</i>
<i>Chapitre II : Le développement d'un principe pluraliste .....</i>	<i>63</i>
<b>TITRE SECOND : COMPETENCE ET INTERNATIONALITE .....</b>	<b>105</b>
<i>Chapitre I : L'héritage de l'interétatisme .....</i>	<i>109</i>
<i>Chapitre II : Le développement d'une transnationalité .....</i>	<i>175</i>
<b>CONCLUSION INTERMEDIAIRE .....</b>	<b>213</b>
<b>SECONDE PARTIE : L'ORGANISATION CONTEMPORAINE DU DROIT DE LA COMPETENCE JURIDICTIONNELLE .....</b>	<b>215</b>
<b>TITRE PREMIER : L'ORGANISATION EN SYSTEMES DE COMPETENCE.....</b>	<b>219</b>
<i>Chapitre I : L'organisation par la compétence.....</i>	<i>220</i>
<i>Chapitre II : L'agencement des règles en systèmes de compétence .....</i>	<i>286</i>
<b>TITRE SECOND : L'ORGANISATION DES SYSTEMES DE COMPETENCE.....</b>	<b>339</b>
<i>Chapitre I : Le fonctionnement des systèmes de compétence .....</i>	<i>341</i>
<i>Chapitre II : La coordination entre systèmes de compétence.....</i>	<i>443</i>
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>525</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>I</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE .....</b>	<b>XXXII</b>
<b>TABLES DES MATIERES.....</b>	<b>XL</b>



# **Principales conventions d'écriture**

## **Principaux textes internationaux cités**

(Les formules abrégées apparaissent entre parenthèses):

### **Règlements européens**

- Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 *sur la marque communautaire* (« Règlement Marque communautaire »).
- Règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994 *instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales* (« Règlement COV »).
- Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 *relatif aux procédures d'insolvabilité* (« Règlement insolvabilité »).
- Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000, *relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs* (« Règlement Bruxelles II »).
- Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (« Règlement Bruxelles I »).
- Règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 *sur les dessins ou modèles communautaires* (« Règlement Dessins et modèles communautaires »).
- Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 *relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité*.
- Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 *relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) no 1347/2000* (« Règlement Bruxelles II bis »).
- Règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 *instituant une procédure européenne d'injonction de payer*.
- Règlement (CE) n° 15/2008 du Conseil du 20 décembre 2007 *modifiant le règlement (CE) no 2100/94 en ce qui concerne l'habilitation à déposer une demande de protection communautaire des obtentions végétales* (« Règlement COV refondu »).
- Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (« Règlement Rome I ») ;
- Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires* (« Règlement Obligation alimentaire »).
- Règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 *sur la marque communautaire, remplaçant le Règlement 40/94 du 20 décembre 1993*, (« Règlement Marque communautaire refondu ») .
- Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen*, (« Règlement Rome IV »).
- Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (« Règlement Bruxelles I bis »).
- Règlement (UE) n° 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012 *mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet* (« Règlement Brevet européen »).

### **Conventions et accords internationaux**

#### **Conventions « transport »**

- Convention de Mannheim du 17 octobre 1868 *pour la navigation du Rhin*, révisée le 20 novembre 1963 (« Convention pour la navigation du Rhin »).
- Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 *pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, amendée par le Protocole de la Haye en 1955 et celui de Montréal en 1975 (« Convention de Varsovie »).
- Convention de Genève du 19 mai 1956 *sur le transport de marchandises par route* (« Convention CMR »).
- Règles uniformes concernant le Contrat de transport international ferroviaire des voyageurs (« RU-CIV»), Appendice A à la Convention du 9 juin 1999 *relative aux transports internationaux ferroviaires* (« Convention COTIF »).
- Règles uniformes concernant le Contrat de transport international ferroviaire des marchandises (« RU-CIM »), Appendice B à la Convention du 9 juin 1999 *relative aux transports internationaux ferroviaires*.
- Convention de Montréal du 28 mai 1999 *pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international* (« Convention de Montréal »).
- Convention des Nations-Unies du 29 septembre 2009 *sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer* (« Règles de Rotterdam »).

### **Conventions « pollution »**

- Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 *sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures* (« Convention hydrocarbures »).
- Convention de Paris du 29 juillet 1960 *sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire*, amendée le 28 juillet 1964 et le 16 novembre 1982 (« Convention responsabilité nucléaire »).

### **Autres conventions et accords**

- *Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme* du 4 novembre 1950 telle qu'amendée (« CESDH »).
- Convention de Bruxelles du 10 mai 1952 *pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer* (« Convention saisie des navires de mer »).
- Convention de New York du 10 juin 1958 *pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (« Convention de New York »).
- Convention de Washington du 18 mars 1965 *pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats* (« Convention CIRDI »).
- Convention de la Haye du 30 octobre 2005 *sur les accords d'élection de for* (« Convention élection de for »).
- Accord du 11 janvier 2013 *relatif à une Juridiction Unifiée du Brevet* (« Accord JUB »).

## **Ouvrages cités de manière abrégée**

(la formule abrégée apparaît soulignée)

- B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé*, 7<sup>ème</sup> éd., Economica 2013.
- H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 2 vol. LGDJ, t. 1, 8<sup>ème</sup> éd. 1993, t. II, 7<sup>ème</sup> éd., 1983.
- G. BORN et P. RUTLEDGE, *International civil litigation in United States Courts*, 5<sup>th</sup> éd., Wolters Kluwer 2011.
- D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, 2<sup>ème</sup> éd. PUF, 2010.
- L. CADJET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8<sup>ème</sup> éd., Litec 2013.
- L. CADJET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2<sup>ème</sup> éd. PUF 2013.
- Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.
- H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ 2010, 4<sup>ème</sup> éd., n°182s.
- *Grands Arrêts* : B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> éd., 2006.
- S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31<sup>ème</sup> éd., 2012.

- S. GUINCHARD et alii, (C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS, I. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-LOUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ-FABRI, L. SINOPOLI et J.-M. SOREL), *Droit processuel*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2013.
- J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2012.
  - D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson 1987.
  - Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2013.
  - U. MAGNUS et P. MANKOWSKI (edrs.), *Brussels I Regulation*, 2<sup>nd</sup> ed., Sellier ELP. 2012.
  - P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 10<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2010.
  - M.-L. NIBOYET et G. GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, 4<sup>ème</sup> éd. 2013.
  - J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, Sirey, 8 tomes, 1938-1950, spécialement les tomes I (1938) et VI (1948)
  - J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ, Schultess, 2002.
  - Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien 2013.
  - H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, 3 vol., Sirey 1961-1990 (à défaut d'indication spéciale, l'abréviation renverra au t. II, 1973, La compétence).

## ***Abréviations et autres conventions d'écriture***

Les articles de revue et jurisprudence anglaises et américaines ont conservé leur style de citation.

La recherche a été arrêtée au 1<sup>er</sup> septembre 2013. Les liens internet proposés sont à jour à cette date.

<i>actu.</i>	actualité	<i>Ann. Fac. droit</i>	<i>Annuaire de la faculté de</i>
<i>Adde.</i>	Ajoutez	<i>de Toulouse</i>	<i>droit de Toulouse</i>
<i>AFDI</i>	Annuaire français de droit international	<i>APD</i>	<i>Archives de Philosophie du Droit</i>
<i>Aff.</i>	Affaire	<i>Art.</i>	Article(s)
<i>AIDI</i>	Annuaire de l'Institut de Droit International	<i>Ass. Plén.</i>	Assemblée plénière
<i>AJ</i>	Actualité jurisprudentielle (Recueil Dalloz)	<i>BGB</i>	Bürgerliches Gesetzbuch
<i>AJ fam.</i>	Actualité juridique famille	<i>BGH</i>	Bundesgerichtshof
<i>AJ pénal</i>	Actualité juridique droit pénal	<i>BICC</i>	Bulletin de la Cour de cassation
<i>AJDA</i>	<i>Actualité Juridique Droit administratif</i>	<i>BJCP</i>	Bulletin juridique des contrats publics
<i>al.</i>	Alinéa	<i>Bull.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation</i>
<i>Alii</i>	Autres	<i>Bull. ASA</i>	<i>Bulletin de l'Association Suisse d'Arbitrage</i>
<i>Am. J. Comp.</i>	<i>American Journal of</i>	<i>Bull. Joly</i>	<i>Bulletin Joly</i>
<i>L.</i>	<i>Comparative Law</i>	<i>c.</i>	<i>Contre</i>
<i>Am. J. Int.</i>	<i>American Journal of</i>	<i>C.civ.</i>	Code civil
<i>Law</i>	<i>International Law</i>	<i>C.com.</i>	Code de commerce
<i>Am. Rev. Int.</i>	<i>American Review of</i>	<i>Cab. arb.</i>	<i>Cabiers de l'arbitrage (aujourd'hui Paris Journal of International Arbitration)</i>
<i>Arb.</i>	<i>International Arbitration</i>	<i>Cab. dr. eur.</i>	<i>Cabiers de droit européen</i>

<i>Calif. L. Rev.</i>	<i>California Law Review</i>	<i>Dr. soc.</i>	<i>Revue Droit social</i>
Cass. civ. 1 <sup>ère</sup>	Première Chambre civile de la Cour de cassation	e.a.	et autres
Cass. com.	Chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation	éd./ed.	édition/edition
CC	Conseil constitutionnel	(éd.)/(ed.)	éditeur/editor
CE	Conseil d'État	(éds.)/(eds.)	Éditeurs/Editors
CE, Ass.	Conseil d'État, Assemblée du contentieux	EGBGB	Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch
CE, Sect.	Conseil d'État, Section du contentieux	<i>eod. loc.</i>	<i>eodem loco</i> (au même endroit)
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i>	etc.	<i>et cætera</i>
Chap.	Chapitre	<i>Eur. Intellect.</i>	<i>European Intellectual</i>
Chron.	Chronique	<i>Prop. Rev.</i>	<i>Property Review</i>
CIJ	Cour Internationale de Justice	<i>Eur. L. Rev.</i>	<i>European Law Review</i>
Cir.	Circuit	<i>Europ. J. Int. L.</i>	<i>European Journal of International Law</i>
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes	fasc.	fascicule
CMLR	<i>Common Market Law Review</i>	franç.	française
<i>Col. L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>	<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
Coll.	Collection	<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>Colum. J. Eur. L.</i>	<i>Columbia Journal of European Law</i>	<i>Harvard Int. Law Journ.</i>	<i>Harvard International Law Journal</i>
<i>Colum. J. Transnat'l L. comm.</i>	<i>Columbia Journal of Transnational Law</i>	<i>i.e.</i>	<i>Id est</i> (c'est-à-dire)
<i>Comm. com. élect.</i>	Commentaire (revue Lexis Nexis)	<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>Comp.</i>	Communication et commerce électronique	<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
Concl.	Conclusions	<i>ICSID Rep.</i>	<i>ICSID Repertory</i>
<i>Cornell L. Rev.</i>	<i>Cornell Law Review</i>	<i>IJPL-RIDP</i>	<i>International Journal of Procedural Law-Revue internationale de droit processuel</i>
D.	Recueil Dalloz	<i>Ill. L. Rev.</i>	<i>Illinois Law Review</i>
D. P.	<i>Dalloz périodique</i>	<i>Infra</i>	Ci-dessous
dactyl.	Dactylographiée	<i>Int. Arb. L. Rev.</i>	<i>International Arbitration Law Review</i>
<i>Del. J. Corp. L.</i>	<i>Delaware Journal of Corporate Law</i>	<i>Int'l Lis</i>	<i>International Lis</i>
dir.	direction	Introd.	Introduction
DMF	Droit maritime français	<i>J. Int. Arb.</i>	<i>Journal of International Arbitration</i>
<i>doct.</i>	<i>Doctrine</i>	<i>J. Legal Educ.</i>	<i>Journal of Legal Education</i>
DPCI	Droit et pratique du commerce international	<i>J. Priv. Int. L.</i>	<i>Journal of Private International Law</i>
<i>Dr. adm.</i>	<i>Revue de droit administratif</i>	<i>J.-Cl. Adm.</i>	<i>Juris-Classeur Droit Administratif</i>
<i>Dr. et pat.</i>	<i>Droit et Patrimoine</i>	<i>J.-Cl. civ. code</i>	<i>Juris-Classeur Civil Code</i>
<i>Dr. et proc.</i>	<i>Revue Droit et procédure</i>	<i>J.-Cl. comm.</i>	<i>Juris-Classeur Commercial</i>
<i>Dr. fam.</i>	<i>Revue Droit de la famille</i>	<i>J.-Cl. conc.</i>	<i>Juris-Classeur Concurrence et Consommation</i>
		<i>J.-Cl. dr. int.</i>	<i>Juris-Classeur Droit International</i>
		<i>J.-Cl. Europe</i>	<i>Juris-Classeur Europe</i>
		<i>J.-Cl. Libertés</i>	<i>Juris-Classeur Libertés</i>

<i>J.-Cl. proc. civ.</i>	<i>Juris-Classeur Procédure civile</i>	préc.	précité(s)
JCP	<i>Jurisclasseur Périodique (La Semaine Juridique)</i> , édition générale	Rappr.	Rapprocher
JCP E	<i>Jurisclasseur Périodique (La Semaine juridique)</i> , édition entreprise	RCADI	<i>Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye</i>
JCP N	<i>Jurisclasseur Périodique (La Semaine juridique)</i> , édition notariale	RCDIP	<i>Revue critique de droit international privé</i> (antérieurement dénommée <i>Revue de droit international privé et de droit pénal international</i> (1905-1923), <i>Revue de droit international privé</i> (1924-1933) et <i>Revue critique de droit international</i> (1934-1946))
JCP S	<i>Jurisclasseur Périodique (La Semaine juridique)</i> , édition sociale		
JDE	<i>Journal de Droit européen</i>	RDP	<i>Revue de droit public</i>
JDI	<i>Journal du Droit international</i>	RDAl	<i>Revue de Droit des Affaires internationales</i>
JOCE	<i>Journal Officiel des Communautés européennes</i>	RDC	<i>Revue des Contrats</i>
JORF	<i>Journal Officiel de la République française</i>	RDILC	<i>Revue de droit international et de législation comparée</i>
JOUE	<i>Journal Officiel de l'Union européenne</i>	RDP	<i>Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger</i>
<i>Jour. Des Trib. eur.</i>	<i>Journal des Tribunaux, Droit Européen</i>	RDUE	<i>Revue du Droit de l'Union européenne</i>
<i>Jur.</i>	<i>Jurisprudence (Recueil Dalloz)</i>	Rec.	<i>Recueil</i>
Lebon	<i>Recueil Lebon</i>	Rec. CIJ	<i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de Justice</i>
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> (à l'endroit cité)	rééd.	Réédition
LPA	<i>Les Petites Affiches</i>	réimp.	réimpression
LQR	<i>Law Quarterly Review</i>	Rép. Commaille	Répertoire Commaille
<i>Mich. L. Rev.</i>	<i>Michigan Law Review</i>	Rep. dr.	Répertoire de droit communautaire
<i>Minn. L. Rev.</i>	<i>Minnesota Law Review</i>	Rep. dr. int.	Répertoire de droit international
MJ	<i>Maastricht Journal</i>	Rep. proc. Civ.	Répertoire de procédure civile
n.	numéro(s) de paragraphe	Rép. sociétés	Dalloz Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire des sociétés
<i>N.Y. L. J.</i>	<i>New York Law Journal</i>	repr.	Reprint
<i>N.Y.U. L. Rev.</i>	<i>New York University Law Review</i>	Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
n°	numéro	Rev. arb.	<i>Revue de l'arbitrage</i>
not.	notamment	Rev. crit. jurisp. belge	<i>Revue critique de jurisprudence belge</i>
<i>Nouv. Rev. Hist. Dr. Fran. et étr.</i>	<i>Nouvelle revue de l'histoire du droit français et étranger</i>	Rev. dr. banc. et fi.	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
obs.	observations		
OGH	Oberster Gerichtshof		
<i>op. cit.</i>	<i>opus citato</i> (dans l'ouvrage cité)		
p.	Page		
pan.	Panorama ( <i>Recueil Dalloz</i> )		
<i>Passim</i>	en plusieurs endroits		
pp.	Pages		

<i>Rev. dr. int. et de légis. comp.</i>	<i>Revue de droit international et de législation comparée</i>	<i>Riv. dir. int.</i>	<i>comparé Rivista di diritto internazionale</i>
<i>Rev. dr. transp.</i>	<i>Revue de droit des transports</i>	<i>Riv. dir. int. priv. e proc.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>
<i>Rev. dr. trav.</i>	<i>Revue de droit du travail</i>	RJDA	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>Rev. Dr. U.E.</i>	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>	RLDA	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>Rev. eco.</i>	<i>Revue Economies</i>	RMC	<i>Revue du Marché Commun</i>
<i>Rev. Europe</i>	<i>Revue Europe</i>	RMCUE	<i>Revue du Marché Commun et de l'Union européenne</i>
<i>Rev. fr. dr. aérien</i>	<i>Revue française de droit aérien</i>	RMUE	<i>Revue du Marché unique européen</i>
<i>Rev. fr. dr. constit.</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>	RSC	<i>Revue de sciences criminelles</i>
<i>Rev. Générale des Assurances Terrestres</i>	<i>Revue générale des assurances terrestres</i>	RTD Civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>Rev. Hist. Dr. Fr. et Etr.</i>	<i>Revue d'Histoire du droit français et étranger</i>	RTD Com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>Rev. hist. fac. dr. sc. jur.</i>	<i>Revue d'histoire des facultés de droit et de sciences juridiques</i>	RTDE	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>Rev. jur. Alsace et Lorraine</i>	<i>Revue juridique d'Alsace et Lorraine</i>	RTDH	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
<i>Rev. jur. com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>	s.	<i>suivant(e)s</i>
<i>Rev. Lamy concurrence</i>	<i>Revue Lamy concurrence</i>	S.	<i>Recueil Sirey</i>
<i>Rev. Lamy de dr. civ.</i>	<i>Revue Lamy droit civil</i>	S. Cal. L. Rev.	<i>Southern California Law Review</i>
<i>Rev. Lamy dr. aff.</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>	somm.	<i>sommaire</i>
<i>Rev. prat. dr. inter. priv.</i>	<i>Revue pratique de droit international privé</i>	spéc.	<i>spécialement</i>
<i>Rev. prat. soc.</i>	<i>Revue pratique des sociétés civiles et commerciales</i>	Stan. L. Rev.	<i>Stanford Law Review</i>
<i>Rev. proc. coll.</i>	<i>Revue des procédures collectives</i>	Supra	<i>Ci-dessus</i>
<i>Rev. Propriété industrielles</i>	<i>Revue Propriété industrielle</i>	t.	<i>Tome</i>
<i>Rev. soc.</i>	<i>Revue des sociétés</i>	TCFDIP	<i>Travaux du Comité français de Droit international privé</i>
<i>Revue d'hist. de la diplo.</i>	<i>Revue d'histoire de la diplomatie</i>	Tex. L. Rev.	<i>Texas Law Review</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>	trad.	<i>traduction</i>
RGDAss.	<i>Revue générale du droit des assurances</i>	Tul. L. Rev.	<i>Tulane Law Review</i>
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i>	U. Chi. L. Rev.	<i>University of Chicago Law Review</i>
RGDP	<i>Revue générale des procédures</i>	U. Kan. L. Rev.	<i>University of Kansas Law Review</i>
RID éco.	<i>Revue internationale de droit économique</i>	U. Miami Inter-Am. L. Rev.	<i>University of Miami Inter-America Law Review</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit</i>	U. Penn. J. Int'l Eco. L.	<i>University of Pennsylvania Journal of International Economic Law</i>
		U. Penn. L. Rev.	<i>University of Pennsylvania Law Review</i>
		U.C. Davis L.	<i>University of California</i>



<i>rev.</i>	<i>Davis Law Review</i>	Vol.	Volume
Uni.	Université/University	<i>Wis. L. Rev.</i>	<i>Wisconsin Law Review</i>
V.	Voir (ou <i>versus</i> )	<i>Wm. &amp; Mary</i>	<i>William &amp; Mary Law</i>
<i>Va. J. Int. L.</i>	<i>Virginia Journal of</i>	<i>L. Rev.</i>	<i>Review</i>
	<i>International Law</i>	<i>Yale J Int l L.</i>	<i>Yale Journal of International</i>
<i>Va. L. Rev.</i>	<i>Virginia Law Review</i>		<i>Law</i>
V°	<i>Verbo</i> (au mot)	<i>Yale L.J.</i>	<i>Yale Law Journal</i>



*« Ce n'est pas aux lecteurs de cet ouvrage que je croirai jamais devoir prouver que les idées gouvernent et bouleversent le monde, ou, en d'autres termes, que tout le mécanisme social repose finalement sur des opinions ».*

Auguste Comte, *Cours de philosophie positive*  
(1830-1842)

## INTRODUCTION

---

1. C'est une belle porte usée par le temps. Haute et fière, majestueuse, elle rappelle ces vieilles demoiselles devant lesquelles on se découvrait par respect. On passe plus souvent devant son seuil que l'on ne le franchit, d'ailleurs. Les vantaux imposants, taillés dans un bois massif et cintrés de métal bruni, sont pourtant fréquemment ouverts. Mais l'époque a changé. Il n'est plus très utile de passer par la cour intérieure alors que tant de portes de service ont été ouvertes aux visiteurs. Il faut dire que la maison s'est beaucoup développée, que le trafic est devenu intense. Les capitaines d'industrie, les grandes familles, aristocrates et bourgeoises, côtoient aujourd'hui les mères adoptantes, les petites entreprises, les employés de bureau. Du reste, depuis que la demeure du notable s'est adossée à d'autres, voisines, on y entre maintenant par des voies de traverse bien plus commodes, qui rejoignent directement, d'où que l'on vienne, les bureaux recherchés. Plus récemment, des extensions sont apparues, en verre et en acier, excroissances nouvelles pour de nouveaux services. Ces constructions n'ont pas la stature, n'obtiennent pas le même respect que l'antique bâtiment au portail de chêne. Elles sont plus modernes ; plus fonctionnelles aussi, ayant remplacé les successions de portes mystérieuses par des couloirs répartiteurs. Le passant est invité, dans ces grandes surfaces aux mélanges baroques, à s'engager dans un couloir aérien, ou souterrain, suivant ce qui s'adapte le mieux à ses besoins. Les froides allées de béton et de verre, les protubérances métalliques, pas toujours du meilleur goût, n'attirent souvent l'œil que pour le repousser ; ils font valoir, au centre, la beauté vénérable de la vieille dame de bois.

La demeure française de la Justice n'est plus depuis longtemps une maison fermée. La porte monumentale des articles 14 et 15 du Code civil, auparavant seule voie d'entrée pour le litige international, sert moins souvent qu'autrefois. Les portes de service interne du droit commun de la compétence judiciaire sont devenues, entre 1948 et 1962, autant de portes d'entrée. Surtout, la traboule de l'arbitrage avait déjà discrètement ouvert la maison par l'arrière, et les nombreuses conventions – qui ont connecté la maison à ses voisines – et le droit européen – qui a constitué avec d'autres un grand espace englobant les palais de justice de nombreux États – ont

ainsi constitué autant de nouvelles dessertes, autant de nouvelles portes permettant l'accès à la justice.

2. Ces portes et ces chemins sont longtemps restés dans un coin sombre du paysage du droit international privé français. Loin des multiples éclairages et des belles théories dont le conflit de lois faisait l'objet, la compétence juridictionnelle internationale pouvait même être considérée comme « à peine un objet de droits »<sup>1</sup>, un « parent pauvre »<sup>2</sup> de cette matière qui faisait l'objet d'une « désaffection »<sup>3</sup> assez marquée de la part de la doctrine. Sa faible réglementation n'enjoignait pas, il est vrai, à fournir un effort d'analyse très approfondie sur cette question. Les articles 14 et 15 du Code civil en constituèrent d'ailleurs longtemps les seuls éléments, dont on tirait alors cette double solution de principe : les tribunaux français pouvaient être saisis par tout Français ou contre tout Français, mais ne pouvaient, réciproquement, être juges des différends entre étrangers. La grande porte de bois s'ouvrait ou se fermait ainsi aux justiciables selon leur nationalité. Cela n'appelait pas grand débat<sup>4</sup>. Sans doute, les règles de compétence de droit interne, permettant

---

<sup>1</sup> « De la compétence, on peut dire que c'est à peine un objet de droits [...] Qu'importe ? dira-t-on. Il importe si bien que, lorsque ces matières font l'objet d'un traité, la moindre disposition de cet acte suscite des controverses interminables, les procès naissent à tout propos, les magistrats sont embarrassés et leurs verdicts manquent de la fermeté qui serait désirable », A. PILLET, *Les Conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Sirey 1913, p. VI.

<sup>2</sup> L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica 2008, p. 1.

<sup>3</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. VI, Sirey 1949, n° 1715.

<sup>4</sup> Sinon sur la question, très agitée, de la légitimité de cette solution et de son opportunité. En faveur de cette solution, v. entre autres M. MERLIN, v° « Etranger », *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827, t. IV; L.-J.-D. FERAUD-GIRAUD, « De la compétence des tribunaux français pour connaître des contestations entre étrangers », *JDI* 1880, p. 137s. et 225s. ; J. VALÉRY, *Manuel de droit international privé*, Paris 1914, p. 698s. et, plus tard, Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Leçons de droit civil*, (par E. BARTIN), t. XII, 5<sup>ème</sup> éd., Paris 1922, n° 748 bis. Il faut rappeler qu'il pouvait se prévaloir de l'opinion éclairée d'un des rédacteurs même du Code, Cambacérès, dont on reproduit ici une partie : « Nos lois civiles ne statuant que sur la manière de décider les contestations (sic) entre Français et étrangers, et ne s'occupant pas des procès que les étrangers ont entre eux, elles ont dû garder le silence sur le premier cas : il demeure réglé par les principes généraux ; le Code civil n'y déroge pas ; car les dispositions relatives à ce sujet étant toutes positives, on ne peut en tirer des conséquences négatives [...] 1<sup>ère</sup> subdivision : des procès des étrangers entre eux. Les Tribunaux Français ne peuvent appliquer que les lois françaises, les autres n'ayant pas d'autorité en France : ils n'ont donc de juridiction que sur les personnes que les lois françaises régissent. De là il résulte, 1<sup>o</sup> Que les étrangers sont justiciables des Tribunaux criminels et correctionnels, attendu qu'ils sont soumis aux lois de police et de sûreté ; Qu'ils le sont des Tribunaux civils, pour les actions réelles qu'ils intentent ou qui sont intentées contre eux, à raison d'immeuble situés en France, attendu qu'ils sont soumis au statut réel. Mais les étrangers n'étant pas régis par nos lois dans tout ce qui touche à l'état civil et, dans les actions personnelles et mobilières, le demandeur devant porter son action devant le juge du défendeur' (Fronchet), les étrangers qui ont procès entre eux, pour toute autre cause que la réparation d'un délit commis en France, ou pour des droits réels, ne sont pas justiciables des Tribunaux français. Ce principe, au surplus, ne change rien à la faculté qu'ont les étrangers de prendre pour arbitre un Tribunal français, et de lui donner ainsi, par l'effet de leur volonté, une compétence qu'il ne tient pas de son institution. Le compromis peut sans doute être formel, mais il se forme aussi tacitement de deux manières : 1<sup>oo</sup>) Pour les obligations contractées dans les foires françaises, par des étrangers envers des étrangers. L'intérêt du commerce a fait établir ce principe : 'ce seroit éloigner les étrangers des foires françaises, que de leur refuser le secours de nos Tribunaux pour exercer leurs droits sur les marchandises des étrangers avec lesquels ils ont traité' (Defermon, PV du 6 thermidor an 9, t. 1, p. 23s.). Alors le compromis est formé par la nature de l'engagement que l'étranger a consenti de souscrire ; car l'usage ayant fait de ce compromis un accessoire de l'obligation principale, l'étranger en se soumettant à l'une, se soumet tacitement à l'autre. Aussi les Tribunaux de commerce n'hésitent-ils pas à prononcer en pareil cas (Régal, *ibid.*) », J. G. LOCRE, *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion*, Impr. Impériale, 1805, p. 321s.

La doctrine défavorable à l'application de ce principe s'est cependant rapidement organisée et développée : M. FOELIX, *Traité du droit international privé*, Paris 1847, p. 193s. ; H. BONFILS, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, Paris 1865, n°211 ; R. VINCENT, *Les étrangers devant les tribunaux français*, Paris 1888 ; Ch. LACHAU, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, Paris 1893, p. 33 ; E. GLASSON, « De la compétence des tribunaux français entre

la saisine du juge du domicile du défendeur, du lieu d'exécution du contrat ou du lieu de situation de l'immeuble, avaient progressivement fourni un grand nombre d'exceptions lorsque ces lieux correspondaient au ressort d'un tribunal français dans un litige international. S'agissant toutefois de règles destinées à l'origine aux litiges internes, la discussion agissait surtout la doctrine de procédure civile interne. Les jurisconsultes de droit international, de leur côté, se contentaient d'expliquer la vocation nécessaire de la loi française à régir la compétence des tribunaux français.

Il serait difficile de répéter aujourd'hui un tel constat. Progressivement, et surtout depuis les années 1960, d'abord dans les commentaires de jurisprudence puis dans des études plus fondamentales, la question de la compétence internationale a gagné ses lettres de noblesse. La raison s'en trouve principalement dans le droit positif, dont les évolutions ont appelé une certaine remise en ordre intellectuelle<sup>5</sup>. Les jurisprudences *Patino*, et surtout *Pelassa* et *Scheffel* finirent en effet par briser le principe ancien de l'interdiction des tribunaux français aux litiges entre étrangers, s'appuyant sur les règles de droit interne qui autorisaient déjà les exceptions précédemment évoquées<sup>6</sup>. Surtout, le développement important de la Convention de Bruxelles puis du Règlement européen n°44/2001 a été source d'un grand bouleversement dans le droit positif de la compétence, révélant les difficultés et l'intérêt pratique d'une question dont le caractère accessoire était contredit par la pratique. Les textes et la jurisprudence interprétative de la Cour de justice européenne, prolixe et parfois difficile à comprendre, ont ainsi provoqué autant de discussions, d'évaluations, de critiques par la doctrine de droit international privé<sup>7</sup>. Depuis, la compétence juridictionnelle internationale a fait l'objet de nombre d'études au point que l'on peut dire que sa problématique est aujourd'hui bien établie<sup>8</sup>. Elle désigne un corps de règles dont l'objet est de déterminer les

---

étrangers », *JDI* 1881, p. 105 ; M. MOUTIER, « De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers d'après le projet de réforme du Code de procédure civile », *JDI* 1893 p. 331 ; F. DESPAGNET, *Précis de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> éd. par C. de BOECK, Paris 1909 n°182 (5<sup>ème</sup> éd. par de Boeck) ; A. PILLET, *Principes*, n°100, F. SURVILLE, *Cours élémentaire de droit international privé*, Paris 1925, 7<sup>ème</sup> éd., n°410 ; A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, Paris 1913, 2<sup>ème</sup> éd., t. V, p. 371s. ; l'Institut de Droit International, dès 1875, *AIDI*, t. I, p. 80 et 90.

<sup>5</sup> BARTIN avait cependant déjà posé les jalons d'une analyse de la compétence internationale indépendante du conflit de lois dès le tournant du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle (E. BARTIN, *Principes de droit international privé*, Domat-Montchrestien, 1930, t. I, §119s, spéc. §124. V. déjà, E. BARTIN, note sous Bourges, 19 janv. 1899, *D. P.* 1902, II, p. 57).

<sup>6</sup> Civ. 21 juin 1948, *Patino*, *RCDIP* 1949, p. 557, note Ph. Francescakis ; *JCP* 1948, II, 4422, note P. Lerebours-Pigeonnière ; *S.* 1949, 1, 121, note J.-P. Niboyet ; Civ., 19 oct. 1959, *Pelassa*, *RCDIP* 1960, p. 215, note Y. L. ; *D. i1960*, p. 37, note G. Holleaux ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 oct. 1962, *Scheffel*, *RCDIP* 1963, p. 387, note Ph. Francescakis ; *D.* 1963, p. 109, note G. Holleaux, *Grands Arrêts*, n°37.

<sup>7</sup> Sur lesquels v. principalement, H. GAUDEMET-TALLON et U. MAGNUS et P. MANKOWSKI.

<sup>8</sup> V. particulièrement, H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils et allemands*, Dalloz 1965 ; Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981 ; P. LAGARDE, « Le principe de proximité », *RCADI* 1986-I, t. 196, p. 9, spéc. p. 127s. ; E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, LGDJ 1999 ; B. AUDIT, *RCADI* 2003, t. 305, p. 9, spéc. p. 359s. ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence internationale*, *Economica* 2008. Adde. A. HENRY, *La qualification en matière de conflit de juridiction*, Thèse Reims, 2005, qui s'intéresse à ce que l'on localise (et donc qualifie), la demande, l'action ou les parties. Dans la doctrine américaine, v. également A. LOWENFELD, *International litigation and the quest for reasonableness*, Clarendon Press 1996 ; A. von MEHREN, « Theory and practice of adjudicatory authority in private international law : a comparative study of the doctrine, policies and practices of common and civil-law systems », *RCADI* 2003, t. 295, p. 9.

hypothèses dans lesquelles une affaire entretient des liens suffisamment étroits avec un Etat pour que ses juridictions puissent intervenir.

3. Toutefois, la définition ici proposée, qui reprend pour l'essentiel les termes de nombreux manuels<sup>9</sup>, n'est pas entièrement satisfaisante, parce qu'elle est trop étroite. Elle marque l'intérêt particulier de la doctrine pour ce que l'on peut appeler le rattachement, ces « liens suffisamment étroits » qui « localisent » l'affaire dans un Etat et justifient que ses juridictions interviennent. Quelles que soient les formulations particulières retenues par chacun, il semble donc que la compétence internationale se résume à ce lien entre une affaire et un Etat qui justifie que les juridictions étatiques puissent être saisies. Les études les plus fondamentales sur le droit de la compétence se sont ainsi principalement astreintes à découvrir les principes de détermination de la compétence juridictionnelle<sup>10</sup>. Si les résultats de ces travaux sont importants, ne serait-ce que parce que l'évolution des échanges économiques et des communications internationales a soulevé de nombreuses interrogations sur la pertinence des anciens critères et des anciennes méthodes, il ne s'agit toutefois que d'un aspect des règles de compétence. En particulier, ces efforts d'analyse et de prospective n'ont été qu'assez peu l'occasion de réinterroger le sens même de la réglementation de la compétence. Or, en se concentrant sur le rattachement de la compétence à l'Etat, la théorie classique s'est privée de la possibilité de rendre fidèlement compte d'importants développements du droit positif : l'internationalisation de la réglementation, et la création de nombreuses juridictions internationales.

La présentation classique semble ainsi achopper, tout d'abord, sur les règles de compétence issues de nombre de textes internationaux et des Règlements européens. Selon cette présentation, la compétence juridictionnelle internationale apparaît comme une question étatique (en ce sens que l'État décide), résolue de manière générale (en ce sens que les tribunaux étatiques dans leur ensemble sont

---

<sup>9</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, n° 667 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 55-2 ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 276 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 380 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES SOMMIERES, n° 690 ; S. CLAVEL, *Droit international privé*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2012, p. 179. Comp. B. AUDIT et L. d'AVOUT, n°386, qui préfère évoquer « la question [pour le demandeur] de savoir devant les juridictions de quel Etat tenter son action ». V. aussi P. MAYER, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979, p. 1s., spéc. p. 14 : la compétence des tribunaux étatiques correspond à la « déclaration d'intention » que fait l'Etat « au sujet de l'usage de ce droit » (c'est-à-dire de son propre pouvoir juridictionnel). *Adde.*, v. encore E. BARTIN, *Principes de droit international privé*, t. I, Paris 1930, §120 ; Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, spéc. p. 442s. ; Ch. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *RCADI* t. 104, 1961, p. 167 ; H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils et allemands*, Dalloz 1965, p. 1 ; G. BOLARD, *Essai sur l'application judiciaire du droit international privé*, Thèse dactyl. Dijon 1968 ; Ch. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage. Etude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, IRJS Ed. 2011, n° 5 ; C. ARRUE-MONTENEGRO, *Autonomie de la volonté et conflits de juridictions en droits français et panaméen*, LGDJ 2011, n° 2.

<sup>10</sup> Sinon pour les travaux d'H. BAUER et de Ph. THERY, *précités*. La doctrine étrangère s'y est attachée plus tôt, sans résoudre les problèmes terminologiques que pose la compétence, v. H. SPERL, « La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers », *RCADI* 1931, t. 36, p. 385, spéc. p. 435s. ; H. SMIT, *The terms jurisdiction and competence in comparative law*, 165 *Am. J. Comp. L.* 10 (1961) ; J. JODLOWSKI, « Les Conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile », *RCADI* 1974-III, t. 143, p. 475, spéc. p. 486s. Quant au rattachement, on précisera en outre que, s'il est l'élément essentiel de la règle de compétence prise sous cet angle, on ne saurait toutefois complètement le dissocier de l'hypothèse de la règle, c'est-à-dire du domaine dans lequel elle est amenée à servir (contrat, délit, etc.).

toujours concernés) et unilatérale (en ce sens que seule l'intervention ou la non intervention des juridictions est envisagée). A l'inverse, les règles conventionnelles et européennes ne relèvent quant à elles pas de la seule décision d'un État ; elles désignent assez souvent le juge directement, et non l'ordre juridictionnel étatique ; elles répartissent la compétence au sein des États membres ou parties et ne se contentent pas de définir unilatéralement la compétence de chacun. Elles ne peuvent alors s'intégrer dans le modèle classique qu'en tant qu'exceptions justifiées par l'établissement d'une relation internationale particulière entre États. L'explication satisfait la logique juridique, mais il faut remarquer qu'elle maintient au rang d'exceptions des règles qui résolvent en pratique la plus grande partie du contentieux international.

Ensuite, cette présentation traditionnelle ne permet pas de concevoir l'intervention de juridictions internationales ou simplement nationales qui ont pourtant elles aussi, en pratique, un rôle très important. Les tribunaux arbitraux du commerce international, dont on a pu arguer qu'ils sont les « juges naturels du commerce international »<sup>11</sup>, interviennent par exemple très régulièrement comme instance juridictionnelle de résolution des conflits, tant selon la doctrine qu'en droit positif<sup>12</sup>. En outre, de nombreuses organisations internationales, en particulier l'Union européenne, ont créé des juridictions particulières, intervenant dans des matières qui intéressent citoyens et entreprises. Les tribunaux arbitraux du Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements<sup>13</sup>, l'Office d'Harmonisation du Marché Intérieur<sup>14</sup>, bientôt la Juridiction Unifiée du Brevet<sup>15</sup> sont toutes des juridictions internationales intervenant pour certains litiges en lieu et place des tribunaux nationaux. On ne saurait, pour autant, les inclure dans le groupe des « juridictions étatiques » dont l'État décide l'intervention dans la définition précédente. La « normalité » de la justice étatique pourrait faire apparaître cette exclusion comme relevant du bon sens. Le résultat, toutefois, n'en est pas moins un appauvrissement singulier, au point que la séparation « de bon sens » appelle à tout le moins une vérification.

4. La théorie classique de la compétence internationale tronque ainsi doublement son propre objet d'étude, au regard tant des règles sur lesquelles elle fonde ses postulats, que des juridictions dont elle observe l'intervention. Pour justifier ces exclusions, il faut bien comprendre que la conception qu'elle se fait du droit de la compétence internationale est en réalité partielle : elle présente un biais d'analyse en ce qu'elle considère que l'Etat est la mesure du problème comme de la solution de

---

<sup>11</sup> T. CLAY, « Liberté, égalité, efficacité : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage », *JDI* 2012, p. 443 et 815. L'affirmation est fréquente en France depuis de nombreuses années, peut-être influencé par l'œuvre, imprégnée de l'idée que l'arbitrage est une institution tirée du droit naturel, de R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica 1982.

<sup>12</sup> Preuve parmi d'autres, que l'on aura l'occasion d'évaluer, le droit français reconnaît l'autorité de chose jugée des sentences arbitrales à l'article 1484 du Code de procédure civile.

<sup>13</sup> Le Centre de Règlement des Différends Relatifs aux Investissements, institué par la Convention de Washington du 18 mars 1965.

<sup>14</sup> L'OHMI est un organe de l'Union européenne qui intervient notamment en tant qu'office d'enregistrement de la marque communautaire et comme juridiction de première instance chargée d'accueillir les recours en nullité d'inscription, v. Règlement du Conseil n° 207/2009.

<sup>15</sup> Les différentes divisions de cet ordre juridictionnel seront chargées d'entendre les recours en matière de nullité et de contrefaçon de brevet européen, v. *infra* n° 43.

la compétence internationale. À reprendre les trois propriétés de cette théorie de la compétence internationale, en effet, tout renvoie à l'État.

La première de ces propriétés tient ainsi au « *ressort* » naturel de la compétence internationale. Ni véritablement matériel, ni véritablement territorial, le ressort avec lequel s'articule toute règle de compétence internationale serait tout simplement *l'État*.

La deuxième propriété de la présentation classique de la compétence internationale, intrinsèquement liée à la première, réside ensuite dans le caractère général des *solutions* de compétence internationale. Le terme de compétence générale, proposé par BARTIN au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>16</sup>, exprime l'idée selon laquelle la compétence internationale ne s'intéresse pas à la répartition interne des affaires entre les tribunaux de l'État concerné, mais seulement aux hypothèses d'intervention des tribunaux français pris dans leur ensemble. Dans cette présentation, la première relève du droit interne, les secondes du droit international privé. Là encore, *l'État* revient donc subrepticement dans la théorie : il n'est en effet rien de moins, par le biais de son ordre juridictionnel, que la solution de principe à tout problème de compétence internationale.

La dernière propriété classique de la théorie de la compétence internationale tient enfin à la *méthode de réglementation*, unilatérale, de la compétence. Par ce terme, il faut entendre l'idée selon laquelle le droit de la compétence internationale ne peut, par défaut, que s'occuper d'une alternative binaire : l'intervention ou la non intervention des juridictions étatiques dans l'espèce. Autrement énoncée, l'idée est ainsi celle de la détermination des hypothèses dans lesquelles *l'État* met ses juridictions à disposition du justiciable. Cette propriété, comme les deux autres, confirment la place centrale reconnue à l'État dans la théorie classique de la compétence internationale.

5. Quelle que soit la valeur de ces trois biais, ils sont ainsi alternativement ou cumulativement incompatibles avec les développements contemporains de la compétence internationale précédemment évoqués. La doctrine, pour le justifier, évoque alors souvent l'idée que ces développements forment des exceptions au droit commun de la compétence internationale. Les exceptions composent, sans doute, une constante de la recherche juridique. Toutefois, une telle proposition achoppe sur une difficulté majeure lorsqu'il s'agit de définir la compétence à partir du seul droit commun : comment définir un ensemble de solutions en s'attachant aux caractères d'une partie d'entre elles seulement ? Elle ne peut qu'exclure les règles qui ne fonctionnent pas selon les trois propriétés que l'on vient d'évoquer. Il est alors nécessaire de reprendre cette conception classique pour vérifier que la solution de principe est justifiée par la configuration même du problème de la compétence juridictionnelle internationale. Des solutions, il faut donc remonter au problème.

---

<sup>16</sup> E. BARTIN, *Études sur les effets internationaux des jugements*, t. I, *De la compétence du tribunal étranger*, Paris 1907, p. 1, et surtout *Principes de droit international privé*, t. I, Paris 1930, p. 310.



6. En première approximation, l'Etat tient dans le problème une place beaucoup moins importante que les biais de la conception classique ne le laisseraient présumer. On ne saurait, sans doute, définir un rapport « international » sans introduire l'existence de liens avec plusieurs Etats, ce que NIBOYET appelait le « *phénomène de la frontière* »<sup>17</sup>. Toutefois, si ce phénomène semble accroître l'incertitude de la réponse, il n'en modifie pas pour autant la question elle-même. En plaçant les conflits de juridictions à égalité avec les conflits de lois, on a cru un temps que la question que posaient ces derniers était, tout comme celle du conflit de lois, un problème de classement : choisir l'Etat dont les juridictions seraient compétentes<sup>18</sup>. Il faut pourtant bien se rendre à l'évidence. La compétence internationale, comme la filiation ou la formation des contrats, pose une question matérielle qui pourrait faire, abstraitement, l'objet d'un conflit de lois. On a simplement remarqué que les juridictions qui sont organes d'un Etat ne sauraient appliquer d'autre droit que le leur, en sorte que ce conflit n'aurait pour elles aucun sens. Il est donc inutile de passer par une règle de conflit de lois et l'on peut résoudre directement la question par une réglementation matérielle. Mais, si tel est le cas, ce qui semblait la principale frontière entre le problème de la compétence interne et celui de la compétence internationale doit tomber car si la question à traiter n'est pas celle de *l'Etat* dont les juridictions peuvent être saisies, elle tient alors tout simplement aux *juridictions* qui peuvent l'être. Les données du problème semblent alors pour l'essentiel identiques.
7. Il s'agit, alors, de proposer une définition du problème général à même de réunir toutes ces règles dans un ensemble cohérent. Or, si la présentation classique de la compétence ne permet pas d'englober les règles issues de textes spéciaux, on pourrait proposer de renverser la perspective. Ces dernières interviennent après tout en priorité, tandis que le droit commun n'intervient par définition qu'à défaut. Surtout, la réglementation issue des textes internationaux présente une remarquable similarité de fonctionnement avec ce que le droit français connaît lorsqu'il réglemente la compétence des tribunaux dans les affaires purement françaises : l'un comme l'autre répartissent positivement les affaires au sein d'un groupe de juridictions et ne s'arrête pas au seul fait d'envisager si les juridictions de ce groupe pourront être globalement saisies. Si, dans la présentation classique de la compétence internationale, le justiciable doit frapper à la porte et espérer qu'elle s'ouvre, cette présentation renouvelée permettrait d'y ajouter sans difficulté toutes les hypothèses dans lesquelles il n'a qu'à suivre les signes lui indiquant quel couloir prendre et quel bureau rejoindre. L'extension de la conception interne au cadre international pourrait ainsi offrir une alternative à la présentation classique de la compétence internationale.

---

<sup>17</sup> J.-P. NIBOYET, *Cours de droit international privé*, Sirey 1946, n° 1 : « *Les obstacles, dans les rapports de droit internationaux proviennent d'une situation qui est évidente. Nous y reviendrons constamment parce que c'est là évidemment la source de toutes les difficultés : c'est le phénomène de la frontière, c'est-à-dire de l'existence de part et d'autre de celle-ci, d'Etats indépendants qui ont leur système propre, leur législation, leur organisation judiciaire, leurs autorités pour dresser des actes. Pour que la vie juridique des individus puisse se faire d'un pays à l'autre il faut jeter un certain nombre de ponts, de façon à rendre la vie tolérable ou possible* » (les italiques, ici renversées, sont de l'auteur).

<sup>18</sup> Outre E. BARTIN, *Principes de droit international privé*, Domat-Montchrestien, 1930, t. I, §119s, spéc. §124; v. aussi J.-P. NIBOYET, *Traité*, t. III, n°844.

Adoptant la même conception que la doctrine internationaliste, les auteurs de procédure interne tendent à présenter la compétence interne comme un ensemble de solutions. Leurs définitions laissent cependant transparaître une idée du problème auquel elles répondent. Que ce soit par exemple « *la division du travail judiciaire* »<sup>19</sup>, « *l'aptitude d'une juridiction à exercer son pouvoir de juger un litige de préférence à une autre* »<sup>20</sup> ou encore « *la désignation, parmi toutes les juridictions, de celle à qui est donnée l'aptitude de connaître d'une demande* »<sup>21</sup>, on retrouve en effet l'idée sous-jacente de l'organisation de la pluralité des juridictions existant au sein de l'ordre juridictionnel français. Les juridictions sont multiples, il faut donc choisir le juge, et permettre à ce dernier de savoir s'il peut intervenir, ou si l'affaire relève d'un autre juge. Dès lors, en adoptant un point de vue fonctionnel, la compétence internationale serait à son tour *l'organisation de la concurrence internationale des juridictions*.

8. Ainsi redéfinie par son problème, la théorie de la compétence internationale pourrait porter de nouveaux fruits. Il deviendrait possible, tout d'abord, d'intégrer au raisonnement ces nombreuses juridictions qui ne relèvent pas de l'ordre étatique. L'impact sur la réglementation ne serait pas nécessairement immédiat, mais il ne faudrait pas négliger les « *incidences diffuses qui tiennent aux postulats que l'on retient* »<sup>22</sup> : la conception que l'on se fait d'une matière n'est pas sans influencer sur la manière de la traiter<sup>23</sup>. Le simple fait de concevoir une véritable organisation de la justice internationale aurait par exemple le mérite de confronter les discours contradictoires selon lesquels les échanges commerciaux internationaux seraient tout à la fois contrôlés par l'État français et laissés aux mains de l'arbitre, leur juge « naturel ».

Une telle présentation pourrait avoir, en outre, des mérites plus concrets. Depuis plusieurs années, les propositions se multiplient en doctrine pour essayer d'articuler d'une manière plus souple et plus efficace l'activité juridictionnelle des tribunaux français avec celle des tribunaux étrangers. Pour n'en citer que quelques unes, on a ainsi proposé de prendre en compte la compétence du juge étranger dans l'établissement de la compétence des juridictions françaises<sup>24</sup>, de permettre au juge français d'interroger directement le juge étranger sur ce point<sup>25</sup>, ou réciproquement de répondre à des actions des parties visant à influencer une procédure étrangère. Cette dernière hypothèse, d'ailleurs, s'est illustrée par plusieurs arrêts, les juges français ayant dû répondre à plusieurs décisions de *forum non conveniens* ainsi que sur

---

<sup>19</sup> G. CORNU et J. FOYER, n° 27.

<sup>20</sup> L. CADIET et E. JEULAND, n° 106. Dans une perspective relationniste, M. JEULAND a aussi proposé de considérer que « *déterminer le juge compétent consiste à déterminer avec quel juge les parties en litige ont des liens étroits* » (E. JEULAND, *Droit processuel*, 2<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2012, n° 562).

<sup>21</sup> J. HERON et T. LE BARS, n° 948.

<sup>22</sup> Ph. THERY, *op. cit.*, p. 356: « *Il peut paraître douteux que l'intérêt d'un débat soit nécessairement mesurable à l'aune de ses résultats pratiques. Bien sûr, il ne faut pas délibérément les négliger. Mais il est des incidences diffuses qui tiennent aux postulats que l'on retient* ». V. dans le même sens Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz 2002, n° 186s.

<sup>23</sup> V. plus généralement en procédure civile H. CROZE, Ch. MOREL et O. FRADIN, *Procédure civile*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec 2008, n° 8 et, dans une perspective plus générale encore, Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz 2002, n° 186s. On doit s'avouer ici sensible à une certaine philosophie, dans la tradition de HUME, BERKELEY et bien sûr T. KUHN, qui conçoit la science comme influencée par les paradigmes qu'elle retient.

<sup>24</sup> V. notamment L. USUNIER, *op. cit.*

<sup>25</sup> M.-L. NIBOYET, « La globalisation du procès civil international », *JDI* 2006, p. 937.

les conséquences d'une *class action* américaine<sup>26</sup>. Ces propositions s'accordent mal avec l'évocation d'une compétence internationale limitée à la décision de l'État, abstraite et introvertie, de faire intervenir ses juridictions. Elles s'harmonisent mieux, en revanche, avec l'idée d'une compétence internationale définie simplement par son problème, l'organisation de la concurrence, qui ne présume en rien des solutions et s'adapte au contraire à la réalité de sa configuration. La conception de la compétence internationale comme l'organisation de la concurrence internationale des juridictions pourrait ainsi être, ponctuellement, porteuse de solutions nouvelles, et peut-être au-delà permettre de mieux coordonner l'intervention des juridictions dans les litiges internationaux.

9. Création de juridictions internationales spécialisées, développement exponentiel de l'arbitrage commercial international et d'investissement, multiplication des accords internationaux et des règlements européens pour articuler les justices nationales, nouvelles solutions processuelles prétorienne pour prendre en compte les procédures étrangères, l'organisation de la justice internationale n'est pas seulement le problème théorique auquel répond le droit de la compétence internationale, c'est aussi, manifestement, une réalité juridique en train de se dessiner. On ne pourra faire à plus long terme l'économie d'une analyse globale de cette évolution. Cette thèse se propose, dès lors, d'en faire l'essai.

Il faut toutefois en délimiter le champ et la méthode. Pour ce faire, les termes mêmes du projet semblent déjà définir un programme de recherche.

10. *Organisation*. On peut tout d'abord comprendre l'idée d'organisation de la concurrence juridictionnelle internationale sous trois rapports : la détermination de la juridiction ou des juridictions compétentes, la solution des conflits de procédure lorsque plusieurs juges sont saisis d'affaires proches ou identiques, enfin l'effet donné aux jugements eux-mêmes. Parmi ces trois rapports, l'organisation ici étudiée ne s'intéressera cependant qu'aux seules questions de compétence, délaissant tant les effets des jugements que les conflits de procédures.

Quant aux effets des jugements, d'une part, le problème est moins celui d'un rapport entre juridictions qu'entre normes. Il s'agit en effet dans ce cas de déterminer si un jugement étranger peut-être reconnu dans le for, à quelles conditions, et pour quels effets. À ce stade, le juge étranger n'existe plus qu'en tant que source de la décision qui fait l'objet du problème et l'on s'interroge simplement sur le sens et la portée que l'on peut octroyer à cette norme juridique étrangère. La question est d'ailleurs tellement peu liée à l'organe à l'origine de la décision qu'il est aujourd'hui admis, depuis des travaux importants<sup>27</sup>, que sa méthode de résolution

---

<sup>26</sup> Paris 6 mars 2008, *Flash Airlines*, *JDI* 2009, p. 171, note G. Cuniberti; *JCP* 2008, II, 10115, note C. Bruneau; *D.* 2008, p. 1452, note P. Courbe et pan. p. 1516, obs. F. Jault-Seseke; *Gaz. Pal.* 21 fév. 2009, p. 48, note M.-L. Niboyet; Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 déc. 2011, *West Caribbean Airways*, *JDI* 2012, p. 1384, note S. Clavel; *RCDIP* 2012, p. 138, Rapp. Maitrepierre; *D.* 2012, p. 254, obs. X. Delpech et note Ph. Delebecque et p. 1237, obs. F. Jault-Seseke et 1439, note H. Kenfack; *JCP* 2012, p. 414, note 264 par L. d'Avout; *RTD Civ.* 2012, p. 367, note Ph. Théry; *RDC* 2012, p. 957, note A. Lapart. V. aussi, O. DUBOS, « Juridictions américaines et juridictions françaises face à l'article 33 de la Convention de Montréal : un dialogue de sourds ? », *JDI* 2012, p. 1281.

<sup>27</sup> P. MAYER, *La distinction des règles et des décisions en droit international privé*, Dalloz 1973.

accueille tant les décisions juridictionnelles que les actes publics, quelle qu'en soit l'origine : gouvernement, parlement, officier ministériel, etc. L'important ici est que les décisions, comme les règles en matière de conflit de lois, servent de « *base de déduction* » pour la solution du cas soumis au juge<sup>28</sup>. La catégorie de règles portant sur les effets des jugements a ainsi pour objet premier de déterminer le devenir d'une norme, d'un acte. Le lien avec l'organisation de la concurrence internationale des juridictions est donc très indirect, à tel point d'ailleurs que même la condition appelée de « *compétence indirecte* », qui vérifie la compétence du juge étranger à l'origine de la décision, est aujourd'hui déconnectée de la réglementation de la compétence internationale. Cette dernière appelle fondamentalement l'idée d'une organisation de *l'activité*, avant de s'interroger sur le devenir des produits de cette activité.

Quant aux conflits de procédures, d'autre part, l'enjeu est moins pressant. Par conflits de procédures, il faut entendre l'ensemble des hypothèses dans lesquelles deux juridictions, parallèlement saisies d'affaires liées si ce n'est identiques, peuvent chacune « *contrarier* » l'instance de l'autre<sup>29</sup>. Les deux types les plus classiques de ces interférences sont appelés, en droit international privé comme en droit interne, exception de litispendance et exception de connexité. Les conflits de procédures sont toutefois presque aussi nombreux qu'il peut y avoir de procédures et de décisions : de fameuses injonctions anglaises, par exemple, permettent au juge anglais d'obliger le plaideur à l'étranger à se désister de l'instance en cours, l'impact sur la procédure étrangère est alors évident<sup>30</sup>. Du fait de cette confrontation plus ou moins voulue entre les juridictions, on appelle parfois cette situation une « *concurrence de procédure* »<sup>31</sup>, ce qui pourrait plaider en faveur de l'intégration de ces éléments à l'analyse ici entreprise. On se permettra, toutefois, de les évincer au moins partiellement. Les conflits de procédures forment une pathologie qui est en droit international privé d'autant plus accentuée que les réglementations de l'organisation de la justice internationale ne sont pas bien articulées entre les différents États du monde. Ces conflits ne sont ainsi que la manifestation d'un autre échec, celui de la réglementation internationale de la compétence. Dès lors, remonter au choix initial du juge permettrait de s'approcher du cœur du problème. D'un point de vue scientifique, la recherche est ainsi plus intéressante parce que plus prometteuse : une explication claire de celle-ci (la compétence) permettrait en partie d'éviter ceux-là (les conflits de procédure)<sup>32</sup>. On fera œuvre plus utile et efficace en se concentrant sur le dernier et meilleur élément de l'organisation : la réglementation de la compétence internationale<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>29</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 809.

<sup>30</sup> V. sur le sujet S. CLAVEL, *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le Règlement des litiges privés internationaux*, thèse Paris I, 2001.

<sup>31</sup> B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 445 ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 434.

<sup>32</sup> En ce sens, P. WAUTELET, *Les conflits de procédure*, thèse Univ. Catholique de Louvain, 2002.

<sup>33</sup> V. en outre en ce domaine, les travaux de Mme V. MOISSINAC-MASSÉNAT, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, LGDJ, 2007, et de M. D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, Thèse dactyl., Aix-Marseille 2008.

11. *Internationale*. Le point central du problème apparaît ainsi, en amont de la saisine d'un organe juridictionnel, comme la détermination de la juridiction ou des juridictions qui peuvent intervenir dans l'ordre international. International ne veut pas dire mondial, cependant, en ce que l'on ne saurait prétendre synthétiser l'*organisation mondiale* de cette justice. Le problème de l'organisation internationale est précisément qu'elle n'est le plus souvent pas internationale par sa source, mais simplement par son objet.

Cette recherche souhaite il est vrai tendre vers une approche plus universelle, parce que plus globale, de l'organisation de la justice. Il ne s'agira pas, bien sûr, de se priver d'évoquer le droit étranger lorsque celui-ci a un impact direct sur la problématique de la compétence vue depuis l'ordre juridique français. On pense, par exemple, aux décisions de *forum non conveniens* américaines qui, justifiant leur dessaisissement, évoquent à tort ou à raison la compétence des juges français<sup>34</sup>. Les décisions consécutives de ces juges ont pu alors tenir compte, en jurisprudence, de ce mécanisme : on ne saurait se passer de l'étudier. On devra donc, le cas échéant, examiner certaines figures ou règles procédurales étrangères : c'est après tout le cœur de la problématique du droit international privé. Mais il faut se résoudre à ce que son champ soit stable et relativement cohérent : celui dont un droit positif montre le tableau. Le choix sera donc fait de limiter les sources de cette recherche pour se permettre d'offrir des propositions concrètes. On choisira donc d'étudier non l'organisation internationale de la concurrence des juridictions, mais l'organisation (française) de la concurrence internationale des juridictions.

12. *Concurrence*. Il est un autre raccourci dont il faut immédiatement se garder. L'organisation de la concurrence n'est pas un nouveau droit de la concurrence. Le terme de concurrence, en effet, peut rapidement évoquer la concurrence de marché ce qui, appliqué à des juridictions, pourrait laisser penser que cette recherche aurait pour cadre un « *supermarché mondial de la justice* »<sup>35</sup>. Une telle conception, que l'on pourrait qualifier aussi de concurrence d'offres de justice, appellerait alors une analyse économique du droit. Au tournant du millénaire, une partie grandissante de la doctrine française a commencé à s'intéresser à cette question<sup>36</sup>. Cet intérêt trouva une résonance particulière dans le séisme qu'a pu provoquer dans le monde juridique et politique français le premier Rapport *Doing Business* de la Banque Mondiale en 2004. Appliquant cette méthodologie à une évaluation comparative des différents systèmes juridiques, ce rapport classa en effet le droit français parmi les systèmes peu efficaces en matière d'accès au crédit, d'exécution des contrats ou encore de procédures collectives<sup>37</sup>. Depuis lors, l'analyse économique du droit bénéficie en France du privilège douteux d'être souvent évoquée pour être presque

---

<sup>34</sup> Ainsi dans les affaires *Flash Airlines* et *West Caribbean* précitées, note n° 26.

<sup>35</sup> P. de VAREILLES-SOMMIERES, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP* 2000-2002, p. 49.

<sup>36</sup> Sur l'histoire de laquelle on trouvera d'intéressants éléments dans un ouvrage de référence, E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz 2008, n° 23s., spéc. n° 52s.

<sup>37</sup> Le rapport est encore disponible en ligne en anglais à l'adresse suivante : <http://truu.worldbank.org/Documents/DoingBusiness/2004/DB2004-full-report.pdf>.

aussi fréquemment critiquée<sup>38</sup>. Le titre de cette recherche, *l'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, pourrait alors convoquer autant de scepticisme que d'enthousiasme. L'un comme l'autre seraient infondés : il ne s'agit pas, ici, de proposer l'analyse d'un marché de la justice. L'étude pourrait sans doute être intéressante, dès l'instant que l'on ne conçoit cette dernière que comme un prisme parmi d'autres de lecture de la réalité juridique<sup>39</sup>. Il n'y aurait en ce cas pas de raison de l'exclure<sup>40</sup>. Il sera donc possible, à l'occasion, que l'on fasse appel aux ressources de cette analyse pour évaluer quelques solutions du droit positif. Mais c'est précisément cet aspect qui en limite la portée : le propos n'est pas d'évaluer, mais avant tout de décrire la réalité de l'organisation de la concurrence des justices dans l'espace international. Si l'on évoque la concurrence, alors, ce n'est que pour constater l'état dans lequel se trouvent ces organes dont les fonctions sont similaires et non l'action de ces organes, souvent imaginaire<sup>41</sup>, en vue de remporter la concurrence, ce que l'on a pu proposer d'appeler la compétition<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> V. E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Ibid. Adde.*, H. MUIR WATT, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, B. DÉFFAINS (dir.), Ed. Cujas 2002, p. 37.

<sup>39</sup> L'analyse économique n'aurait en effet d'autre objet que de révéler la « rationalité sous-jacente des règles juridiques et les principaux effets prévisibles de leur changement. Elle propose une lecture des règles juridiques qui les juge par leurs effets incitatifs et par les changements de comportement des citoyens en réponse à ces incitations », E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 2121. Sans doute, le prisme économique éclaire et obscurcit en fonction de postulats qui ne sont pas nécessairement adaptés à la science juridique. On remarquera deux choses, toutefois. D'une part, le premier des postulats de la science économique est la rationalité de l'homme. Si la pratique juridique démontre volontiers au quotidien les limites de ce postulat, on ne saurait pour autant renier la proximité qu'il entretient avec celui du droit positif et de sa science, tous deux fondés, au moins en droit contemporain, sur une certaine logique rationnelle. D'autre part, si le droit aime le temps long, il n'en est pas moins toujours ancré dans son temps. La règle ou la théorie qui ne se comprend plus à une époque donnée n'est pas assurée d'être suivie bien longtemps. La rationalité économique, si elle peut être critiquable, n'est pas loin d'être pourtant l'une des logiques les plus prégnantes de ces dernières décennies. On voit mal en quoi le droit, pourtant proche parent en sciences humaines, pourrait alors refuser cette lecture. (Sur la modification du paradigme, v. notamment D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 13. V. aussi S. BOLLEE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *L'efficacité économique en droit*, S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès, *Economica* 2008, p. 121, spéc. p. 125 *in fine*, évoquant notamment l'audience que l'analyse économique trouve tant en doctrine qu'en droit positif).

<sup>40</sup> Sur lequel les travaux commencent à abonder. Dans la littérature juridique française, v. entre autres, outre l'article de S. BOLLEE, précité, L. CADIET, « Ordre concurrentiel et justice », *in Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Ed. Frison-Roche 2003, p. 109 ; H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI* 2004, t. 307, p. 25 ; C. KESSEJDIAN, « Le droit entre concurrence et coopération », *in Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 119. *Adde.*, pour une perspective originale, sinon très critiquable, B. LEMMENICIER, « L'économie de la justice : du monopole d'Etat à la concurrence privée », *Justices* 1995, n° 1, p. 135. On ne peut en outre oublier de citer les propositions maintenant célèbres de deux auteurs américains en faveur d'une libéralisation du choix des juridictions par les parties, J. DAMMANN et H. HANSMANN, « A global market for judicial services », *RIDC* 1998, p. 421 ; Globalizing commercial litigation, 94 *Cornell L. Rev.* 1, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1113217> (V. aussi D. R. STRAS, Why Supreme Court Justices should ride circuits again, 91 *Minn. L. Rev.* 1710). Mme MUIR WATT a proposé des pistes de recherche assez proche dans H. MUIR WATT, « La régulation des services judiciaires en Europe, Concurrence interjuridictionnelle et mobilité des juges : vers des *riding circuits* ? », *in Conflits de lois et régulation économique*, M. Audit, H. Muir Watt et E. Pataut (dir.), LGDJ 2008, p. 231.

<sup>41</sup> En particulier du fait que, contrairement à ce qui se produit dans la compétition économique classique, les législateurs comme les juridictions n'ont qu'assez mal intégré le profit potentiel d'attirer les justiciables. L'exception, manifeste, est évidemment l'arbitrage. Sur l'histoire sociologique du droit contemporain de l'arbitrage et son développement mercantile, v. Y. DEZALAY et B. GARTH, *Dealing in virtue : International Commercial Arbitration and the Emergence of a New International Legal Order*, University of Chicago Press, 1996.

<sup>42</sup> C. LUCAS de LEYSSAC, « Concurrence et compétition », *D.* 2004, p. 1722.

Il faut toutefois reconnaître que les deux démarches, de l'analyse économique et de la recherche d'une nouvelle description de la compétence internationale, ne sont pas sans lien. L'analyse économique du droit promeut une pensée nivellante : l'État, les biens publics, le choix public ne sont que des éléments d'une étude rationnelle des choix des acteurs, comme peuvent l'être la rareté, le coût, le marché ou la concurrence<sup>43</sup>. En d'autres termes, l'analyse économique développe ce que l'on a pu appeler une perspective « privatiste » des problèmes qu'elle étudie. Or, si le terme a été employé pour une étude du mouvement des idées dans le conflit de lois<sup>44</sup>, il semble parfaitement adapté à décrire ce qui paraît progressivement se produire, en doctrine comme dans le droit positif, au sujet de l'organisation internationale de la justice<sup>45</sup> : comme pour cette autre méthode du droit international privé, l'État semble en effet progressivement s'estomper du tableau, laissant le droit de la compétence internationale à la fois plus libre de se développer et moins assuré de son unité.

13. *Juridictions*. Encore faut-il être sûr que les développements de la justice internationale dont on parle ici soient suffisamment proches pour que l'on puisse les étudier ensemble. Or, si l'on peut sans doute comparer directement, par exemple, tribunal arbitral et tribunal étatique dans le champ du droit dans lequel ils interviennent tous les deux, la comparaison perdrait sa raison d'être au-delà de ce champ. Il s'agit donc de choisir une branche du droit à la fois pertinente et révélatrice des développements en cours. Le droit économique, pris dans un sens large, apparaît comme le champ le plus vaste dont l'étude puisse être encore envisagée de manière unitaire. C'est en effet celui dans lequel une logique commune intervient, celle de la mondialisation économique. Elle a permis ou provoqué, en effet, de nombreux développements, en particulier l'institution de ces juridictions spécialisées que l'on évoquait déjà plus haut : l'Office d'Harmonisation du Marché Intérieur pour la Marque communautaire, la Juridiction Unifiée du Brevet pour le Brevet européen à venir, mais aussi les tribunaux arbitraux spéciaux établis sous l'égide du Centre de Règlement des Différends relatifs aux Investissements ou même encore, honorable ancêtre, les Tribunaux pour la navigation sur le Rhin. C'est enfin le domaine dans lequel s'épanouit l'arbitrage commercial international. En définitive, un tel domaine exclut surtout les relations de droit public et les questions relatives au statut personnel et familial.

Les premières correspondent, de manière générale, à l'exclusion prévue par l'article 1 du Règlement du Conseil européen n°44/2001, ancienne Convention de Bruxelles, tel qu'interprété par l'arrêt *Eurocontrol* de la Cour de justice de l'Union<sup>46</sup> : les relations auxquelles est partie une personne publique agissant dans l'exercice de

---

<sup>43</sup> V. en particulier, sur ce point, H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », précité.

<sup>44</sup> P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le conflit de lois », *Droits* 1985, p.129.

<sup>45</sup> L'approche économique est ainsi à la source des travaux précités de D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 22 ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica 2008 ; C. ARRUE-MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans les conflits de juridictions*, LGDJ 2011.

<sup>46</sup> CJCE 14 oct. 1976, *Eurocontrol*, Aff. 29/76, RCDIP 1977, p. 776, note G. Droz; JDI 1977, p. 707 note A. Huet; *Cab. Dr. Eur.* 1977, p. 146, note G. Leleux.

la puissance publique<sup>47</sup>. Bien que le droit des investissements que le CIRDI ait vocation à protéger puisse souvent empiéter sur ce domaine, on ne saurait évoquer le développement d'une organisation internationale de la justice au sujet des litiges relevant de l'organisation des États ou des organisations internationales. S'il est encore un domaine un tant soit peu récalcitrant à l'intégration internationale, c'est bien celui-ci<sup>48</sup>.

Les secondes, quant à elles, connaissent certainement une forme de mondialisation dont l'impact sur les juridictions est un peu différent. S'il tend aussi à suivre une trajectoire libérale, le droit des relations personnelles et familiales est cependant trop lié à la constitution des identités nationales ainsi qu'au rapport des individus à l'État pour que le développement d'une justice internationale se fasse de la même manière<sup>49</sup>. On peut remarquer, en particulier, qu'il n'existe aucun organe international habilité à trancher des différends entre individus sur ce point. Les juridictions judiciaires de chaque État restent de loin les premières concernées. En revanche, des organes intervenant dans les rapports entre individus et État ont pris de l'ampleur : des autorités particulières interviennent, par exemple, pour faciliter les modifications d'état civil<sup>50</sup>, la filiation adoptive<sup>51</sup> ou la protection de personnes<sup>52</sup> tandis que des cours internationales ont maintenant mandat, d'un autre côté, pour préciser les droits des personnes à l'encontre de l'État, la Cour de justice de l'Union européenne et, surtout, la Cour européenne des Droits de l'Homme. Droit public, droit des personnes et de la famille mais aussi, assez logiquement, droit pénal, font donc l'objet d'un traitement quelque peu différent, plus vertical qu'horizontal, à même de préciser le statut des individus plus que de trancher des différends.

14. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut alors présenter de manière liminaire les différents textes sur lesquels seront fondés les développements qui vont suivre. Tout d'abord, le droit interne de la compétence judiciaire, établi à partir tant du Code de procédure civile que de textes plus ponctuels, en constitue le droit commun. Depuis deux arrêts de la Cour de cassation de 1959 et 1962, *Pelassa* puis *Scheffel*, en effet, la jurisprudence énonce que « *la compétence internationale se détermine*

---

<sup>47</sup> Le Règlement de refonte du précédent, le n° 1215/2012, prévoit d'ailleurs au nouvel article 1<sup>er</sup> que « *la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (acta jure imperii)* » est par ailleurs exclut de son champ.

<sup>48</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 239. En outre, bien qu'elle entretienne des liens avec la compétence juridictionnelle, la notion de compétence de droit public est un peu différente, expliquant peut-être moins les rapports entre les différents corps de l'Etat ou entre les Etats et les autres sujets de droit international public que les pouvoirs conférés à ces mêmes institutions (v. notamment sur ce sujet le colloque *La compétence*, *Travaux de l'AFDA*, Litec 2010 et la thèse de G. TUSSEAU, *La notion d'habilitation*, Dalloz 2006).

<sup>49</sup> On a pu faire remarquer à ce sujet que la matière était celle dans laquelle les liens entre fond et procédure sont importants (Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Dalloz 1976, spéc. p. 140s.), ce qui avait justifié l'évocation d'un intérêt particulier de l'Etat quant à la compétence de ses juridictions pour ses nationaux (E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, LGDJ 1999, spéc. p. 69s.).

<sup>50</sup> On pense ici aux dispositions spécifiques mises en œuvre par la Commission Internationale de l'Etat Civil, notamment la Convention n° 31 dite de Madrid, de 2003, sur la reconnaissance des noms, ou la Convention n° 21, dite de la Haye, relative à la délivrance d'un certificat attestant la diversité des noms de famille d'une personne.

<sup>51</sup> Autorité centrale issue de la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

<sup>52</sup> Autorité centrale pour la protection des mineurs (Convention de la Haye du 19 octobre 1996) et des adultes (Convention de la Haye du 10 janvier 2000).



*par extension des règles de compétence territoriale interne* »<sup>53</sup>. Tout le droit interne de la compétence territoriale est donc amené à intervenir dans la détermination de la compétence internationale. Outre celui-ci, un grand nombre de conventions internationales disposent de solutions particulières dans le champ que l'on vient d'établir<sup>54</sup>.

15. D'une part, le droit de l'arbitrage commercial international a bénéficié de quatre accords internationaux depuis les années 1920 : le Protocole de Genève du 24 septembre 1923, la Convention de Genève du 26 septembre 1927, la Convention de New York du 10 juin 1958, enfin la Convention de Genève du 21 avril 1961<sup>55</sup>. Si les deux premières n'ont aujourd'hui plus guère qu'une valeur historique, les deux dernières figurent encore dans les analyses doctrinales et la jurisprudence, ne serait-ce que pour marquer que l'évolution du droit de l'arbitrage français et en dernier lieu le décret du 13 janvier 2011, en a dépassé les solutions<sup>56</sup>. Dans un domaine voisin, la Convention de Washington du 18 mars 1965, qui a établi le CIRDI, a connu un développement spectaculaire depuis les années 1990<sup>57</sup>. Elle entre aussi dans le champ de l'étude en visant les différends juridiques relatifs aux investissements entre État et investisseur ressortissant d'un autre État partie.
16. D'autre part, un important nombre de conventions, bien que s'intéressant souvent à l'arbitrage entre autres questions, énoncent par ailleurs des règles de compétence judiciaire. Il s'agit d'abord des conventions multilatérales en matière de transport international : dans l'ordre chronologique, la Convention de Varsovie pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international de 1929, amendée à plusieurs reprises jusqu'en 1975, la Convention relative au transport international de marchandises par route de 1956, modifiée par un protocole de 1978, dite « CMR », les Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire, dites « CIM-COTIF », du nom de l'Organisation du Transport International Ferroviaire dans le cadre duquel elles ont été conclues, la Convention de Montréal de 1999 abrogeant et remplaçant entre les États parties la Convention de Varsovie<sup>58</sup>. On citera encore, dans la perspective d'une éventuelle entrée en vigueur, la Convention CNUDCI sur le transport de marchandises par

---

<sup>53</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 oct. 1959, *D.* 1960, p. 37, note G. Holleaux; *RCDIP* 1960, p. 215, note Y. L.; Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 oct. 1962, *RCDIP* 1963, p. 387, note Ph. Francescakis; *D.* 1963, p. 109, note G. Holleaux, *Grands Arrêts*, n° 37.

<sup>54</sup> Les titres formels de ces conventions sont donnés de manière liminaire, en tête de cet ouvrage, avec les autres conventions d'écriture adoptées.

<sup>55</sup> Sur ces Conventions, v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, n° 239s.

<sup>56</sup> Sur ce décret, v. notamment E. GAILLARD et P. de LAPASSE, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, p. 175 ; Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011* », *Rev. arb.* 2011, p. 5 ; T. CLAY, « *Liberté, égalité, efficacité : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage* », *JDI* 2012, p. 443 et 815.

<sup>57</sup> Sur ce contentieux, v. E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, 2 vol. Pedone 2004 et 2010, S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, Litec 2004 ; Ch. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH et A. SINCLAIR, *The ICSID Convention, A commentary*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge Uni. Press, 2009.

<sup>58</sup> Sur lesquelles, en matière de compétence, v. en particulier C. LEGROS, « Les conflits de normes en matière de contrats de transport internationaux de marchandises », *JDI* 2007, p. 799s. et p. 1081s.

mer, dite « Règles de Rotterdam », signée en 2009 notamment par la France mais seulement ratifiée par l'Espagne et le Togo à ce jour<sup>59</sup>.

Parmi les autres conventions, il faudra aussi évoquer la Convention de Bruxelles sur la saisie de navire, de 1952, la Convention pour la navigation du Rhin, l'un des plus anciens textes toujours en vigueur puisqu'elle date dans son premier état de 1804<sup>60</sup>, et l'un des plus récents, la Convention de la Haye du 30 octobre 2005 sur les conventions d'élection de for qui, pour n'être pas encore en vigueur, est au cœur de notre sujet<sup>61</sup>. Enfin, plus anecdotiques, les conventions dites « pollution », la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de 1969 et la Convention de Paris de 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire viennent fermer le ban.

17. Quant aux textes de l'Union européenne, l'exemple topique sera constitué par le Règlement du Conseil n°44/2001, dit Règlement « Bruxelles I ». Issu d'une refonte de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, il s'agit certainement de l'instrument le plus fréquemment employé dans la détermination de la compétence internationale des juridictions françaises puisqu'il régit aujourd'hui notamment le droit de la compétence internationale en matière civile et commerciale pour toute demande formée contre un défendeur domicilié dans l'Union européenne, et modifie également certaines règles de compétence interne dans les autres hypothèses. En outre, les conflits de procédures entre juridictions d'États européens et les décisions rendues par ces mêmes juridictions sont également réglementés par ce texte, ce qui lui donne une portée considérable. Il a lui-même fait l'objet d'une refonte par le Règlement du Conseil n°1215/2012, dit « Bruxelles I bis », mais ce Règlement ne doit pour l'essentiel entrer en vigueur qu'en janvier 2015 ; il ne sera cité que pour les évolutions qu'il propose.

Outre ce texte central sur lequel s'appuient d'ailleurs d'autres règlements<sup>62</sup>, le droit européen dérivé de la compétence reste important. Il est en effet à l'origine de quatre groupes de textes sur la protection de certains droits de propriété intellectuelle. Le Règlement du Conseil n°40/94, tout d'abord, refondu dans le

---

<sup>59</sup> O. CACHARD, « la Convention des Nations-Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer », *JDI* 2012, p. 533 ; Ph. DELEBECQUE, « Le projet CNUDCI, suite et fin ; La Convention des Nations-Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer », *DMF* 2008, p. 211.

<sup>60</sup> J.-P. NIBOYET, « Les tribunaux pour la navigation du Rhin et la juridiction de la Commission centrale du Rhin », *RGDIP* 1923, p. 5 ; H. WALTER, « La révision de la Convention de Mannheim pour la navigation du Rhin », *AFDI* 1965, p. 810. Sur son devenir dans l'Union européenne, en langue allemande, A. Staehelin, "Mannheimer Akte und Europäische Menschenrechtskonvention", *Europeanising van het Nederlands recht*, 2004, pp. 103-114.

<sup>61</sup> B. AUDIT, « Observations sur la Convention de la Haye du 30 octobre 2005 relative aux accords d'élection de for », in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 171 ; L. USUNIER, « La Convention de la Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, Beaucoup de bruit pour rien ? », *RCDIP* 2010, p. 37 ; C. KESSEDJIAN, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI* 2006, p. 813.

<sup>62</sup> V. ainsi par exemple le Règlement du Conseil n° 1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer qui, sinon pour son article 6-2 établissant une compétence spéciale pour l'injonction à l'encontre d'un consommateur, renvoie au Règlement Bruxelles I. Ce renvoi indifférencié, qui ne protège pas d'autres parties faibles comme le salarié ou l'assuré, a d'ailleurs été critiqué, v. L. d'AVOUT et M. LOPEZ de TEJADA, « Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer », *RCDIP* 2007, p. 717.

Règlement n°207/2009, lequel est lui-même en voie de révision<sup>63</sup>, porte sur la création de la marque communautaire<sup>64</sup>. C'est ce texte qui a établi l'activité juridictionnelle d'un organisme administratif de l'Union déjà évoqué : l'Office de l'Harmonisation du Marché Intérieur. Il établit par ailleurs aussi des règles de compétence internationale<sup>65</sup>. Calquées à peu de choses près sur ce dernier, deux autres séries de Règlements sont encore à noter dans ce domaine : le Règlement du Conseil n°6/2002 sur les dessins et modèles communautaires (modifié par le Règlement n°1896/2006) et le Règlement du Conseil n°2100/94 sur les obtentions végétales communautaires (modifié en dernier lieu par le Règlement n°15/2008). Enfin, l'Accord sur la juridiction unifiée du brevet en voie de ratification, accessoire à la coopération renforcée mise en œuvre par le Règlement n°1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012, prévoit à la fois la création d'un ensemble de règles de compétence et d'un système juridictionnel nommé Juridiction Unifiée du Brevet<sup>66</sup>. Malgré le singulier de l'expression, il faut sans doute y voir l'institution d'un véritable ordre juridictionnel spécifique composé d'une cour d'appel et de plusieurs « divisions » d'un Tribunal de première instance, ces divisions disposant de ressorts matériels et géographiques délimités et articulés par l'Accord lui-même<sup>67</sup>. Outre ces éléments de droit de la propriété intellectuelle, on ne pourra manquer d'évoquer les dispositions en matière de défaillance des entreprises, et en particulier le Règlement du Conseil n°1346/2000<sup>68</sup>. Lui aussi en voie de révision<sup>69</sup>, ce règlement établit le droit commun de la faillite internationale des entreprises dont le centre des intérêts principaux est établi sur le territoire de l'Union.

Enfin, le fait que certains textes ne traitent pas essentiellement du juge judiciaire ne devrait pas, dans un premier temps au moins, justifier une exclusion immédiate. On se permettra donc au moins une incursion dans le droit européen de la concurrence et le « paquet concurrence » qui a modifié le traitement du droit des ententes et de l'abus de position dominante, notamment par le Règlement du

---

<sup>63</sup> COM (2013) 161 final.

<sup>64</sup> Sur les aspects pertinents de ce texte, v. A. HUET, « La marque communautaire : la compétence des juridictions des Etats-membres pour connaître de sa validité et de sa contrefaçon », *JDI* 1994, p. 623 ; E. PATAUT, « Compétence internationale et contentieux des marques : entre droit international privé et droit communautaire », *Gaz. Pal.* 28 oct. 2005, p. 5 et « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? » in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen*, Dalloz 2004, p. 31, spéc. p. 43s.

<sup>65</sup> Les recherches ont par ailleurs été arrêtées au 1<sup>er</sup> septembre 2013.

<sup>66</sup> Sur l'ensemble, v. J.-C. GALLOUX, « Le brevet européen à effet unitaire : un volapük juridique intégré ? », *D.* 2013, p. 520 ; O. TAMBOU, « Le brevet européen à effet unitaire : un brevet tant attendu », *Rev. Europe*, 2013, n° 4, Etude n° 4 ; J.-P. GASNIER, « Le brevet unitaire et la juridiction unifiée », *Rev. Propriété industrielles* 2013, n° 5, alerte n° 34.

<sup>67</sup> En ce sens E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), IRJS Editions 2013, p. 23, spéc. p. 31, qui évoque un ensemble de juridictions fédérales.

<sup>68</sup> Sur lequel v. entre autres L. CADIET, E. JEULAND, S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, LexisNexis 2011, spéc. p. 125s. ; F. MELIN, *Le Règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, Bruylant 2008 ; M. RAIMON, *Le Règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, LGDJ 2007. *Adde.*, les travaux de E. FABRIES-LECEA, *Le Règlement insolvabilité, Apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruylant 2012 ; P. NABET, *La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire*, Litec 2010 et G. C. GIORGINI, *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de Règlement de la faillite internationale*, Dalloz 2006.

<sup>69</sup> Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, COM (2012) 744 final.

Conseil n°1/2003 et les Règlements de la Commission qui l'ont mis en œuvre, notamment en ce qu'ils articulent l'activité de la Commission avec des autorités nationales de la concurrence et, assez indirectement, avec les juridictions judiciaires<sup>70</sup>.

18. La détermination du champ de la recherche sur l'organisation de la concurrence internationale des juridictions permet déjà de révéler à quel point les types de juridiction intervenant dans le domaine économique peuvent être variés. Privée du cadre rassurant de l'État, la notion même de compétence *juridictionnelle* internationale devient plus délicate à saisir alors que le pouvoir de juger s'approche pourtant de ceux que l'on dit régaliens. Sans l'État, la notion de compétence *juridictionnelle internationale* devient problématique, puisque ce sont les frontières mêmes de l'État, géographiques et juridiques, qui devraient en fonder l'existence. Sans l'État, dès lors, c'est la notion même de *compétence* internationale qui perd en substance, et qu'il faut redéfinir.

L'État tient ainsi une place essentielle dans la conception classique du droit de la compétence internationale. C'est cette position centrale qui explique le renvoi des juridictions internationales ou anationales vers d'autres analyses alors même qu'elles interviennent dans la justice du commerce international. La place de l'État en tant que source de la Justice, fondement de la division internationale et cadre de la compétence doit donc être réexaminée si l'on veut essayer de discerner une certaine cohérence dans cet ensemble disparate. Le plan de l'étude en découle. Il faut d'abord exposer, évaluer et critiquer les liens exacts entre l'État ou son ordre juridique, d'une part, et le droit de la compétence internationale, d'autre part (Partie 1). On pourra alors proposer une nouvelle perception du droit de la compétence internationale, centrée sur son problème, l'organisation de la concurrence internationale des juridictions, encadrée par ses règles autour de ses juridictions, quelle que soit leur source, et proposer ainsi, à n'en pas douter, des solutions dégagées de l'encombrant héritage étatique (Partie 2).

**Première partie :** L'internationalisation du droit de la compétence juridictionnelle

**Seconde partie :** L'organisation contemporaine du droit de la compétence juridictionnelle

---

<sup>70</sup> V. ainsi la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence n° 2004/C 101/03, *JOCE* C 101/43 du 27 avril 2004 et la Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE n° 2004/C 101/04, *JOCE* C 101/54 du 27 avril 2004.

**PREMIERE PARTIE :**

**L'INTERNATIONALISATION DU DROIT  
DE LA COMPETENCE  
JURIDICTIONNELLE**

---

19. **La justice, pouvoir régalien.** « *Toute Justice émane du Roi* » rappelait LOYSEL au XVI<sup>e</sup> siècle<sup>71</sup>. Il s'agissait, à l'époque, aussi bien de la « Justice » majuscule que rendait Saint Louis, alors modèle de bon jugement, que de celle, minuscule, de ses « justices », ses juges<sup>72</sup>. On ne faisait encore pas bien le départ entre l'organe, le juge, et la décision de justice. Ce n'est que plus tard que la distinction de l'office et de l'officier, proposée par BODIN, sera enseignée et comprise<sup>73</sup>. Cette dernière a permis le développement de l'État tel que nous connaissons aujourd'hui et qui nous permet d'évoquer la justice comme ensemble des organes ayant fonction de juger. Le modèle du Roi fons justitiae, cependant, a laissé des traces dans la conception de la justice. La justice est en effet conçue comme un pouvoir régalien ; elle est étroitement liée à la Souveraineté de l'État.
20. **La justice face à la souveraineté.** À concevoir la justice comme un pouvoir régalien, on en vient toutefois à en faire un monopole de l'État<sup>74</sup>. Or une telle conception n'est pas sans danger. Elle contraint à distinguer le traitement de la justice de source étatique de celui accordé aux autres « justices », internationales ou arbitrales, qui n'en ont pas reçu l'adoubement. Arbitres du commerce et des investissements internationaux, juges spéciaux internationaux ou européens devraient ainsi être considérés à part, si tant est même que l'on puisse les considérer comme de véritables organes juridictionnels. Si l'on définit la compétence, en première approximation, comme la détermination des hypothèses d'intervention d'une juridiction, la distinction des justices nationales et des autres justices justifie alors la distinction de leurs règles de compétence respectives. Sous cet aspect, la revendication de monopole de la justice par l'État, théorique ou positive, contraindrait à renoncer à toute perspective d'une théorie unifiée de l'organisation internationale des juridictions dans le domaine économique. Il faut donc en premier lieu étudier le rapport entre Souveraineté et Justice afin d'envisager la possibilité même d'une théorie de la compétence internationale étendue à d'autres organes que les juridictions étatiques (Titre 1).
21. **L'État, objet de la compétence internationale.** En second lieu, il faut abandonner le plan organique des tribunaux pour aborder le plan normatif, c'est-à-dire au regard des normes de compétence elles-mêmes. Il est d'usage, en effet, de présenter le fonctionnement des règles de compétence internationale comme la recherche de l'État dont les juridictions pourraient se saisir du litige. L'explication d'un tel phénomène se trouverait dans l'idée que la configuration internationale

---

<sup>71</sup> DUPIN et LABOULAYE, *Institutes coutumières d'Antoine Loisel*, Paris 1846, Livre prélim., §4. L'ouvrage est maintenant disponible en ligne à l'adresse suivante : [http://books.google.fr/books?id=umQDAAAQAAJ&hl=fr&source=gbs\\_navlinks\\_s](http://books.google.fr/books?id=umQDAAAQAAJ&hl=fr&source=gbs_navlinks_s).

<sup>72</sup> É. GLASSON, « Le Roi, Grand Justicier », *Nouv. rev. hist. dr. fr. et étr.* 1902, p. 711 et 1903, p. 76. V. encore, parmi une littérature abondante, Y. SASSIER, « *Honor regis judicium diligit*, l'exaltation de la fonction judiciaire du Roi », in *L'office du juge, part de la souveraineté ou puissance nulle*, O. Cayla et M.-F. Renoux-Zagamé (dir.), Bruylant-LGDJ 2001, p. 17 ; J. KRYNEN, *Idéal du prince et pouvoir royal à la fin du Moyen-Age*, Ed. Picard 1981 ; A. LÉBIGRE, *La justice du roi*, Albin Michel 1988.

<sup>73</sup> S. GOYARD-FABRE, *Jean Bodin et le droit de la République*, PUF 1989, spéc. p. 129s.

<sup>74</sup> Cette affirmation concernant la justice vaut aussi pour la Justice majuscule, prise du point de vue du droit positif ; il s'agit alors de la théorie du monisme. Ainsi, la remise en question à laquelle nous invitons ici le lecteur porte sur la conception moniste de la justice.

elle-même n'est jamais qu'une situation étatique. L'antériorité de l'organisation interne par rapport à l'organisation internationale de la justice justifierait de renvoyer du second au premier pour déterminer le juge compétent dans l'espèce. En outre, cette configuration interétatique expliquerait par ailleurs que la compétence internationale désigne en réalité un jeu de règles d'une nature particulière, adaptée à cette situation : les règles de compétence internationale.

22. **La compétence face à l'internationalité.** Ainsi, dans le contexte international, le problème de la compétence se présenterait sous un aspect particulier qui justifierait des solutions spécifiques : la règle de compétence internationale devrait ainsi par principe désigner l'État, à charge pour lui de déterminer ensuite, par son droit de la compétence interne, celle qui pourrait plus précisément être saisie. Là encore, l'analyse exclut par voie de conséquence l'ensemble des organes juridictionnels qui ne relèvent pas de son ordre juridictionnel. En outre, elle semble reléguer au rang d'exceptions curieuses toutes les règles de compétence, pourtant judiciaires, qui désignent non pas l'État, mais des ordres juridictionnels européens particuliers, comme les tribunaux des marques communautaires, ou tout simplement celles qui désignent directement le juge, sans s'arrêter à l'État dont il relève. Toute analyse globale de l'organisation de la justice internationale de droit privé exige alors d'étudier directement les rapports entre les normes de compétence d'une part, et la configuration internationale des rapports de droit privé, d'autre part ; autrement dit, le rapport entre la compétence et l'internationalité (Titre 2).

**Titre premier** : Justice et souveraineté

**Titre second** : Compétence et internationalité





**TITRE PREMIER :**

**JUSTICE ET SOUVERAINETE**

---

**TITRE PREMIER : JUSTICE ET SOUVERAINETE.....** ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

**CHAPITRE I : L'ABANDON DU PRINCIPE REGALIEN** ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

SECTION 1 : LES PREVENTIONS EPISTEMOLOGIQUES.....**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

Paragraphe 1) *Des postulats trompeurs* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2) *Un fondement inopportun : l'ordre juridique*..... **Erreur ! Signet non défini.**

SECTION 2 : LE LIBERALISME DU DROIT POSITIF .....**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

Paragraphe 1) *L'indifférence relative du droit constitutionnel*..... **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2) *Le libéralisme relatif du droit international public* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 3) *L'indétermination ontologique du droit sur le critère de la sanction* **Erreur ! Signet non défini.**

PREMIERE CONCLUSION : LE MONOPOLE ÉTATIQUE DE LA JUSTICE, INFIRMÉ PAR LE DROIT

POSITIF .....**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

**CHAPITRE II : LE DEVELOPPEMENT D'UN PRINCIPE PLURALISTE**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI

SECTION 1 : LES FONDEMENTS DE LA RECONNAISSANCE DU CARACTERE JURIDICTIONNEL**ERREUR ! SIGNET NON**

Paragraphe 1) *L'État participant*..... **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2) *L'État reconnaissant* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

SECTION 2 : LES MOYENS DE LA RECONNAISSANCE DU CARACTERE JURIDICTIONNEL**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

Paragraphe 1) *Obligation ou liberté de reconnaître en droit international public***Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2) *Reconnaissance indirecte par le droit processuel* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

DEUXIEME CONCLUSION : L'ÉTAT FRANÇAIS PARTICIPE A UNE ORGANISATION DE LA JUSTICE

INTERNATIONALE .....**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

23. **Interétatisme et monisme des sources.** Dans une perspective interétatique, tout droit ne peut émaner que des États ou de leur volonté commune. En conséquence, les juridictions, organes du droit, ne peuvent alors être instituées que par des États. Cette perspective pourrait être qualifiée de « moniste » car elle expose et explique le droit comme ensemble cohérent issu d'une source unique, qu'elle soit commune à tous les États ou particulière à chacun. Ainsi qu'un auteur a pu le résumer, « *l'objet du débat, qui oppose partisans du monisme et du pluralisme juridique, est simple. Pour les premiers, il n'est d'autre droit que posé par l'État, dont la compétence est à cet égard exclusive. Pour les seconds, ce monopole doit être récusé* »<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse Paris II, 1992, spéc. p. 375. Adde. D. BODEN, *L'ordre public : conditions et limites de la tolérance*, *Recherches sur le pluralisme juridique*, Thèse dactyl., Paris I, 2002, spéc. p. 534s.

Le monisme est donc une excroissance de la théorie volontariste du droit qui conçoit ce dernier comme l'ordre du souverain, c'est-à-dire, aujourd'hui, de l'État<sup>76</sup>. On comprend à quel point, dans cette perspective, il ne peut y avoir de juridiction en dehors de l'État. Rouage essentiel du droit, l'existence de juridictions non « créées » par l'État serait pour cette théorie au mieux une anomalie, au pire une usurpation de fonction. Sans avoir besoin de prendre parti sur la valeur du monisme en tant que théorie explicative de l'ensemble du phénomène juridique, il apparaît donc nécessaire d'en mesurer la portée sur la théorie du droit international privé de la compétence. Pour cela, on pourrait notamment s'appuyer sur le contre-exemple de l'arbitrage.

24. **Droit international privé et droit de l'arbitrage.** Arbitrage et droit international privé sont aujourd'hui deux mondes séparés. Le temps paraît bien lointain où BARTIN, NIBOYET ou encore DESPAGNET pouvait consacrer une section de leur traité ou manuel de droit international privé à la reconnaissance des sentences arbitrales<sup>77</sup>. Non que, pour les spécialistes de ces matières respectives, l'autre soit parfaitement inconnue. Au contraire même, on pourrait citer plusieurs thèses qui ont soumis le droit positif de l'arbitrage français au « test » des méthodes de droit international privé<sup>78</sup> alors que d'autres avaient auparavant soumis le droit international privé à la réalité du contentieux commercial international<sup>79</sup>. En réalité, le divorce relativement récent entre ces deux mondes est bien plus celui d'écoles de pensée<sup>80</sup>. La première, dont le développement date des années 1950<sup>81</sup>,

<sup>76</sup> V., sur la théorie de la délégation de pouvoir appelée « clause de blanc-seing », D. BODEN, *op. cit.*, note n° 1346. En particulier, on citera deux traductions de l'auteur. L'une, de C. GHIRARDI, est écrite à l'époque du développement des thèses normativistes (KELSEN par AGO) en droit international privé, à laquelle nous souscrivons entièrement : « Mais lorsque, s'échappant des impasses du jusnaturalisme, on courrut, comme il était naturel, à l'extrême opposé, sous l'empire du dogme indiscuté de la volonté de l'Etat, entendue dans un sens extrêmement formaliste, comme unique source du droit, il apparut que, par l'expression impropre de « droit étranger », il fallait comprendre : contenu du droit étranger. De cette façon, les normes de droit international privé semblèrent non plus attributives de compétence législative, mais bien réceptrices du contenu des normes individuelles de droit étranger : normes en blanc, selon l'expression dictée par la mode », (*Riv. dir. int.* 1919, p. 289, spéc. p. 292). L'autre citation, essentielle, est celle d'un des pères du volontarisme, BENTHAM : « Ainsi dans tous les cas [dans les cas dans lesquels on pourrait douter que tous les pouvoirs émanent du Souverain par une habilitation opérant une appropriation des normes juridiques édictées pas les personnes investies d'un pouvoir : père de famille, bailleur, mais aussi, par analogie : législateur antérieur, etc.], l'on retrouve la distinction entre les normes juridiques [the laws] qui appartiennent au législateur par voie de conception et celles qui lui appartiennent par voie de préadoption. Les premières sont l'œuvre du seul législateur ; les secondes sont l'œuvre conjointe du législateur et du détenteur de pouvoir subordonné, le législateur esquissant une sorte de norme juridique incomplète [« a sort of imperfect mandate » : une sorte d'obligation, d'ordre, d'injonction imparfait(e)], qu'il laisse le soin au détenteur de pouvoir subordonné de remplir d'un contenu », J. Bentham, *Of Laws in General*, 1782, rééd. Par H.L.A. Hart, Univ. Of London/Athlone Press, 1970, p. 26. Les traductions et encarts sont de D. BODEN.

<sup>77</sup> E. BARTIN, *Principes*, *op. cit.*, n° 217, p. 601 ; J.-P. NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey 1928, n° 771 ; *Traité*, t. VI., 1950, n° 1980 ; F. DESPAGNET, *Précis de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> éd. par Ch. DE BOECK, n° 209. Aujourd'hui, la clause compromissoire et la sentence n'ont pas totalement disparu des manuels, mais elles font au mieux l'objet d'une étude de quelques pages, D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 875s. ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 306 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 718. Entre ces deux périodes, l'ouvrage de D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE (*Droit international privé*, Masson 1987, p. 491s.) offre comme un répit. V. toutefois, dans la dernière édition de leur précis, B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 1144s.

<sup>78</sup> S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences internationales*, Economica 2004 et Ch. PANOÛ, *Le consentement à l'arbitrage*, IRJS éd. 2011.

<sup>79</sup> Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz 1965.

<sup>80</sup> Il n'entre pas dans le propos de cette étude, encore moins dans la compétence de son auteur, de démontrer une réalité sociologique. Cependant, et sans prétendre à autre chose qu'une simple observation, on est frappé par deux éléments. D'une part, la doctrine « arbitragiste » et la doctrine

voit l'arbitrage comme une matière spécifique qui appelle des solutions propres. En particulier, les questions de la compétence de l'arbitre, du droit applicable, de la réception de la sentence ont été résolues par des règles matérielles excluant le jeu habituel des règles de conflit. La seconde, qui a connu un fort développement depuis une dizaine d'années, tente de proposer de nouveau une approche « conflictualiste » de l'arbitrage qui replacerait celui-ci au sein d'une théorie globale du droit dans l'espace international morcelé en ordres juridiques nationaux<sup>82</sup>. Entre ces deux écoles, la majorité des auteurs n'affiche aucun choix particulier. Cependant, il semble que la plupart, fidèles au droit positif, s'en tiennent au cloisonnement entre ces deux matières, préférant réserver au droit de l'arbitrage un traitement indépendant. Cette dichotomie ne nous semble en rien inéluctable ; au contraire, répondant au même problème, tant l'arbitrage que les juridictions judiciaires participent tous deux de la fonction juridictionnelle dans les contentieux internationaux.

25. **Valeur des tribunaux arbitraux comme juridictions.** Il est assez peu d'auteurs, en doctrine, pour contester à l'arbitre sa fonction juridictionnelle<sup>83</sup>. L'accord s'est fait depuis au moins trente ans en France autour de la nature hybride de l'arbitrage, contractuel par sa source et juridictionnel par son objet<sup>84</sup>. Il est cependant bien moins évident de le considérer à égalité avec les juridictions nationales, en particulier en ce qui concerne la compétence. Cela tient au fait, tout d'abord, que le droit de l'arbitrage revendique une autonomie particulière. Outre la spécificité des solutions qui s'intègrent par exemple mal aux schémas classiques du droit international privé<sup>85</sup>, on peut aussi le constater dans la pauvreté relative des recherches comparant le fonctionnement du droit de l'arbitrage à celui du reste du droit judiciaire, adressant pourtant tout deux des problèmes de mise en œuvre contentieuse des droits<sup>86</sup>. Toutefois, alors que cette revendication d'autonomie

---

« de droit international privé » ne se recoupent qu'assez peu. Si tous les auteurs ont des formations complètes, seuls quelques rares, parmi lesquels on peut citer avec certitude et sans exhaustivité aucune Pierre MAYER et Sylvain BOLLEE, semblent écrire presque autant sur le droit de l'arbitrage que sur le droit international privé. D'autre part, et peut-être plus significatif, la constitution assez révélatrice des jurys de thèse. Alors que les sujets appelleraient des spécialistes des deux matières, les thèses de M. BOLLEE (*Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica 2004) et Mlle PANOU (*Le consentement à l'arbitrage*, IRJS éd. 2011), d'un côté, de M. V. CHANTEBOUT (*Le principe de non révision au fond des sentences arbitrales*, thèse dactyl. Paris II 2007) de l'autre n'ont été soutenues que devant des auteurs spécialistes de droit international privé pour l'un (à l'exception notable de P. MAYER, avec la nuance exposée ci-dessus et d'Ibrahim FADLALLAH, ce dernier pour la thèse de M. BOLLEE et bien qu'il soit de formation internationaliste), de droit de l'arbitrage pour l'autre.

<sup>81</sup> En particulier suite aux travaux d'H. MOTULSKY et de J. ROBERT dans leurs nombreux articles à la Revue de l'arbitrage, les Revues trimestrielles de droit civil et de droit commercial. V. en particulier les H. MOTULSKY, *Ecrits*, t. II, Dalloz 1974 et le *Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne*, aux éditions Sirey, de J. ROBERT, dont la première édition remonte à 1937.

<sup>82</sup> On renverra en particulier aux travaux de M. BOLLEE, et de Mme PANOU, v. *infra* n° 600.

<sup>83</sup> V. les auteurs cités par T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz 2001, p. 60s. et, postérieure à cette œuvre, la thèse de Mme PANOU, précitée.

<sup>84</sup> Synthèse dont le mérite semble revenir à G. SAUSER-HALL, « L'arbitrage en droit international privé », *AIDI* 1952-I, p. 472.

<sup>85</sup> V. par exemple sur la revendication de l'autonomie de l'arbitrage la thèse, classique, de Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz 1965.

<sup>86</sup> V. cependant notamment N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ 1999, Ch. VUILLEMIN, *Jugement et sentence arbitrale*, Imp. Chabloz 1987.

pourrait se comprendre de la part des promoteurs d'une branche spéciale du droit, la branche plus générale du droit international privé insiste aussi sur cette spécificité. Elle argue, en revanche, d'une raison bien différente : le caractère contractuel de la source de tout arbitrage. Pour une branche de la doctrine comme pour l'autre, la distinction des tribunaux arbitraux et des juridictions nationales serait donc la conséquence nécessaire de la source respective de ces institutions ; leurs pouvoirs juridictionnels provenant de sources divergentes, il ne pourrait y avoir de communauté entre elles. Cependant, l'une comme l'autre de ces conceptions reposent sur une vision assez manichéenne du droit dans l'espace international. Il s'agit dans les deux cas d'opposer l'État à « autre chose ». Pour les uns, cet autre chose est un espace de liberté juridique, nécessité ou conséquence de l'absence ou de l'inaction des États ; pour les autres, ce n'est rien de moins que l'état – nul – du vide juridique.

26. **Le monopole régalien.** L'unité de l'organisation juridictionnelle internationale achoppe donc sur la figure de l'État en droit privé. Sa revendication monopolistique encourage les partisans des justices privées à les concevoir comme des juges différents, imperméables à une appréhension commune avec les juridictions étatiques. Pour d'autres, le monopole ne peut être violé, et les arbitres ne sauraient, au mieux, être autre chose que des mandataires contractuels particuliers. Dans un cas comme dans l'autre, il faut vérifier les fondements et l'existence, en droit positif, du principe régalien de la justice (Chapitre 1).
27. **Du monisme au pluralisme des sources de la justice internationale de droit privé.** L'affirmation du monopole de la justice se traduit dans la valeur particulière de l'investiture du juge étatique ; c'est-à-dire, dans la source de son pouvoir de juger. Cette perspective moniste est en réalité dépassée. Quelle qu'en soit la valeur par ailleurs, elle ne sert plus à expliquer l'état actuel de la justice internationale de droit privé, dont on peut constater la vitalité et la variété en dehors même des seules investitures étatiques. L'arbitrage, s'il est depuis longtemps admis, n'en est pas le seul exemple : juridictions internationales, juridictions européennes, juridictions mixtes participant à l'ordre étatique tout en étant de source internationale, de nombreux organes ont été créés par des conventions, accords et règlements européens successifs qui viennent démentir cette vision « statocentrée » de la justice de droit privée. Pour en comprendre l'organisation, il faut donc abandonner la vision moniste pour déterminer, au contraire, un principe pluraliste expliquant le rapport de la souveraineté étatique avec l'organisation d'une telle justice internationale (Chapitre 2).

## CHAPITRE I :

### L'ABANDON DU PRINCIPE REGALIEN

---

28. **Préconceptions et réalité du rapport de la justice à l'État.** L'État est-il source de toute justice<sup>87</sup> ? En droit international privé, cette conception est encore très ancrée. Elle ne repose pourtant que sur des représentations fondamentales de la matière héritées de certains postulats, en d'autres termes de certaines préventions épistémologiques, que sur le produit de véritables acquis scientifiques (Section 1). À les confronter, en tout cas, au libéralisme du droit positif, il faut bien l'admettre : il n'y a pas, en droit, de monopole de l'État sur l'exercice de la justice (Section 2).

#### Section 1 : LES PREVENTIONS EPISTEMOLOGIQUES

29. **Plan.** L'exclusion de l'arbitrage par les auteurs étudiant la compétence en droit international privé est récurrente<sup>88</sup>. Issue du cadre de pensée conflictualiste maintenu sur la matière, cette exclusion révèle en réalité une certaine perception du droit et de la justice (§1). Mais cette conception a été justifiée par une construction dogmatique de l'ordre juridique, qu'il faudra dénoncer (§2).

#### Paragraphe 1) DES POSTULATS TROMPEURS

30. La notion de « juridiction » fait l'objet en droit international privé de plusieurs postulats. Le premier est tout à la fois dû à l'histoire française de la matière et à une construction plus récente du particularisme (I). Le second, plus ancien, tient comme pour les précédents à une conception étatiste de la justice (II).

#### I) L'aveuglement judiciaire du droit international privé

31. **Proposition d'analyse.** En guise de prolégomènes à cette partie, on voudrait proposer une certaine ouverture de l'esprit internationaliste. En effet, sans que

---

<sup>87</sup> L'expression, bien entendu, fait référence au Roi fontaine de justice (*fons justitiae*) héritée du Moyen-Âge que l'on a évoqué en introduction, *supra*, n° 19.

<sup>88</sup> V. par exemple les thèses respectives de Ph. THÉRY, *op. cit.*, p. 19s., P. WAUTELET, *Les conflits de procédure, étude de droit international privé comparé*, thèse Univ. Catho. de Louvain, 2002, n° 1 ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica 2008, p. 1s. qui assimilent le juridictionnel au judiciaire. Il serait certainement plus juste de dire qu'elles assimilent le terme « judiciaire » au terme « juridictionnel ».

l'affirmation n'ait jamais fait l'objet, à notre connaissance, d'une véritable démonstration, l'analyse scientifique du droit international privé part en effet souvent d'un premier préconçu préjudiciable à l'étude de la compétence internationale. L'étude du droit international privé part toujours de l'exemple topique de la saisine contentieuse du juge civil. Or cette conception très exclusive du droit international privé empêche évidemment d'aborder la question de la compétence internationale de façon neutre.

32. **Histoire judiciaire du droit international privé.** Cette perception s'explique assez simplement par un faisceau d'éléments dont on ne saurait toujours dire lequel est à l'origine des autres. Historiquement, en effet, le droit international privé français est né dans les prétoires. Malgré quelques tentatives<sup>89</sup>, le législateur français n'a jamais souhaité fournir à la matière un *corpus* de règles qui lui donne une assise abstraite et générale. Ce travail est revenu au juge, par touches éparses et au gré des cas que lui présentait la pratique<sup>90</sup>. La création inductive du droit international privé a été, du moins en France, très largement accompagnée si ce n'est précédée par la doctrine. En retour, cette dernière, en particulier depuis les années 1960 et l'approche réaliste de grands auteurs –comme le doyen BATIFFOL<sup>91</sup> ou encore LEREBOURS-PIGEONNIERE<sup>92</sup> – a à son tour assimilé en bonne partie le droit international privé aux règles développées par les hautes juridictions françaises de manière coutumière<sup>93</sup>.
33. **Postulat contentieux du droit international privé.** Cela entendu, le glissement est facile de voir dans le droit international privé une matière essentiellement, au

---

<sup>89</sup> Il s'agit successivement des projets suivants : « Projet Niboyet » en 1954, « Avant projet du Code civil présenté à M. le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, par la Commission de réforme du Code civil, Ière partie, livre préliminaire, livre I : des personnes physiques et de la famille », *Pub. Min. J.* ; *La codification en droit international privé, Discussion de l'avant-projet de la Commission de réforme du Code civil, Séances du Comité français de droit international privé du 20 et 21 mai 1955*, Dalloz 1956 ; « Projet Batiffol » en 1959, disponible à la RCDIP 1970, p. 832 ; « Projet Foyer » en 1967, disponible au JDI 1971, p. 31, présent. J. FOYER. Sur l'ensemble, v. H. MUIR WATT, « La codification en droit international privé », *Droits* 1998, p. 149.

<sup>90</sup> L'étude de l'histoire du droit international privé français contemporain ne peut ainsi se passer de la lecture des *Grands Arrêts*, recueil de jurisprudence rassemblé par MM. ANCEL et LEQUETTE.

<sup>91</sup> Sur cet auteur, v. les études respectives de P. GOTHOT et Y. LEQUETTE in *TCFDIP* 1991-1992, p. 21 et 32.

<sup>92</sup> Sur cet auteur, v. en particulier l'introduction de la recension de l'ouvrage de H. BATIFFOL, Ph. FRANCESKAKIS, « Perspectives du droit international privé français actuel », in *La pensée des autres en droit international privé, Annales*, t. I, Univ. Aristote de Thessalonique 1985, p. 126, spéc. p. 129.

<sup>93</sup> Le thème de l'influence de la doctrine sur la jurisprudence est naturellement plus facile à observer que la réciproque. B. OPPETTI, « Le droit international privé, droit savant », *RCADI* 1992-331, t. 234, p. 331, ainsi que les diverses communications reproduites in « La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXXI, 1980, *Economica*, 1982, en particulier celles de E. VITTA, A. GIARDINA, P. LALIVE et surtout P. MAYER. Quant à l'influence réciproque de la jurisprudence sur la doctrine, elle n'est peut-être nulle part plus évidente que dans les défenses passionnelles des vertus du droit jurisprudentiel face au législateur national ou européen. V. par exemple, sur l'article 309 (ancien 310) et 311-14s. du Code civil et la loi du 3 janvier 1972, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », *RCDIP* 1972, p. 1 et J. FOYER, « Tournant et retour aux sources en droit international privé (l'article 310 nouveau du Code civil) », *JCP* 1976, I, 2762. (Il est vrai que la propension classique du législateur à traiter les méthodes de coordination du droit international privé comme des moyens de mettre en œuvre les objectifs substantiels internes n'est pas engageante pour le spécialiste du conflit de lois. V. sur le sujet notamment V. HEUZE, « Recodifier le droit international privé ? », in *Le Code civil, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, p. 401). En tous les cas, OPPETTI nous semble avoir vu juste lorsqu'il évoquait le fait que la codification du droit laissait moins de place à la doctrine, *op. cit.* p. 363.

sens littéral de « par essence », contentieuse. Il est vrai que les faits auraient tendance à conforter l'observation. Dans les premiers temps de son histoire contemporaine, c'étaient pour la plupart des litiges commerciaux ou les batailles judiciaires de grandes familles qui soulevaient les subtilités (et les moyens) des raisonnements nécessaires à la construction des principes du droit international privé<sup>94</sup> ; cause et conséquence, d'ailleurs, de l'aura de « science des broussailles »<sup>95</sup> du droit international privé dont le maniement s'adapte peut-être plus aux conclusions argumentées qu'aux dispositions tranchées<sup>96</sup>. Le juge, loin d'être alors le « recours ultime » de l'application du droit, en devient le premier et seul maître, celui sans lequel il ne peut y avoir de « réalisation »<sup>97</sup> ou de « concrétisation des droits »<sup>98</sup>. Une doctrine éminente allait ajouter à ces éléments de sociologie juridique. Dans sa thèse, M. MAYER postula en effet de manière convaincante que « le problème [de droit international privé] ne peut être posé qu'en supposant saisi l'organe d'un État donné »<sup>99</sup>. Ce constat n'était rien d'autre que l'affirmation technique du particularisme que nous avons déjà rencontré. L'auteur ajoute cependant que cet organe est un juge judiciaire, car « dans l'immense majorité des cas, c'est au cours d'un litige que le problème se trouve posé »<sup>100</sup>. L'affirmation est intéressante, en ce qu'elle illustre un postulat dont

<sup>94</sup> Il suffit pour s'en convaincre de consulter les premiers arrêts de la somme d'arrêts de MM. ANCEL et LEQUETTE, citée supra pour voir que les parties ne manquaient pas de la fortune nécessaire à l'investissement judiciaire. Mme SIMON-DEPITRE en a proposé une explication : « On s'explique que les artistes aient défrayé la chronique du droit international privé, en même temps que les représentants des grandes familles d'Europe. Ce sont là, en effet, des personnes que leur situation sociale et leur mode de vie devaient conduire à étendre au-delà des frontières leurs activités sentimentales ou pécuniaires », M. SIMON-DEPITRE, *Droit international privé*, Armand Colin, 1964.

<sup>95</sup> THALLER cité par J. FOYER, « Les vicissitudes contemporaines de la règle de conflits de lois », in *Clés pour le siècle*, Dalloz 2000, p. 149.

<sup>96</sup> V. not. W. WENGLER, « Evolution du droit international privé moderne et prévisibilité du droit applicable », *RCDIP* 1990, p. 657.

<sup>97</sup> Selon l'expression de H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey 1948, rééd. Dalloz 2002.

<sup>98</sup> Expression employée par M. MAYER in « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, t. 327, p. 9, spéc. p. 29. Du même auteur : « car la règle n'est pas seulement un modèle de comportement pour les individus, elle est aussi, et en un sens d'abord, un modèle de jugement pour le juge : la majeure de son syllogisme juridique », P. MAYER, « Existe-t-il des normes individuelles », in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, *Economica* 2006, p. 686. De même, et l'on comprendra ainsi l'adéquation des vues de M. MAYER avec le co-auteur de son précis, M. HEUZE pousse la logique à l'extrême dès l'entrée de sa thèse, en affirmant qu'il y aurait « identité du juridique et du judiciaire » et que le juridique ne peut être considéré, en matière de droit privé, que comme l'ensemble des solutions judiciaires aux problèmes présentés devant le juge : V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, Joly Ed. 1990, p. 15s.

L'assimilation du droit international privé au contentieux de ce droit n'est cependant pas toujours suivie de manière systématique. L'analyse devient ainsi beaucoup plus nuancée lorsque l'on se tourne vers les questions de reconnaissance de décisions : l'édition unique du manuel de MM. FOYER et de GEOUFFRE DE LA PRADELLE et du regretté HOLLEAUX insiste, par exemple, sur le fait que lorsque « la condition que l'autorité ait statué au nom de l'Etat étranger se trouve remplie, la nature de l'autorité est indifférente », D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. de GEOUFFRE de la PRADELLE, *Droit international privé*, Masson 1987, § 909. V. aussi, reprenant par ailleurs l'édition précédente du fascicule, établie par HOLLEAUX, H. MUIR WATT, « Effets en France des décisions étrangères », *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 584-2, 1990.

<sup>99</sup> P. MAYER, La distinction entre règles et des décisions et le droit international privé, Dalloz 1973, p. 24.

<sup>100</sup> M. MAYER, en quelques mots, considère que le particularisme actuel des situations de conflits de normes implique qu'un « observateur, neutre par hypothèse, ne peut choisir. La question ne peut être formulée qu'ainsi : 'quelle norme appliquerait le juge français (ou suisse, ou espagnol...) saisi ?' ». Pourquoi un juge ? A suivre l'auteur, la théorie normativiste, qu'il admet dans un premier temps, considère en effet que toute personne, physique ou morale, fait partie d'un ordre juridique, et ne serait en conséquence pas neutre mais bien soumis à des règles de solution de ces conflits bien déterminées. Mais, ajoute alors M. MAYER, on ne peut considérer que toute personne appartienne à un ordre juridique prédéterminé : l'ordre juridique français ne peut désigner comme « agents » à la fois le juge et le

la plupart des ouvrages généraux en cette matière révèlent par leur présentation<sup>101</sup>, voire même parfois par quelques lapsus<sup>102</sup>, à quel point il a pu s'enraciner dans la pensée française de droit international privé. Il serait présomptueux de chercher à combattre des représentations mentales mais l'on peut en revanche aisément démontrer qu'elle est trompeuse.

34. **Insuffisance du postulat : matière gracieuse.** D'abord, des questions nombreuses, et suffisamment importantes pour avoir poussé à la rédaction de plusieurs conventions internationales<sup>103</sup>, n'entraînent pas une saisine *contentieuse* du juge, car il n'y a pas de litige. La matière gracieuse s'est ainsi ouverte de larges portes avec notamment la protection de l'enfance et les procédures collectives : la science de la compétence internationale ne peut donc se restreindre à étudier le seul contentieux, sauf à exclure sans motifs des pans entiers de l'activité juridique contemporaine relevant du domaine économique que nous avons choisi d'étudier. Par ailleurs, cette seule remarque devrait permettre, dans une perspective de droit comparé, de remettre en cause l'affirmation. En effet, le rôle gracieux donné au juge en France est très important. Cependant, il est parfois accordé à d'autres autorités dans des pays étrangers, en particulier les États du nord de l'Europe<sup>104</sup>. Le juge n'est donc pas le seul organe à devoir appliquer des règles de droit

---

criminel, le législateur et le lobbyiste, le gouvernement et... les manifestants. Par ailleurs, une telle conception se perdrait dans sa généralité, puisqu'elle ne permettrait pas de discriminer entre ses agents et les autres. Ni la nationalité, ni le domicile ou la résidence ne sembleraient en effet des critères indiscutables. M. MAYER ajoute que l'histoire du droit international privé montre par ailleurs que l'État doit faire un choix entre les deux extrêmes (eux-mêmes impossibles) consistant à n'appliquer rien que sa loi sur tout son territoire et à n'appliquer sa loi qu'à ses sujets. « *Il faut donc considérer comme organe de l'État* », dit-il, « *que les individus ou groupe d'individus spécialement désignés comme tels* ». En d'autres termes, il faut consulter le droit public de l'État considéré pour savoir qui il considère comme ses organes capables, notamment, de résoudre des questions de droit international privé. P. MAYER, *Ibid.* Il est vrai que l'hypothèse de la saisine d'autres organes que le juge ne concerne pas sa recherche principale, dont l'origine est à situer dans la question de la reconnaissance des nationalisations, v. à ce sujet la Préface du Doyen BATIFFOL à l'ouvrage précité. V. cependant encore P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, t. 327, p. 9, spéc. p. 28s., où l'auteur applique le même raisonnement au choix entre des règles de l'ordre interne même si l'enjeu est alors moins le choix que l'identification.

<sup>101</sup> Ainsi l'introduction du précis de M. MAYER, co-rédigé avec M. HEUZE, recourt directement à un exemple judiciaire pour expliquer les problèmes de la matière, P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 8<sup>ème</sup> éd. Montchrestien 2004, p.1 puis 17. Les auteurs ne sont cependant en cela que les représentants d'une tendance majoritaire en doctrine. V. déjà BARTIN, *Principes*, t. I, §2s. et aussi, encore que pour cet auteur la critique de l'inter-étatisme serait déplacée, P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, t. I, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz 1927, n° 2. Plus récemment, un auteur que l'on retrouvera, Mme Ch. PANOU, *op. cit.*, p. 15s. dans laquelle l'auteur évalue la « juridictionnalité » de l'arbitrage au seul regard des exemples de droit judiciaire interne.

<sup>102</sup> On peut ainsi trouver ce lapsus dans un des traités de droit international privé les plus classiques, au hasard d'une discussion sur la difficulté de la matière: « *Mais tous ces problèmes [ceux que l'on retrouve en droit interne] sont compliqués par l'introduction d'un facteur supplémentaire : le facteur d'extranéité. [...]. La présence d'un facteur d'extranéité dans la relation litigieuse ne traduit qu'imparfaitement le caractère international du droit international privé.* » (Les italiques sont de l'auteur, mais nous soulignons), Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 1 (La 8<sup>ème</sup> éd. du manuel indiquait autrefois plus loin « *Si l'on tient compte du fait que les règles de droit international privé comme les règles de droit en général s'appliquent surtout à l'occasion de procès...* », n° 13).

<sup>103</sup> On pense notamment à la Convention de la Haye du 12 juin 1902 sur la tutelle des mineurs. Depuis, même si l'incident de l'affaire *Boll* peut expliquer en partie la rédaction de deux autres conventions (en 1961 puis en 1996) sur le même thème, on peut se permettre de supposer que les États trouvaient une importance concrète à la question. Bien entendu, la question gagne en acuité avec les règlements européens qui s'intéressent aussi à la matière, mais leur apport heuristique est moindre : les postulats que nous critiquons ici sont en effet antérieurs à ces développements.

<sup>104</sup> V. *infra* n° 128.



international privé en droit comparé et le contentieux n'est pas le seul moment de son application.

35. **Insuffisance du postulat : juridiction administrative.** À prendre « judiciaire » dans le sens restrictif de juge civil, il est par ailleurs avéré que ce dernier n'est même pas le seul juge national à être soumis à des problématiques internationales de compétence. Ainsi, la France a ratifié trois traités internationaux avec ses voisins européens portant sur la coopération transfrontière des collectivités territoriales qui abordent la question de la compétence juridictionnelle pour tout différend portant sur un contrat transfrontalier<sup>105</sup>. Contrats passés entre personnes publiques, ces contrats ont un caractère administratif évident qui leur permet de relever de la compétence des juridictions administratives. Bien sûr, l'internationalité n'a ici qu'un impact accessoire : la compétence des juridictions administratives reste régie par un ensemble de règles de compétence matérielle, de source interne, définissant pour la plupart le champ du droit administratif<sup>106</sup>. On ne peut cependant écarter pour autant la *problématique* de la compétence internationale, qui se pose donc pour le juge administratif comme pour le juge judiciaire.
36. **Source théorique du postulat : les conflits de lois.** La raison pour laquelle ce préjugé s'est installé dans la théorie du droit international privé peut sans doute être attribuée à un parasitage : c'est que cette dernière s'est construite, pendant plusieurs siècles, sur la question des conflits de lois, celle de la compétence relevant de problèmes laissés pour l'essentiel à des spécialistes de droit interne et processuel<sup>107</sup>. Or, l'organe essentiel de mise en œuvre du conflit de lois est le juge judiciaire. L'arbitre d'une part, ne saurait avoir que peu d'importance dans la mesure où ses décisions ne suivent pas nécessairement une procédure particulière et où sa décision ne s'inscrit pas nécessairement dans un droit national. Leur caractère secret par principe, en outre, en limite la visibilité. Si la théorie des conflits de lois s'applique à lui, c'est en tant que particulier, pas en tant que juge. Quant au juge répressif ou administratif, d'autre part, ils furent longtemps autant ignorés qu'ignorants du conflit de lois, intervenant dans un domaine où leur réalisation était considérée comme impossible<sup>108</sup>. En ne s'intéressant qu'au conflit de lois, la doctrine de droit international privé ne devait prêter attention qu'au juge judiciaire. Voilà une habitude, plus qu'un véritable postulat, avec laquelle il faut rompre.
37. **Source théorique du postulat : le volontarisme.** Par ailleurs, sur un plan plus théorique, la question des conflits de lois ne laisse que peu de place au pluralisme juridique. Elle s'est longtemps appuyée, si elle ne s'appuie encore complètement,

---

<sup>105</sup> Sur ces traités, v. M. AUDIT, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, LGDJ 2002, p. 187s. et, sur l'ensemble de la question, M. LAAZOUZI, *Les contrats administratifs à caractère international*, *Economica* 2008, p. 454s.

<sup>106</sup> En ce sens, v. M. AUDIT, *op. cit.* p. 295 et M. LAAZOUZI, *op. cit.* p. 325s.

<sup>107</sup> Le constat est récurrent, v. dernièrement L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *Economica* 2008, p. 1. À titre d'exemple, les travaux du Comité français de droit international privé depuis sa fondation en 1934 et jusqu'en 1966 (dernière édition des travaux avant l'arrivée de la Convention de Bruxelles, première révolution en la matière) montrent que les communications portant spécifiquement sur les conflits de juridictions représentaient jusqu'alors seulement une communication sur six du total, tandis que ceux traitant de problèmes spécifiques ou généraux des conflits de lois représentaient presque les deux tiers.

<sup>108</sup> H. BATIFFOL ET P. LAGARDE n° 243s. Rapp. NIBOYET, t. IV, n° 1099.

sur des préjugés légalistes volontaristes. La théorie volontariste, en quelques mots, pense le droit comme l'émanation de la seule volonté du Souverain, qu'il soit le Roi, le Parlement ou la Nation. Longtemps présente en France notamment grâce aux conceptions de la Révolution puis de l'Empire, elle a perdu de son autorité depuis l'immixtion des droits fondamentaux, du droit international et du droit européen<sup>109</sup>.

38. **Conclusion.** L'exclusion d'autres organes que les juges judiciaires dans les notions de droit international privé peut ainsi d'abord se comprendre par une *conception* du droit international privé centré sur le *juge judiciaire*. Cette conception, cependant, s'enracine dans un autre postulat, plus profondément ancré chez les juristes et qui ressort en droit international privé dans ce que l'on a appelé le particularisme. Cette conception, c'est le postulat étatiste de la *justice*.

## II) L'illusion « étatiste » de la justice

39. Faut-il réduire les questions de droit international privé aux seuls organes nationaux ? Le constat d'une conception « étatiste » du droit en général et du droit international privé en particulier est régulièrement partagé<sup>110</sup>. Elle en accompagne une autre, qui paraît plus vieille encore, selon laquelle l'État bénéficierait du monopole de la justice<sup>111</sup>. Dans le contexte international, ce monopole n'apparaît, à tout le moins, plus d'actualité. Les acteurs du commerce international ont aujourd'hui accès à la justice en dehors de l'État. Le développement de telles juridictions est ainsi particulièrement sensible en droit de la propriété industrielle européen (A) mais l'affirmation la plus évidente de cette absence de monopole se trouve depuis longtemps dans l'acceptation de l'arbitrage (B).

---

<sup>109</sup> D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris II, 1992, p. 379.

<sup>110</sup> B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI* 2003, t. 301, p. 28. Sur une histoire de ce paradigme sous l'angle de l'exécution des jugements étrangers, v. D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz 1970, spéc. p. 203s. Sur le renouvellement récent de cette perspective dans le domaine du conflit de lois au sein de l'Union européenne, v. Y.-E. LE BOS, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz 2010 ; J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, *Economica* 2010 et, plus généralement, v. J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat nation et le droit international privé*, *LGDJ* 2011.

<sup>111</sup> « C'est une maxime ancienne que les Français ne peuvent être contraints de plaider hors le royaume tant en matière civile que criminelle, tous les sujets du Roy étant indistinctement obligés à sa justice et autorité souveraine dont ils ne peuvent être distraits ni exempts, soit pour leurs personnes, soit pour leurs biens. C'est une loi d'Etat inviolable que le droit de Souveraineté ne se divise pas », LOUET revu par BRODEAU, *Recueil de plusieurs arrêts donnés par la cour de Parlement de Paris*, Paris, 1678, p. 420. V. aussi MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827, t. IV, v<sup>o</sup> « Divorce », p. 646s. ; E. GLASSON et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Sirey, 3<sup>ème</sup> éd. 1925, n<sup>o</sup> 8 : « Le pouvoir de juger appartient à l'Etat ; il fait partie de sa souveraineté ; mais l'exercice en est délégué aux Tribunaux » ; PILLET, *Le droit international privé considéré dans ses rapports avec le droit international public*, Paris 1892, p. 16. Généralement, Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, p. 32 s. ; D. BUREAU, *op. cit.* p.396 ; J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, 3<sup>ème</sup> éd., *LGDJ* 2008, p. 99.

### **A) La création de juridictions extraétatiques**

40. **L'OHMI.** L'État français a ratifié, directement ou indirectement, l'existence de nombreuses juridictions à même de résoudre des litiges du commerce international. La particularité de leurs statuts laisse parfois hésiter sur leur nature, mais il ne fait pas de doute qu'ils agissent au même titre que les tribunaux nationaux. On prendra d'abord en exemple l'Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI) créée en 1994 par un règlement aujourd'hui refondu dans le règlement du Conseil sur la marque communautaire n°207/2009 le 26 février 2009. Organisme de droit public ayant la personnalité morale, l'OHMI fait partie des agences européennes et, à ce titre, est habituellement considéré comme une autorité administrative européenne. L'Office est cependant aussi chargé d'entendre, en première et deuxième instance, des recours en déchéance et annulation contre les marques européennes enregistrées auprès de lui<sup>112</sup>, le système juridictionnel organisé par le règlement européen précité n'étant pas compétent, sauf demande reconventionnelle, pour des actions en nullité de la marque.
41. **Système juridictionnel de protection de la marque communautaire.** En effet, l'article 56 du Règlement n°207/2009, qui prévoit aujourd'hui son intervention aux hypothèses de contestation de la validité de l'inscription d'une marque communautaire, se veut le pendant des articles 95 et suivants du même Règlement européen qui renvoient aux «juridictions des marques communautaires», juridictions nationales spécialement désignées pour traiter des affaires de contrefaçon, et de l'article 106 qui vise les autres actions en la matière, renvoyées aux juridictions nationales de droit commun. L'OHMI voit ainsi sa compétence articulée avec des juridictions nationales.
42. **Organe administratif international et compétence juridictionnelle.** S'agit-il pour autant de la compétence internationale dont nous parlons ici ? Sans se pouvoir se prononcer ici sur la nature de l'organe –si tant est que l'on puisse lui en attribuer une–, il est particulièrement intéressant de noter à ce sujet que deux des critères habituellement retenus pour qualifier un organe de juridictionnel se retrouvent dans l'activité décisionnelle de l'OHMI en la matière : la procédure, et la valeur de la décision. En effet, le règlement garantit d'une part que la procédure soit contradictoire<sup>113</sup> et d'autre part que la décision de l'office possède ce qui ressemble fort à une autorité de chose jugée<sup>114</sup>. D'un point de vue fonctionnel, cette compétence traite ici par ailleurs de la répartition d'une activité contentieuse opposant le plus souvent deux parties privées. Le fait que l'organe soit partiellement aussi un organe d'administration est sans influence sur cette réalité : le contentieux qu'il traite a été parallèlement retiré aux juges nationaux européens, et il serait absurde de prétendre que cet aspect de l'organe transforme cette compétence juridictionnelle en une compétence de droit public de type

---

<sup>112</sup> Dans le dernier état du droit, articles 50s. (pour le fond) et 134 et 135 (pour l'organisation de l'Office) du Règlement CE 207/2009 du Conseil du 26 février 2009. V. aussi *infra* n° 199s.

<sup>113</sup> Article 56s. du règlement n° 207/2009.

<sup>114</sup> Article 100,2 du règlement n° 207/2009 : « *Un tribunal des marques communautaires rejette une demande reconventionnelle en déchéance ou en nullité, si une décision rendue par l'Office entre les mêmes parties sur une demande ayant le même objet et la même cause est déjà devenue définitive* ».

administrative. Surtout, il est intéressant de voir que cet organe de droit international public dispose d'une activité juridictionnelle articulée par matière, et non hiérarchiquement, avec les juridictions nationales, pour un contentieux portant sur un droit réel incorporel privé. Pour toutes ces raisons, la nature internationale et administrative de l'organe, qui se déduit tant de son objet principal que de sa source, ne devrait pas avoir d'impact sur sa compétence juridictionnelle. On peut dès lors affirmer que la source internationale de l'existence de l'organe ne modifie pas la nature de sa compétence.

43. **La Juridiction unifiée du brevet.** Les droits de propriété industrielle ont fait l'objet d'une attention renouvelée en Europe, et un projet longtemps attendu est peut-être en passe de devenir réalité : un système juridictionnel de protection du brevet européen. Après plus de quarante ans de tergiversation, vingt-cinq pays européens se sont mis d'accord au sein du Conseil européen pour se lier par une coopération renforcée adoptée par voie de deux règlements le 17 décembre 2012 et, surtout, d'un Accord international sur la juridiction unifiée du brevet du 19 février 2013. Dans ce dernier acte, les États parties à cette coopération renforcée se proposent de créer un ensemble d'organes juridictionnels, appelé globalement « juridiction unifiée » parce qu'il possède la personnalité morale, dont l'objet essentiel est de traiter les litiges portant sur le brevet unitaire européen dont les deux premiers textes élaborent le régime<sup>115</sup>. Or, bien que nommé au singulier, le projet « Juridiction unifiée » porte en réalité la création de tout un système juridictionnel international, composé d'une cour d'appel et « divisions » d'un « tribunal de première instance »<sup>116</sup>. Ces dernières sont au minimum au nombre de trois, leur champ d'intervention matériel respectifs correspondant à certains types de brevet, et potentiellement en plus grand nombre si, comme cela est envisagé, certains États parties créent des « divisions locales ou régionales »<sup>117</sup>. Or il serait difficile de prétendre longtemps que ces « divisions » ne sont pas des juridictions en propre : la répartition des affaires entre ces dernières n'est pas laissée aux bons soins d'un règlement de procédure, mais bien organisée par un très long article 33 qui élabore sur plus de cinq pages les différentes hypothèses à considérer<sup>118</sup>. Ces

<sup>115</sup> Sur l'ensemble, v. J.-C. GALLOUX, « Le brevet européen à effet unitaire : un volapük juridique intégré ? », *D.* 2013, p. 520 ; O. TAMBOU, « Le brevet européen à effet unitaire : un brevet tant attendu », *Rev. Europe*, 2013, Etude n° 4 ; J.-P. GASNIER, « Le brevet unitaire et la juridiction unifiée », *Rev. Propriété industrielles* 2013, n° 5, alerte n° 34. Adde. E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.) *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Editions 2013, p. 23, spéc. p. 31s. qui évoque un ensemble de juridictions fédérales.

<sup>116</sup> Article 6,1 de l'Accord : « La Juridiction comprend un tribunal de première instance, une cour d'appel et un greffe. »

<sup>117</sup> Article 7 de l'Accord : « 1. Le tribunal de première instance comprend une division centrale ainsi que des divisions locales et régionales. 2. La division centrale a son siège à Paris, ainsi que des sections à Londres et à Munich. Les affaires portées devant la division centrale sont réparties conformément à l'annexe II, qui fait partie intégrante du présent accord. 3. Une division locale est créée dans un État membre contractant à la demande de ce dernier, conformément aux statuts. Un État membre contractant sur le territoire duquel est située une division locale désigne le siège de cette dernière. 4. Une division locale supplémentaire est créée dans un État membre contractant à la demande de ce dernier pour chaque centaine de procédures par année civile concernant des brevets ayant été, pendant trois années consécutives avant ou après la date d'entrée en vigueur du présent accord, engagées dans cet État membre contractant. Un État membre contractant ne compte pas plus de quatre divisions locales ».

<sup>118</sup> Le premier alinéa de l'article 33 s'occupe de la compétence territoriale. La division locale (ou régionale) compétente est celle dans le ressort de laquelle est situé soit la contrefaçon ou la menace de contrefaçon du brevet européen, soit le domicile, le principal établissement ou à défaut l'établissement du défendeur ou d'un des codéfendeurs (pourvu que ces derniers soient en lien

règles sont manifestement des règles de compétence internationale du type des règles de compétence territoriale : elles envisagent la répartition en fonction des ressorts nationaux ou régionaux des divisions. Cependant, l'article précédent octroie « compétence exclusive » à l'ensemble de la Juridiction unifiée pour la plupart des actions concernant les brevets européens. C'est, là encore, l'articulation entre juridictions judiciaires nationales et cet ensemble de juridictions. Pour la même raison que pour l'OHMI, il serait curieux de dénier à ces règles le qualificatif de règles de compétence internationales, des règles qui mettent sur un même plan juges nationaux et organes *ad hoc* internationaux.

44. Encore ces organes peuvent-ils se prévaloir d'avoir été institué par la volonté, directe ou indirecte, des États. L'arbitrage, qui fait plus particulièrement l'objet de ces développements, ne peut quant à lui compter que sur une source privée, la volonté des parties, l'État n'intervenant que pour autoriser le *phénomène* de l'arbitrage, et non chaque tribunal arbitral.

### **B) L'arbitrage révélateur d'une conception de la Justice**

45. **Source non nationale et compétence juridictionnelle.** Si elle semble aujourd'hui majoritairement favorable à une conception de la justice qui dépasse le seul État<sup>119</sup>, la doctrine française a parfois considéré l'arbitrage comme une institution artificielle. Ainsi deux auteurs éminents de la doctrine processualiste du début du XX<sup>e</sup> siècle, pourtant eux-mêmes favorables à l'arbitrage international (public), pouvaient-ils écrire que préférer l'arbitrage, « *c'est préférer l'ombre de la justice à l'éclat dont elle brille sur le siège du magistrat* »<sup>120</sup>. La justice arbitrale dans l'ombre de la

---

commercial sur la même contrefaçon alléguée) . À défaut de division locale, les actions sont portées devant la division centrale. Les deuxième et dixième alinéas traitent pour l'un des questions de litispendance et de connexité entre plusieurs actions introduites devant des divisions différentes, pour l'autre des conflits de procédures avec l'Office européen des brevets. Le troisième, quatrième, cinquième, sixième et neuvième alinéas traitent d'actions spécifiques : demandes reconventionnelles en nullité de l'enregistrement, actions en constatation de non-contrefaçon et en nullité (compétence exclusive de la division centrale) et litispendance ou connexité d'action en contrefaçon. L'accord précise en effet la priorité de l'action en contrefaçon sur l'action en non-contrefaçon. Certaines décisions de l'Office européen des brevets peuvent par ailleurs être attaquées devant la division centrale. Enfin, le septième alinéa prévoit la possibilité d'une convention de juridiction portant sur le choix de la division. On voit bien là encore, à quel point la JUB serait un ordre juridictionnel bien plus qu'une juridiction.

<sup>119</sup> V. par exemple, B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF 1998, p. 26s. ; D. BUREAU et Ch. JARROSSON, *vo* « Arbitrage », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), Lamy-PUF 2003 ; de ce dernier auteur, « Arbitrage et juridiction », *Droits* 1989, p. 107.

<sup>120</sup> E. GARSONNET et Ch. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3<sup>ème</sup> éd., t. VIII, Sirey 1925, p. 21, citant BOURBEAU, *La continuation de Beaucenne*, t. VI, p. 422 : « *Dans une société qui commence le pénible travail de civilisation, l'arbitrage est l'ébauche imparfaite des institutions et des garanties judiciaires ; c'est le premier acte qui montre le droit se développant sous une forme pacifique, et la force individuelle abdiquant son empire pour reconnaître la puissance morale d'une justice encore désarmée. À cette première période l'arbitrage est un progrès [...] mais, dans une société que l'expérience éclaire, enfin, de sa lumière tardive, où les pouvoirs ont trouvé leur équilibre, où la justice n'admet que des forces protectrices sous la vigilante sauvegarde des magistrats éclairés, l'arbitrage n'a plus qu'une valeur contestable : qu'on le respecte comme un hommage à la liberté du citoyen ; mais élever trop haut ses bienfaits, c'est préférer l'ombre de la justice à l'éclat dont elle brille sur le siège du magistrat* ».

justice judiciaire, l'image illustre déjà le caractère alternatif de la justice arbitrale, jamais pris en défaut<sup>121</sup>. Du droit romain à aujourd'hui, l'arbitrage a été conçu comme un autre moyen de rendre la Justice, moins belliqueux, moins formel, moins institutionnalisé<sup>122</sup>. Incidemment, la distinction entraînant la comparaison, c'est parfois comme une ombre qu'elle était, et est encore perçue, une ombre douteuse ou odieuse<sup>123</sup>. Quelle que soit la valeur que l'on accorde à l'arbitrage, l'ombre est encore la meilleure image, car la place qu'on lui laisse permet d'évaluer en creux la conception de la justice mais aussi et peut-être surtout celle de la justice étatique. Il existe ainsi un enjeu de politique juridique pour le droit positif, de philosophie politique pour la doctrine dans les débats sur l'arbitrage.

46. **Plan.** Une brève échappée dans l'histoire du droit de l'arbitrage (1) permettra de mettre en valeur le caractère purement idéologique et politique (et donc à la fois fonctionnel et conjoncturel) de l'affirmation selon laquelle l'État détient le monopole de la Justice : le monisme révèle ainsi simplement, dans la théorie des sources de la justice, qu'une conception politique de l'État (2).

### 1. L'arbitrage dans l'histoire

47. **État et Justice.** Si les juridictions internationales ne sont guère *in fine* que des créations étatiques, l'arbitrage apparaît quant à lui beaucoup plus comme une création des parties. C'est ce qui fait dire à un auteur contemporain, parmi d'autres, « on ne peut donc admettre l'arbitrage qu'au prix d'une abdication par l'État de son monopole, ou à tout le moins d'une neutralisation de son monopole »<sup>124</sup>. Cependant, l'affirmation est moins intemporelle qu'elle le paraît. À consulter l'histoire du droit de l'arbitrage, on constate en effet que ses effets et son domaine ont subi des évolutions fonction de la conception de la justice que se faisaient législateur et jurisprudence, et en particulier de la justice institutionnelle comme organe du souverain<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> B. OPPETIT, « Justice arbitrale et justice étatique », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec 1991, p. 415, reproduit in *Théorie de l'arbitrage*, PUF 1998, p. 22 (les références suivantes le seront à ce dernier ouvrage). Sinon, peut être, dans les conceptions du législateur révolutionnaire qui souhaitait imposer aux Parlements de n'être que les subalternes de la justice arbitrale (« *Le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre citoyens* », Article 1<sup>er</sup> de la loi des 16 et 24 août 1790). Mais entre les idéaux révolutionnaires et la réalité, il semble qu'une certaine nuance soit à dessiner, C. JALLAMION, « Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle », *Rev. arb.* 2005, p. 3, spéc. p. 28s.

<sup>122</sup> B. OPPETIT, *Ibid.* Sur l'histoire de l'arbitrage, v. généralement, E. LOQUIN (anciennement avec J. RUBELLIN-DEVICHY), « Arbitrage – Aperçu historique – Aperçu de droit comparé », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 1010.

<sup>123</sup> Cf ces mots de TROPLONG qui selon B. OPPETIT, qui le cite, reflète clairement la pensée de ses contemporains : « *L'arbitrage est une manière de juger si défectueuse, si dépourvue de garanties... quant à moi qui ai été arbitre quelquefois, je déclare, par expérience, que dans un procès de quelque gravité, je ne conseillerais à personne de se faire juger par des arbitres ; un tribunal qui se croit le droit d'être plus équitable que les lois les plus équitables du monde me paraît ne pouvoir s'adapter qu'à un petit nombre de questions de fait et à des intérêts médiocres* », *Du contrat de société civile et commerciale*, Paris 1843, t. II, n° 520, cité par B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 27.

<sup>124</sup> D. FOUSSARD, « Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2002, p. 579, spéc. p. 595.

<sup>125</sup> C. JALLAMION, *Ibid.*, Y. JEANCLOS, « La pratique de l'arbitrage du XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle. Eléments d'analyse », *Rev. arb.* 1999, p. 417 ; J. HILAIRE, « L'arbitrage dans la période moderne (XVI<sup>e</sup> -XVIII<sup>e</sup> siècle) », *Rev. arb.* 2000, p. 187. *Adde.* B. OPPETIT, *Ibid.*

48. **Moyen-Age, Renaissance et Temps modernes.** Ainsi, dans les premiers temps du Bas Moyen-Age<sup>126</sup>, le développement de l'arbitrage se fait au détriment des juridictions royales, les potentats féodaux revendiquant encore une certaine autonomie alors que le pouvoir législatif et judiciaire du Roi en la matière est au plus bas<sup>127</sup>. Dans les deux siècles qui suivent, c'est la petite noblesse et surtout la bourgeoisie qui développent l'institution, cette dernière pour organiser à son tour, au sein des corporations, un pouvoir politique autonome<sup>128</sup>. Le reflux (relatif) et surtout l'encadrement de l'arbitrage coïncide ensuite avec la montée de la Monarchie et du redéploiement d'un droit romain favorable à l'affirmation d'un pouvoir central fort, d'un *imperium*<sup>129</sup>. Ce n'est pas un hasard si cette période coïncide avec celle du développement de la théorie de l'État et de la Souveraineté, chez des auteurs comme Jacques BODIN<sup>130</sup> et Thomas HOBBS<sup>131</sup>. Sous la Monarchie absolue, la question change d'aspect, en France du moins, du fait que le pouvoir judiciaire des Parlements en vient à ébranler le pouvoir monarchique du Roi<sup>132</sup>. Favoriser l'arbitrage, c'est alors diminuer le pouvoir des Parlements, diminution qui sera portée à son paroxysme dès les premiers temps de la Révolution. Celle-ci porte ainsi au fronton de sa loi de réorganisation de la justice que l'arbitrage est « *le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre citoyens* »<sup>133</sup>.
49. **Lumières, Révolution et Empire.** C'est dans les derniers temps du XVIII<sup>e</sup> siècle que l'on constate une rupture avec cette posture de plus en plus libérale, et elle se conjugue, sans grande surprise, avec le retour d'un fort autoritarisme politique. C'est ainsi le Consulat et plus encore l'Empire qui portèrent les premiers coups en limitant strictement la liberté des parties et en contrôlant de plus près les sentences<sup>134</sup>. On perçoit d'autant mieux qu'il s'agit bien ici de *conception politique* de l'État et non d'une concurrence avec la justice étatique que cette dernière a une importance toute relative dans la conception bonapartiste du droit, centrée sur la loi civile du Code dont le juge n'est que la « bouche ». En revanche, ce dernier est

<sup>126</sup> A Rome, v. B. de LOYNES de FUMICHON, *Recherches sur l'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, thèse dactyl. Paris II, 2002.

<sup>127</sup> Sur cette période, v. Y. JEANGLIS, *Ibid.* Ainsi, alors que les serfs n'ont manifestement pas la possibilité de contester leur servage devant un arbitre, son seigneur le voudrait-il (p. 433), les seigneurs eux-mêmes peuvent en revanche faire appel à des arbitres pour les problèmes de droit féodal.

<sup>128</sup> J. HILAIRE, *Histoire des institutions judiciaires*, Cours polycop. Paris II, 1990-1991, Les Cours de Droit, t. II, p. 142.

<sup>129</sup> J. HILAIRE, « L'arbitrage dans la période moderne », *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>130</sup> J. BODIN, *Les Six Livres de la République*, 10<sup>ème</sup> éd., 1593, in *Corpus des œuvres de philosophie en langue française*, Fayard 1986. V. spéc. Livre 1, Ch. II: « *Mais outre la Souveraineté, il faut qu'il y ait quelque chose de commun, et de public : comme le domaine public, le trésor public, le pourpris de la cité, les rues, les murailles, les places, les temples, les marchés, les usages, les loix, les costumes, la justice, les loyers, les peines, et autres choses semblables, qui sont ou communes ou publiques, ou l'une et l'autre ensemble : car ce n'est pas République s'il n'y a rien de public* » (nous soulignons). Pour BODIN, par ailleurs, ce caractère public se traduit notamment par la distinction de l'officier et de son office, ce qui en fait un précurseur de l'Etat administratif que nous connaissons aujourd'hui (S. GOYARD-FABRE, *Jean Bodin et le droit de la République*, PUF 1989, spéc. p. 129s.), ainsi la plaidoirie de BODIN pour la justice déléguée, c'est-à-dire l'emploi de juges professionnels au service de la Justice royale au Ch. VI du Livre IV et l'analyse de J. KRYNEN, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard 2009, p. 31s.

<sup>131</sup> Th. HOBBS, *Le Léviathan*, Sirey, 3<sup>ème</sup> éd., 1983, p. 257.

<sup>132</sup> C. JALLAMION, *Ibid.*

<sup>133</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi des 16 et 24 août 1790.

<sup>134</sup> C. JALLAMION, *op. cit.*, spéc. pp. 36s.

un fonctionnaire d'État et à ce titre ne peut souffrir une concurrence privée<sup>135</sup>. Lorsque la Cour de cassation, en 1843, interdit *de facto* la clause compromissoire en obligeant les parties à y définir leur litige et le nom des arbitres, elle le fait sur des arguments de textes assez peu convaincants, et surtout sur des arguments d'opportunité d'inégale importance<sup>136</sup>. Le premier portait sur la protection des parties faibles. Le développement de la vie juridique accompagnant la première révolution industrielle avait en effet vu l'essor des clauses de style, dont la clause compromissoire faisait partie. Cependant, ces clauses n'avaient rien de nouvelles, COLBERT deux siècles auparavant les ayant même imposées dans certains contrats<sup>137</sup>. En réalité, nulle crainte n'aurait saisi les tribunaux si l'arbitrage avait été perçu d'un œil favorable. Ce n'était pas le cas. La seconde justification de cette décision ressortait en effet simplement là encore, d'une conception politique de la justice : en dehors de l'État, la Justice n'est point garantie.

50. **Deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> et début XX<sup>e</sup> siècle.** Enfin, pour la question particulière de l'arbitrage international, toute la jurisprudence française du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle reflète ce rapport entre intensité du lien avec l'État français et tolérance de l'arbitrage. Les jugements et arrêts disponibles sur ce thème montrent en effet une répugnance bien moindre à autoriser l'arbitrage dès lors que des français n'y étaient pas partie et que la convention devait s'exécuter à l'étranger d'abord<sup>138</sup> ; plus tard qu'une partie n'était pas française et qu'elle était conclue à l'étranger<sup>139</sup> ; plus tard encore que les parties n'étaient pas exclusivement françaises et que la loi étrangère applicable admettait sa validité<sup>140</sup>. *A contrario*, lorsque seuls des Français étaient parties, il ne leur était ainsi pas possible de se soumettre à une autre justice que celle de leur État.
51. **Tournant des années 1920.** Il fallut attendre l'envolée des idéologies de paix après la première guerre mondiale pour que l'arbitrage soit réintégré au droit positif français par le biais de nombreux accords internationaux : Protocole de Genève du 24 septembre 1923, Convention du 26 septembre 1927, loi, enfin, du 31 décembre 1925 sur les transactions commerciales. Favorable au développement du commerce, l'arbitrage reprenait son rôle.
52. **Conclusion : la Justice accaparée par l'État.** Ainsi, historiquement, le lien entre justice et pouvoir politique a progressivement été considéré comme

---

<sup>135</sup> Ainsi le Conseiller d'Etat MOUNIER a-t-il proposé d'exclure l'arbitrage du Code Procédure Civile afin « d'obliger les citoyens à ne reconnaître pour juges que les *ministres de la loi* », Séance du 25 prairial an XIII, Discussions de l'article 1073, LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1830, t. XXIII, p. 392, cité par C. JALLAMION, p. 37 (nous soulignons l'expression qui nous semble particulièrement révélatrice de la conception bonapartiste de la fonction du juge).

<sup>136</sup> Civ., 10 juil. 1843, *Cie l'Alliance*, S. 1843, p. 561, reproduit in *Rev. arb.* 1992, p. 399.

<sup>137</sup> C. JALLAMION, *op. cit.*, p. 49.

<sup>138</sup> Trib. com. Marseille, 6 août 1891, *JDI* 1892, p. 647 et Douai, 7 août 1902, *D. P.* 1904, p. 85.

<sup>139</sup> Req. 21 juin 1904, *D. P.* 1906, p. 395.

<sup>140</sup> Besançon, 5 janv. 1910, *RCDIP* 1910, p. 428. La loi applicable est celle du lieu de conclusion du contrat, ce qui constitue une simple prorogation sous une autre de la jurisprudence de 1904, mais qui permet à des décisions dissidentes, fondées sur l'autonomie de la volonté, de valider la clause, E. PÉRREAU, « De la validité de la clause compromissoire insérée dans un contrat conclu à l'étranger », *JDI* 1910, p. 787.



consubstantiel : rendre la justice serait un attribut de la Souveraineté<sup>141</sup>. La notion même d'État ne s'est construite que par la centralisation des pouvoirs d'ordre et de contrainte, donc notamment du pouvoir de rendre la justice et de la faire exécuter. Les théoriciens de l'État, les politologues et sociologues s'accordent d'ailleurs pour faire de la justice l'un des moteurs de la naissance de l'État<sup>142</sup>. Le droit international public s'en est à de multiples reprises fait l'écho<sup>143</sup>.

## 2. Le monisme comme conception politique de l'État

53. **Persistances monistes dans la doctrine.** À partir des années 20, lentement, puis dès les années 1950, plus fermement, l'arbitrage, en particulier le droit français de l'arbitrage international, s'est développé de manière importante, ce qui tendrait à démontrer que le fonctionnement de l'État ou du moins la conception politique des pouvoirs du Souverain en France ont de nouveau été altérés. Cependant, malgré cette ouverture en droit positif, plus favorable à une justice non étatique, une partie de la doctrine de droit international privé a continué à associer Justice et État<sup>144</sup> soit, dans un premier temps surtout, pour assimiler le tribunal arbitral siégeant sur le territoire national d'un État au for de cet État<sup>145</sup>, soit, de manière plus récurrente, en refusant purement et simplement à ce tribunal la qualification ou le régime de la juridiction<sup>146</sup>.
54. **Critique de la conception moniste.** L'évolution est d'ailleurs frappante. Alors que dans les premiers écrits sur le sujet, en particulier au XVI<sup>e</sup> siècle, le Souverain doit obtenir le monopole de la Justice et éliminer les justices concurrentes<sup>147</sup>,

---

<sup>141</sup> Bien que l'on s'essaye, depuis le début de cette étude, à dissocier compétence et critère de compétence, une telle affirmation trouve encore à s'exprimer dans l'étude de la théorie du « juge naturel » telle qu'étudiée par D. HOLLEAUX dans sa thèse, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970, pp. 199s. V. encore, pour une comparaison éclairante sur l'arbitrage dans les nations d'Amérique du sud : C. FRUTOS-PETERSON, *L'émergence d'un droit effectif de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine*, Thèse Paris I, 1998.

<sup>142</sup> F. CHEYETTE, « La justice et le pouvoir royal à la fin du Moyen-Age français », *Rev. Hist. Dr. Fr. et Etr.* 1962, p. 373 ; J. PICQ, *Une histoire de l'État en Europe*, Presses de Sc. Po. 2009, p. 131s.

<sup>143</sup> V. par exemple la Déclaration sur les conditions d'acquisition de l'indépendance et la Souveraineté étatique, JO de la SDN, 12<sup>ème</sup> session, n<sup>o</sup> 10, p. 30 (la cinquième condition exprime la nécessité d'assurer une justice régulière à tous), le « Projet des droits et devoirs des Etats » de l'ONU, A/1251, Doc. p. 68 (l'appareil de contrainte des Etats). Sur ce sujet, v. J.-D. MOUTON, « L'Etat selon le droit international, diversité et unité », *L'Etat à l'aube du XXIème siècle*, Colloque SFDI de Rennes, Pédone, 1994, p. 79, spéc. p. 100.

<sup>144</sup> V. les auteurs, surtout anciens, cités in T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz 2001, p. 60s. On peut parler à ce propos de tentative d'assimilation de l'arbitrage à l'ordre juridique du for, v. E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff 2008, spéc. p. 34s.

<sup>145</sup> Ainsi pour MANN, « *There is a pronounced similarity between the national judge and the arbitrator in that both of them are subject to the local sovereign. If, in contrast to the national judge, the arbitrator is in many respect but by no means with uniformity, allowed and even ordered by municipal legislatoris to accept the commands of the parties, this is because, and to the extent that, the local sovereign so provides [...] Is it not every activity occurring on the territory of a State necessarily subject to its jurisdiction? Is it not for such State to say whether and in what manner arbitrators are assimilated to judges an, like them, subject to the law?* », F. A. MANN, « *Lex Facit Arbitrum* », in *Liber Amicorum for Martin Domke*, Martinus Nijhoff 1967, p. 157, spéc. p. 162.

<sup>146</sup> G. BALLADORE-PALLIERI, « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *RCADI* 1935-I, t. 51, p. 287, spéc. p. 291s. ; F.-E. KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Helbing et Lichtenham, 1955 ; P.-F. RYZIGER, « Existe-t-il un lien entre exequatur et appel des sentences arbitrales ? », *Rev. arb.* 1961, p. 210.

<sup>147</sup> Ainsi chez PUFENDORF, qui est l'un des premiers à lier souveraineté de l'Etat et pouvoir juridictionnel, l'analyse est celle d'une nécessité politique et morale et non d'une obligation légale, v. S. GOYARD-FABRE, *Pufendorf et le droit naturel*, PUF 1994. Selon lui, « *la société civile a une autre*

L'analyse des auteurs modernes est au contraire de se fonder sur ce monopole soit pour absorber les justices concurrentes, soit leur refuser la qualité de Justice<sup>148</sup>. Affirmer que la Justice est consubstantielle à l'État (ou en traiter comme si elle l'était) est une approximation qui tient du sophisme, car ce qui est au départ une conception *politique de l'État* devient ensuite une conception *juridique de la Justice*. C'est donc en réalité la notion d'État qui serait consubstantielle à celle de maîtrise du pouvoir juridictionnel, non la nature juridique de la Justice que de ne pouvoir être qu'étatique.

55. **Monisme et représentations du droit.** Les quelques modèles rationnels du droit international privé contemporain qui nient l'aspect juridictionnel démontrent donc avant tout des présupposés politiques sur une certaine conception de l'État<sup>149</sup>. De la même manière que les présupposés conflictualistes dans la notion de compétence internationale ont persisté dans une conception renouvelée du droit international privé, même débarrassée de l'État, la notion de compétence juridictionnelle pâtit donc encore d'une certaine conception politique de l'État. Si ce survol historique suffit pour dénoncer les prémisses de certaines théories critiques de la justice arbitrale, elle ne permet cependant pas de les écarter. Là encore, en effet, ces théories reposent sur un autre fondement qui permet le

---

*finalité que la société naturelle : son but est d'établir la sécurité publique et de maintenir l'ordre parmi les hommes* » (Ibid., p. 161), raison pour laquelle il compte, parmi les « sept parties de la souveraineté », (ibid., p. 185s.).

<sup>148</sup> La littérature portant sur l'acquisition progressive par l'État de la maîtrise de l'instrument judiciaire s'est multipliée ces dernières années, en particulier pour rappeler que la magistrature elle-même s'opposait à son assimilation dans l'appareil d'État : N. PICARDI, « Le bicentenaire du Code de procédure civile napoléonien et le monopole étatique de la juridiction », *Essays in honour of K. Kerameus*, Ant. N. Sakkoulas- Bruylant 2009, p. 1025 ; J. KRYNEN, *L'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, Gallimard, 2010.

<sup>149</sup> On pense en particulier à V. HEUZE, « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011, p. 2880, qui critique en introduction le traitement de l'arbitrage comme d'une justice. L'auteur fonde le constat de l'absence de caractère juridictionnel de l'arbitrage sur l'obligation pour les Etats, au titre de l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, de fournir aux individus l'accès à un tribunal institué par eux-mêmes. Cette obligation, cependant, ne saurait aller sans réserve, et l'auteur de conclure que « *tel n'étant pas le cas s'il leur impose un recours à l'arbitrage, il faut considérer comme radicalement contraires au droit au juge toutes les décisions qui déclarent tenus de respecter un accord compromissaire ceux qui n'ont pas manifesté qu'ils y ont consenti, fût-ce au nom seulement du principe de la compétence prioritaire de l'arbitre pour apprécier sa propre 'compétence'* » (Ibid., p. 2882).

S'agissant d'une règle qui oblige les Etats à assurer un libre accès à ses tribunaux institués à tout justiciable, on peut s'interroger sur la raison pour laquelle l'auteur limite sa critique à l'autorisation de l'arbitrage dans les hypothèses d'absence de consentement exprès des parties. Pourquoi ne pas étendre cette critique à la licéité même des conventions d'arbitrage ; celle-ci n'a-t-elle précisément pas pour objet, comme l'auteur le dit lui-même, d'empêcher les parties d'avoir accès au juge ? En traitant ainsi l'article 6 comme un droit subjectif, on pourrait évoquer la possibilité pour le justiciable d'y renoncer, mais cette autorisation n'apparaît pas dans la lettre de la Convention et ressemble fort à une dérogation accordée par l'Etat français, lequel est pourtant lui-même débiteur de cette obligation d'accès à la justice... L'obligation de laisser l'accès à la justice se traduirait alors par une nullité des clauses compromissaires ; une obligation étatique se traduirait par une interdiction de droit privé... Le retournement logique est discutable.

On pourrait même aller plus loin. L'article 1<sup>er</sup> de la Convention Européenne des Droits de l'Homme oblige les Etats à concéder l'ensemble de ces droits aux individus qui sont « *sous sa juridiction* ». Si cette règle devait être comprise comme adressant une injonction aux Etats parties de protéger toutes les personnes qui *peuvent* avoir accès à sa justice nationale, il faudrait alors non seulement refuser les clauses compromissaires mais aussi toutes les clauses attributives de compétence à des juridictions étrangères (au moins celles qui ne sont pas partie à la convention), voire ne tenir aucun compte des procédures ou de l'autorité de la chose jugée à l'étranger. On voit à quelles extrémités un tel raisonnement peut porter. En ce qui concerne la Cour Européenne des Droits de l'Homme elle-même, quoi qu'il en soit, la solution est précisément inverse, v. *infra*, n°79.

maintien de cette conception de la justice : il s'agit d'une certaine conception de l'ordre juridique.

## **Paragraphe 2) UN FONDEMENT INOPPORTUN : L'ORDRE JURIDIQUE**

56. Au-delà des postulats judiciaires et étatiques, les auteurs dont les travaux remettent en cause, directement ou indirectement, le caractère juridictionnel des organes qui ne relèvent pas de l'État, comme les tribunaux arbitraux, ont aujourd'hui souvent un argument théorique en commun : l'ordre juridique<sup>150</sup>. Pour ces auteurs, en effet, le tribunal arbitral ne devrait pas être traité à l'égal du juge national dans la mesure où le premier ne dispose pas, contrairement au second, du support d'un tel ordre. Ils se réfèrent ainsi à une certaine conception fondamentale du droit international privé, que l'on a déjà rencontrée : celle de M. MAYER. Cette théorie du droit international privé comme coordination des ordres juridiques a certainement trouvé son expression la plus achevée dans le cours donné à l'Académie de droit international de La Haye en juillet 2003<sup>151</sup>. On présentera très brièvement les positions de cette thèse (I) avant d'en critiquer la pertinence en matière de compétence juridictionnelle (II).

### **I) Ordre juridique et juridiction dans la conception de M. MAYER**

57. **Présentation de la thèse.** La force et le grand mérite de la théorie de M. MAYER est d'avoir réussi à combiner deux des plus importantes théories du droit modernes : la théorie normative de Hans KELSEN et celle du droit comme institution de Santi ROMANO. Cette théorie, appelée dans son cours de La Haye celle de la « coordination des ordres juridiques », est fondée sur la reprise des deux précédentes et sur un apport personnel à l'auteur. M. MAYER définit d'abord l'ordre juridique par trois éléments : les règles, les organes de contrainte et le juge<sup>152</sup>. Les règles, notions de base de tout ordre juridique, dirigent la conduite et permettent de prévoir la sanction. Les organes de contrainte sont nécessaires à tout

---

<sup>150</sup> V. en particulier S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica 2004 ; Ch. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage*, IRJS éd. 2011.

<sup>151</sup> L'idée du droit international privé comme coordination des ordres juridiques trouve cependant sa première expression dans les écrits de ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, I, Leipzig, 1897, p. 73s. Santi ROMANO y fait d'ailleurs référence dans ses écrits sur l'ordre juridique (S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. P. Gothot et L. François, Dalloz 1975, rééd. Dalloz 2002, p. 124). En France, elle trouve son expression privilégiée chez ARMINJON pour lequel « le droit international privé a pour objet de régler les questions qui impliquent ainsi le concours soit des législations, soit des compétences juridictionnelles ou administratives de deux ou plusieurs systèmes juridiques, en déterminant auquel de ces systèmes les éléments de la question en cause doivent être rattachés pour qu'elle puisse être résolue au moyen d'une règle fournie par la législation ou la coutume du système ainsi désigné », P. ARMINJON, *Précis de Droit international privé*, t. 1, *Les Notions fondamentales du Droit international privé*, Paris, Librairie Dalloz 1927, p. 89s. ARMINJON, cependant, met l'accent sur la réalité sociale qui sous-tend le système juridique, et non la contrainte qui met en œuvre les règles.

<sup>152</sup> *Ibid*, p. 26s.

ordre juridique puisque la contrainte est *in fine*, le critère du droit. Enfin, le juge est l'organe médian du système entier et en devient même prépondérant en droit international privé car dans cette hypothèse, selon une expression ancienne de l'auteur, « *un observateur, neutre par hypothèse, ne peut choisir* » entre les différents droits applicables, c'est-à-dire ordres juridiques compétents, à une cause<sup>153</sup>. Il faut un point d'ancrage qui permette de choisir entre les règles de conflit des différents États que l'on pourrait interroger. On comprend, dès lors, qu'il ait un rôle central dans la théorie de droit international privé de l'auteur. Mais il gagne aussi un rôle central dans sa définition de l'ordre juridique. Il est en effet celui qui permet de préciser le sens de la règle et de la concrétiser à destination tant des parties que des organes de contrainte<sup>154</sup>. C'est l'apport particulier de M. MAYER.

58. **Importance du juge pour la thèse.** Chez Hans Kelsen, tout individu, juge, administration comme particuliers est agent de l'ordre juridique. Ils ne sont tous que des destinataires des normes<sup>155</sup>. Pour Santi Romano, ce sont les « agents » qui, en tant que communauté sociale, en sont à l'origine. Toutefois, il semble que tout individu peut alors être agent, sans discrimination<sup>156</sup>. Reprenant la conception institutionnelle du droit, M. MAYER préfère penser l'ordre juridique comme un fait social, défini comme un phénomène d'organisation, dont les règles ne sont qu'un élément<sup>157</sup>. Cependant, contrairement aux deux auteurs, il précise la notion d'agents pour n'y comprendre que ceux qui sont spécialement désignés dans l'ordre juridique. Les juges, dont on a vu le rôle central, en deviennent ainsi des éléments constitutifs<sup>158</sup>. Cette désignation est d'ailleurs suffisamment forte pour être exclusive. L'auteur ajoute en effet, parlant de la clôture des ordres juridiques : « *Dans un deuxième sens, les ordres juridiques sont dits clos en ce que leur ordonnancement institutionnel ne tolère la présence d'aucun élément extérieur à eux-mêmes [...] Si l'ordre juridique A acceptait qu'un organe de l'ordre juridique B ait un tel pouvoir, cela impliquerait que cet organe reçoit ipso facto la qualité d'organe de l'ordre juridique A. Si en revanche l'ordre juridique A ne l'accepte pas, l'action des organes de B à son égard reste lettre morte, les organes de A n'en tenant pas compte* »<sup>159</sup>. L'affirmation semble ainsi porteuse de distinctions bien plus tranchées que les conceptions précédentes. Enfin, il faut noter que, si M. MAYER accepte l'hypothèse d'ordres juridiques non étatiques, il réfute presque toutes les autres manifestations de celui-ci, laissant simplement planer le doute sur certains de *source* étatique : ordre international et ordre européen<sup>160</sup>. La raison en est

---

<sup>153</sup> P. MAYER, *La distinction des règles et des décisions en droit international privé*, Dalloz 1973, p. 24. C'est aussi l'objet des développements de son cours, *op. cit.* p. 111s.

<sup>154</sup> P. MAYER, « Le phénomène... », *Ibid.*

<sup>155</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz 1962, p. 200 : « *Un individu est l'organe d'une collectivité en tant qu'il exerce une activité qui peut être attribuée, ou rapportée à cette collectivité, -une fonction dont on dit par la suite que c'est la collectivité, pensée comme une personne, qui l'exerce par l'intermédiaire de l'individu qui agit comme son organe* ».

<sup>156</sup> Chez Romano, l'essentiel tient en effet à l'organisation du corps social, c'est-à-dire des éléments qui forment l'institution. Cependant, l'institution pouvant être formé de simples éléments matériels sans individu, il est difficile de penser qu'un agent de contrainte y est nécessaire, *op. cit.*, p. 26.

<sup>157</sup> « *Je me propose d'appeler « ordre juridique » toute société déterminée d'êtres humains fonctionnant selon les mécanismes décrits dans les développements précédents* », c'est-à-dire le jeu combiné des règles, des agents de contrainte et des juges, *op. cit.*, p. 34.

<sup>158</sup> Spécialement en matière de coordination des ordres juridiques, *op. cit.*, p. 111s.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>160</sup> Les seuls à obtenir cette qualification sont l'ordre international et l'ordre juridique européen, c'est-à-dire des systèmes juridiques produits de la volonté combinée des États, *Ibid.* p. 77.

simple. Si l'ordre juridique est défini par l'existence, notamment, d'organes de contrainte, la contrainte est monopolisée par les États qui seuls peuvent en disposer pour l'octroyer à d'autres<sup>161</sup>.

59. **Tempérament à la thèse : la fonction juridictionnelle.** M. MAYER avait nuancé cette conclusion dès 1989, dans son cours spécial à l'Académie de la Haye sur « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence »<sup>162</sup>. Définissant, en introduction de son cours, la compétence par opposition au pouvoir de juger, M. MAYER rappelle notamment que « le phénomène de l'arbitrage révèle que le pouvoir de juger n'est pas nécessairement un aspect de la souveraineté »<sup>163</sup>. Il choisit alors de le définir par sa fonction comme « le fait d'être habilité à prononcer une décision mettant fin à un litige »<sup>164</sup>. L'auteur n'évoque toutefois pas ici l'ordre juridique. La raison en est que, si la compétence internationale consiste pour M. MAYER en un problème d'intervention de l'ordre juridictionnel français<sup>165</sup>, celle de l'arbitre n'est tout simplement pas un problème juridique : « Considérée en elle-même, indépendamment de sa consécration par un ordre juridique, elle n'est qu'un acte privé. Il n'y a pas de nécessité logique, pour élaborer le contenu d'un acte privé (la décision sur la compétence) à partir d'un autre acte privé (la convention d'arbitrage), d'appliquer une loi. Il suffit que la personne requise d'être arbitre se convainque, par un raisonnement quelconque, que l'existence, les conditions d'élaboration et le contenu de la convention d'arbitre rendent légitime qu'il exerce la fonction d'arbitre relativement au litige qui oppose le demandeur au défendeur »<sup>166</sup>. L'arbitre a donc un pouvoir juridictionnel, mais celui-ci est issu d'un acte privé, la convention d'arbitrage. On peut se demander dans quelle mesure, cependant, cela ne réduit pas grandement la portée de la « juridictionnalité » de l'arbitre.
60. **Héritage de la thèse : la thèse de M. BOLLEE.** S'inspirant de cette analyse, un auteur a ainsi démontré que les sentences arbitrales ne peuvent être qualifiées de « décisions » susceptibles, à l'instar des jugements étrangers, de relever de la méthode des conflits de juridictions. En effet, bien qu'il reconnaisse sa double nature contractuelle et juridictionnelle, M. BOLLEE démontre dans la première partie de sa thèse que la sentence arbitrale n'est pas une norme<sup>167</sup>. Privé d'une

<sup>161</sup> Ainsi la réfutation de la thèse de la juridicité de la lex mercatoria en dehors des ordres juridiques étatiques : « Tout d'abord se contenter de sanctions est déjà un fort abaissement des exigences par rapport au modèle de l'ordre juridique étatique, dont on a vu que l'effectivité repose sur l'existence d'organes de contrainte ; de plus et surtout les sanctions censées se substituer à la contrainte sont largement illusoirees.

Si un opérateur du commerce international possède contre un autre une créance de somme d'argent, l'ordre juridique étatique lui offre un moyen d'obtenir par la contrainte la satisfaction de son droit, sous la forme d'une saisie. Que lui offre la lex mercatoria ? Elle ne dispose pas de la contrainte, laquelle est monopolisée par les États. Instaure-t-elle la menace d'une sanction, qui inciterait, de façon indirecte, le débiteur à payer spontanément ? Pas même. Si le créancier, qui avait accepté une clause compromissoire et qui obtient le prononcé en sa faveur d'une sentence arbitrale, veut être payé, il devra recourir à la contrainte étatique pour obtenir l'exécution forcée de la sentence », *Ibid.*, p. 65. Pour une critique classique en ce sens, v. P. LAGARDE, « Approche critique de la lex mercatoria », in *Études offertes à Berthold Goldman*, Litec 1982, p. 123.

<sup>162</sup> RCADI 1989-V, t. 217, p. 319.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 329.

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> P. MAYER, *Droit international privé*, 1<sup>ère</sup> éd., Montchrestien 1977, n° 19. Le « troisième exemple » dans l'introduction pédagogique et pragmatique de son manuel auquel on se réfère ici n'a pas été modifié depuis la première édition. Il apparaît aujourd'hui au n° 18.

<sup>166</sup> P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre... », *op. cit.* p. 404.

<sup>167</sup> S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, *Economica* 2004, n° 151 : « Il apparaît en effet que les sentences, n'étant l'émanation d'aucun ordre juridique, étatique ou non-étatique, ne peuvent prétendre à la qualité de normes juridiques et se trouvent par là exclues de la catégorie des

investiture légale, l'arbitre bénéficiait déjà d'un pouvoir peu encadré, un pouvoir aussi juridique qu'un mandat contractuel. Mais privé de surcroît du pouvoir de rendre de véritables « décisions », l'arbitre peut-il vraiment être considéré comme une juridiction ?

Selon M. BOLLEE, une norme, qu'elle soit concrète comme une décision de justice ou abstraite comme une règle législative, doit pour être *norme* juridique nécessairement appartenir à un *ordre* juridique<sup>168</sup>. Analysant ensuite tant l'organe arbitral que le produit de sa décision, la sentence, il en conclut que cette dernière ne peut ni être rattachée à un ordre juridique national, ni être insérée dans un ordre juridique international mercatique dont il nie l'existence. Elle ne peut être, dès lors, qu'un acte privé et non une décision. La solution surprend. Ce n'est pas tant dans le refus de la qualification de décision toutefois : ce n'est après tout qu'une grille de lecture adaptée aux besoins de la reconnaissance d'actes « étrangers » au for. Ce qui surprend davantage, c'est ce qu'il faut entendre alors de la *fonction* juridictionnelle, car cela implique qu'une telle fonction pourrait être reconnue à un organe qui ne rend pas des décisions intrinsèquement normatives. En effet, la procédure arbitrale a fondamentalement pour *objet* de produire des décisions juridiquement obligatoires et définitives ; or comment être juridiquement obligatoire sans être une norme<sup>169</sup> ? Sans même évoquer le pouvoir de contrainte dont on a vu qu'il pouvait être un critère du juridique, on associe en effet traditionnellement le pouvoir juridictionnel à la *jurisdiction*, c'est-à-dire le pouvoir de trancher le litige. Mais ce pouvoir doit véritablement être perçu comme tel : le fait de « trancher » ne s'arrête pas à la solution intellectuelle du litige, il consiste aussi dans la valeur juridiquement *obligatoire* qu'il octroie à cette décision<sup>170</sup>. En qualifiant la sentence d'acte privé, l'auteur réduit ainsi la fonction des tribunaux arbitraux à celle d'énoncer des solutions raisonnées à valeur indicative et non des normes juridiques. Ainsi, parce que l'auteur s'appuie sur un lien intrinsèque entre ordre juridique et norme juridique, sa démonstration semble tendre vers la négation d'un *pouvoir* juridictionnel propre des tribunaux arbitraux<sup>171</sup>.

---

*décisions, réputée seule justiciable du raisonnement mené en termes de conflits de juridictions* ». L'auteur explique ensuite l'usage de la méthode du conflit de juridictions par une fiction juridique, nécessitée par l'identité de problème posé par la sentence et le jugement étranger.

<sup>168</sup> *Ibid.*, n° 17.

<sup>169</sup> La vocation des actes privés, spécialement des contrats, à être des normes est discutée dans la doctrine internationaliste, v. contre leur qualification, V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, Joly Ed. 1990, pour leur qualification de norme, B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé*, thèse dactyl., Paris II, 2008. Il ne nous semble toutefois pas nécessaire de rentrer dans cette polémique pour affirmer qu'une sentence devrait obtenir une force normative bien supérieure à un acte privé. À prendre l'option la plus favorable, qui consisterait à dire que la sentence serait normative parce qu'acte privée, elle n'en aurait cependant pas plus de valeur normative qu'un tel acte (et encore ne s'agirait-il d'ailleurs que du produit d'un montage contractuel). Or, même dans ce cadre, cela serait insuffisant : la décision de justice devrait en effet disposer d'un caractère obligatoire (sauf recours) dont ne saurait bénéficier un tel acte.

<sup>170</sup> V. plus en détail Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'imperium », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec 1991, p. 245. *Adde.* D. CHEKROUN, *L'imperium de l'arbitre*, thèse Paris I, 2008.

<sup>171</sup> L'auteur ne défend toutefois pas lui-même l'idée d'un monopole juridictionnel de l'Etat. Dans un écrit ultérieur, M. BOLLEE relève ainsi que, « Outre que l'existence d'un monopole juridictionnel de l'Etat se concilie mal avec l'institution de l'arbitrage, justice privée qui a connu un essor spectaculaire au cours des dernières décennies, le réalisme oblige à tenir compte du fait qu'il n'existe pas un seul Etat mais plusieurs, chacun doté de son

61. **Héritage de la thèse : la thèse de Mme PANOU.** Mme PANOU, auteur d'une thèse sur le consentement à l'arbitrage, a en effet directement critiqué le caractère juridictionnel de la fonction même de l'arbitre en s'inspirant elle aussi de l'analyse de M. MAYER<sup>172</sup>. Sa critique porte sur plusieurs points et s'intéresse d'abord à la source de la *jurisdictio* de l'arbitre. Selon la doctrine majoritaire, l'arbitre serait une juridiction car il trancherait le litige en s'appuyant sur le droit. Cependant pour l'auteur, d'une part, le droit auquel l'arbitre se réfère n'aurait pas de caractère « juridique » en dehors d'une application par des organes de cet ordre. Si l'arbitre international tranche en effet le plus souvent au regard d'un droit national, français, autrichien ou vénézuélien, il n'est pas un organe de ces ordres juridiques. Il n'a pas de droit propre. Sa décision ne serait donc pas juridique mais un simple point de vue dont la valeur serait ensuite établie par les droits nationaux. D'autre part, il serait « *vain de vouloir assimiler arbitrage et justice étatique, [car] l'arbitre n'a pas les moyens lui permettant d'assurer son exécution et sa reconnaissance* »<sup>173</sup>. Pour l'auteur, l'arbitre ne saurait donc être une juridiction car il ne dispose pas du soutien d'un ordre juridique national lequel peut seul créer du droit et investir des juridictions.

Dans tous les cas, on perçoit le rôle central de l'ordre juridique étatique comme fondement du refus de la qualification des organes qui ne bénéficient pas de son investiture d'organe « juridictionnel ». Il n'est pas besoin d'aller plus avant dans la description de ces théories pour en critiquer la portée en ce qui concerne notre problème.

## II) L'inutilité de l'ordre juridique pour définir la juridiction

62. **Exergue.** C'est sur les mots de Bruno OPPETIT que l'on entamera cette critique :

*« S'il [l'ordre juridique] traduit bien la spécificité du phénomène juridique, lui-même reflet de la systématité et de la normativité, et si, à ce titre, il représente davantage qu'une simple juxtaposition de normes ponctuelles, sa valeur ne saurait être qu'heuristique, ou opératoire, en ce qu'il permet de caractériser et de délimiter un ensemble normatif : mais on doit se garder de le considérer comme un attribut ontologique, entendu comme une qualité substantielle du droit, sous peine de l'hypostasier »*<sup>174</sup>.

63. **Utilité des thèses en général.** Les théories juridiques ont en effet des vocations descriptives ou prescriptives dont aucune n'a jusqu'à présent permis, comme dans d'autres sciences, de rendre compte de l'ensemble du phénomène juridique<sup>175</sup>. Les

---

*propre ordre juridictionnel* », S. BOLLEE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *L'efficacité économique en droit*, S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir.), Economica 2010, p. 121.

<sup>172</sup> Ch. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage*, IRJS éd. 2011.

<sup>173</sup> *Ibid*, n° 173.

<sup>174</sup> B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF 1998, p. 84. Les italiques sont de l'auteur.

<sup>175</sup> F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI* 1989-I, vol. 213, p. 9, spéc. p. 27s. Nous pensons en particulier, à la suite de l'auteur, à la

théories, dès lors, ne sont véritablement efficaces que lorsqu'elles permettent de décrire le phénomène qu'elles se proposent d'étudier. Or on peut se demander dans quelle mesure la théorie de l'ordre juridique, en particulier celle sur laquelle se fondent ces auteurs, permet de répondre à l'objectif qu'ils se sont fixés.

64. **Critique de la pertinence de la thèse : irréductibilité de la compétence.** D'une part, la théorie de l'ordre juridique (et de leur coordination) est inapte à décrire le phénomène de la compétence internationale. C'est ainsi que Mme PANOU, par exemple, s'appuie sur une description du droit international privé comme science de la coordination des ordres juridiques (étatiques). Ce serait, selon elle, un droit de *méthode* fondée sur des règles indirectes, ne résolvant pas le problème. Cependant, elle doit immédiatement faire une exception des règles de compétence internationale, qui en relèvent « *parce qu'elles n'en participent pas moins de la finalité du droit international privé* »<sup>176</sup>. L'affirmation laisse perplexe. Si les exceptions ne peuvent troubler le juriste, celles qui portent sur une définition sont plus gênantes. Soit la définition est celle d'une méthode, et on doit laisser de côté la question de la compétence internationale qui relève manifestement d'une autre, celle des règles matérielles. Soit la définition se fonde sur la finalité et il semble qu'il faille revoir à la hausse le nombre de règles que l'on y inclut : l'ensemble des règles matérielles internationales a aussi pour finalité de répondre au problème de la coordination des ordres juridiques, même si c'est en l'évinçant.

C'est d'ailleurs par cette seule finalité de la coordination des ordres juridiques que M. MAYER définit à son tour, dans son cours, le droit international privé<sup>177</sup>. Selon cet auteur, l'ordre juridique est encore l'objet pertinent sur lequel fonder la théorie des conflits de juridictions dès lors que « *les règles de compétence internationale ont pour objet de délimiter le domaine d'activité des juridictions du for par rapport à celui des juridictions étrangères (même si elles le font de manière unilatérale et sans prétendre attribuer ou dénier compétence aux ordres juridiques étrangers)* »<sup>178</sup>. L'argument apparaît toutefois assez abstrait. On peut se demander s'il est encore bien adapté aux évolutions du droit de la compétence internationale, largement réglementé par des sources internationales, et dans quelle mesure cette évolution ne remet pas en question une analyse en termes de « délimitation de l'ordre juridique national »<sup>179</sup>.

65. **Critique de la validité de la thèse : le cercle vicieux du raisonnement.** Quoi qu'il en soit de ces définitions, un argument logique permettra d'autre part d'écartier

---

*Grand Unified Theory*, dont les sciences dures sont toujours en quête, pour réconcilier la théorie de la relativité générale, qui explique l'infiniment grand, et la théorie quantique, qui explique l'infiniment petit. *Ibid.*, p. 34.

<sup>176</sup> *Op. cit.*, p. 5, nous soulignons.

<sup>177</sup> *Op. cit.*, p. 23.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 81. V. encore E. JEULAND, *Droit processuel*, 2<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2012, n° 562, présentant la compétence internationale comme l'une des questions du droit judiciaire international lequel est chargé « *d'articuler des ordres processuels internes* », ce que l'auteur définit comme un « *ensemble procédural cohérent prenant place au sein d'un ordre juridique et mettant en œuvre le droit substantiel en (re) construisant les liens de droit* » (n° 554 pour cette dernière définition, nous soulignons). Bien que l'auteur défend l'idée d'un ordre processuel européen (n° 556), il est ainsi logiquement contraint de le limiter à un ordre en formation, un ordre d'articulation des ordres nationaux (v. aussi n° 566s.)

<sup>179</sup> On abordera plus précisément cette question à l'occasion du second titre de cette partie.



la pertinence du recours à l'ordre juridique national dans la définition de la juridictionnalité. Cette affirmation se fonde sur un constat simple : l'ubiquité de la juridiction qui y apparaît alors tant comme élément évalué (la normativité de la fonction arbitrale) que comme élément d'évaluation (l'organe de contrainte de l'ordre juridique). Les auteurs évoqués se réfèrent en effet au concept d'ordre juridique à de multiples reprises pour déterminer ce qui peut être qualifié de normatif, dans l'activité juridictionnelle ou le produit de cette activité. Or, que ce soit dans la définition de Hans Kelsen, de Santi Romano ou de Pierre Mayer, chacun des avatars du concept d'ordre juridique *requiert* l'existence de juridictions. Chez Hans Kelsen, le juge est un agent de l'ensemble normatif auquel correspond l'ordre juridique, mais un agent d'autant plus important qu'il est à l'origine de la concrétisation de l'ordre légal<sup>180</sup>. Chez Santi Romano, le juge est tout autant fondamental, bien qu'il prenne une forme plus « vaporeuse » puisqu'il semble que le corps social lui-même, support de l'ordre juridique, puisse en prendre les fonctions<sup>181</sup>. Chez Pierre Mayer, surtout, le juge devient l'agent éminent de l'ordre juridique en ce qu'il sert de référentiel, de point d'ancrage dans le raisonnement sur la coordination des ordres juridiques<sup>182</sup>. L'erreur logique est alors insoluble. Il n'est en effet impossible de qualifier un ensemble d'ordre juridique *parce qu'il s'appuie sur des juridictions* et de qualifier ensuite de juridictionnel un organe *parce qu'il s'appuie sur un ordre juridique*. Il y a là un évident cercle vicieux. Au mieux, il permet de mettre en valeur un lien intrinsèque entre l'un et l'autre, mais il ne permet de définir ni l'un ni l'autre. Dès lors, refuser la qualification de juridiction aux tribunaux arbitraux parce qu'ils ne bénéficient du support d'aucun ordre juridique relève d'un postulat, pas d'une démonstration.

66. **Justification « politique » de la conception.** Si le principal argument présenté dans la doctrine pour refuser le principe d'une justice privée n'est pas fondé en logique, c'est qu'il l'est en opportunité. Le besoin auquel il semble répondre, la justification qu'il tente d'apporter, c'est peut-être encore aujourd'hui de réserver la justice à l'État, c'est-à-dire de défendre une conception politique de la justice<sup>183</sup>.
67. **Conclusion : exclusion des objections doctrinales.** Qualifier une juridiction par rapport à sa source devient dès lors hasardeux. Enjeu de pouvoir et de monopolisation, tout discours sur la source de la juridiction et son pouvoir de juger, c'est-à-dire de la forme légitime de la justice, ne peut qu'exclure toute forme de justice dont la source n'est pas étatique. L'arbitrage, par définition alternatif à la justice étatique, ne peut qu'être réfractaire à une analyse qui porte précisément sur les éléments qualifiant la justice étatique. Bien qu'il ne s'agisse pas directement du raisonnement juridique lui-même, dont on a cependant vu les limites, mais des

---

<sup>180</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ 1999, p. 199.

<sup>181</sup> L'organisation concrète, factuelle de l'institution est en effet pour lui au cœur de la notion de droit, v. S. Romano, *op. cit.* p. 36s.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>183</sup> V. ainsi par exemple P. Mayer et V. Heuze, n° 277, assimilant l'ordre juridictionnel français à la souveraineté française et V. Heuze, *Dictionnaire Joly Pratique des contrats internationaux*, tome 2 Livre IX, « Conflits de juridictions et contrats internationaux », spéc. p. 17 et 26. v. aussi « La Reine Morte, la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice », *JCP* 2011, doct. 359 et 397.

prémises de ce raisonnement, il faut admettre un pluralisme des sources de la juridictionnalité de la même manière que l'on admet aujourd'hui un pluralisme des sources du droit. La source du pouvoir juridictionnel ne peut donc plus être l'élément déterminant, directement ou non, pour évincer des organes non étatiques de la notion de juridiction. Si c'est bien la conclusion à laquelle aboutit cette analyse sur les prémises de la théorie moniste, il faut encore vérifier l'affirmation, en renversant la perspective, en évaluant la théorie pluraliste.

## Section 2 : LE LIBERALISME DU DROIT POSITIF

68. **Les tribunaux-tribunes.** M. THERY, dans sa thèse sur le pouvoir juridictionnel et la compétence, énonce au début de son ouvrage ce qui apparaît comme un consensus général : l'État disposerait du monopole de la justice sur son territoire. Il faudrait ainsi, « pour le voir occasionnellement mis en cause, se reporter à des périodes politiquement incertaines »<sup>184</sup>. À la suite du doyen CARBONNIER<sup>185</sup>, M. THERY fait ici référence à l'exemple du « Tribunal Russell » du nom de son fondateur, le philosophe et mathématicien anglais Bertrand Russell<sup>186</sup>. Ce « tribunal » se proposait de juger les crimes des États-Unis d'Amérique dans la guerre du Vietnam. Il s'agissait en réalité surtout d'une tribune qui prenait l'apparence du judiciaire pour donner une certaine solennité aux accusations portées contre les

---

<sup>184</sup> Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, p. 37.

<sup>185</sup> « La justice saisie par son ombre », reproduit in *Flexible droit*, 10ème éd., LGDJ 2001, p. 446s.

<sup>186</sup> Un recueil des procès-verbaux de cette institution a été publié sous le titre *Tribunal Russell, le jugement de Stockholm* (deux volumes), Gallimard 1967. Il est possible d'en trouver d'autres exemples qui répondent par ailleurs à la même définition. Le premier, cité par DALLOZ dans la première édition de son Répertoire, évoque l'annulation par la toute jeune Cour de cassation d'une décision contre-révolutionnaire. Cass., 16 messidor an II, cité in D. DALLOZ, *Jurisprudence générale du royaume*, t. VII, Paris 1847, v° « Cassation », n° 65 (consultable en ligne sur [www.gallica.fr](http://www.gallica.fr)): « *Considérant qu'il est de toute notoriété que la ci-devant ville de Lyon était le 2 juillet 1793 en révolte ouverte contre la république, et que les juges restés fidèles à la nation y étaient persécutés et remplacés dans leurs fonctions par des rebelles et des contre-révolutionnaires ; que cela résulte notamment d'un arrêté des représentants du peuple ; - Que, d'après cet arrêté, et en rapprochant le jugement du 28 mai du prétendu jugement du 2 juillet, on ne peut douter que celui-ci ne soit l'ouvrage de gens intrus rebelles, contre-révolutionnaires et usurpateurs de l'autorité judiciaire, puisque le premier de ces jugements est signé de Challier et de trois autres juges, et que le second est signé par Champereux, premier suppléant, et par trois autres individus appelés pour suppléer en l'absence des autres membres du tribunal ; - Qu'il n'est pas de moyen de cassation, contre un jugement, plus fort et plus évident que celui pris du défaut de pouvoir dans les prétendus juges qui l'ont rendu ; que le seul doute qui pourrait s'élever au sujet du prétendu jugement du 2 juillet serait de savoir si c'est bien là un jugement dont on ait besoin de demander la cassation : mais que la forme qu'on lui a donnée dans tout son contenu est celle d'un véritable jugement ; qu'on l'a rendu au lieu accoutumé pour tenir les audiences, et qu'on l'a inscrit sur les registres du tribunal ; ce qui suffirait pour autoriser tous les officiers de la force publique à en protéger l'exécution si la cassation n'en était point prononcée ; Le tribunal donne défaut contre Jacques-François Marie, et pour le profit, sans avoir égard à la fin de non-recevoir proposée par la veuve [Budot], casse le prétendu jugement du 2 juillet 1793, en ce que l'attribution donnée aux individus qui l'ont rendu pour remplacer les juges qui avaient rendu celui du 28 mai précédent, lesquels étaient les juges naturels de Thomas, non-seulement n'était pas une attribution déterminée par la loi, mais était au contraire une attribution illégale et contre-révolutionnaire comme cela est établi par l'arrêté des représentants du peuple ci-dessus cité ; d'où il résulte une contravention expresse au texte de l'article 17 de la loi du 16 août 1790 [...] ». Un arrêt « plus récent » de 1898 s'était aussi de même prononcé sur un tribunal malgache « qui n'avait pas d'existence légale » (Civ. 27 déc. 1898, D. P. 1899, 1, p. 380).*

États-Unis. Cette initiative a d'ailleurs fait des émules, puisqu'un Tribunal Russell pour la Palestine a été fondé en 2009<sup>187</sup>.

La réponse des pouvoirs publics, à l'époque, s'était voulu un rappel de droit : « *la justice n'appartient, en France, qu'aux seuls pouvoirs publics* »<sup>188</sup>. L'affirmation juridique, cependant, ne masque pas la connotation éminemment politique. Mieux même, l'affirmation juridique apparaît ainsi comme d'abord fondée sur une analyse politique. Ainsi M. THERY notait dans sa thèse « *qu'un tel principe n'a pas toujours aussi nettement été affirmé en droit international* » et s'engageait alors dans l'étude de deux exceptions à celui-ci : les capitulations, d'une part, et d'autre part le problème posé par les divorces confessionnels<sup>189</sup>. Ces exemples dataient ainsi pour les plus récents du début du XX<sup>e</sup> siècle. Au début du siècle suivant, il ne semble plus suffisant de poser un principe et d'étudier les exceptions, car l'affirmation ne va plus de soi. On a déjà vu que les exclamations politiques ne peuvent plus être aussi fortes au regard du développement de l'arbitrage et des juridictions internationales. C'est donc le principe lui-même qu'il faut vérifier, en droit. On pourrait en trouver le fondement dans trois domaines. Le premier, en droit interne, est le droit constitutionnel (§1). Le second, dans l'espace international, est le droit international public (§2). Enfin, c'est par une étude ontologique du droit que l'on pourrait, plus fondamentalement, justifier cette solution (§3). Aucun, cependant, ne confirme l'existence d'un tel monopole.

## Paragraphe 1) L'INDIFFERENCE RELATIVE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

69. **Précision.** Le droit constitutionnel *impose-t-il* de ne concevoir la juridiction *que* dans un cadre étatique ? Des auteurs comme JELLINEK<sup>190</sup> ou CARRE de MALBERG<sup>191</sup> ont affirmé qu'il ne peut y avoir d'État sans système judiciaire. En réalité, si l'on veut bien associer État et ordre juridique, l'affirmation n'étonne en rien : le droit lui-même semble nécessiter l'existence d'un organe, tiers impartial, à même de le

---

<sup>187</sup> V. l'interview de Stéphane HESSEL au quotidien *Le Temps* en date du 10 mars 2009, « Israël ne doit pas bénéficier d'une totale impunité ; Ancien résistant et déporté, Stéphane Hessel a lancé l'idée d'un 'Tribunal Russell' pour la Palestine comme il y en eut un pour le Vietnam avec l'espoir de faire pression sur Israël et la communauté internationale ». D'autres tribunaux populaires ont encore vu le jour, v. E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « La prolifération des tribunaux parallèles pour la dénonciation des crimes internationaux : quelle leçon de justice ? », *RSC* 2006, p. 170.

<sup>188</sup> V. par ex., en 1967, le général de Gaulle (*Le Nouvel Observateur*, mai 1967, n° 128). Plus récemment, l'affirmation a surtout été formée par les contempteurs de la procédure d'arbitrage qui a mis fin à la procédure opposant M. Bernard Tapie au Consortium de Réalisation (dont l'État était actionnaire) au sujet de la faillite du Crédit Lyonnais, v. par exemple F. BAYROU, « Bernard Tapie ou l'abaissement de l'État », *Le Monde* daté du 25 juillet 2008.

<sup>189</sup> Ph. THERY, *op. cit.*, p. 34.

<sup>190</sup> Pour JELLINEK le pouvoir judiciaire fait partie du pouvoir originaire nécessaire à caractériser l'État (*l'État moderne et son droit*, p. 152, t. 2, Giard et Brière, 1913, rééd. Panthéon-Assas, 2005). Il n'est pas inintéressant de noter que a par ailleurs très largement influencé Kelsen, chez lequel l'assimilation de l'État et de son ordre juridique *implique* l'existence pour de juges étatiques à même de faire respecter l'ordre juridique.

<sup>191</sup> *Contribution à la théorie de l'État*, Dalloz 1920, rééd. Dalloz 2004, t. II, p. 691s.

réaliser. Mais la question n'est pas là. Il ne s'agit pas de savoir si l'État (ou l'ordre juridique) existe sans le juge, mais bien plutôt si le juge peut exister sans l'État ; en d'autres termes, au regard du champ d'étude qui nous préoccupe, si le droit constitutionnel considère que l'État a le monopole du pouvoir juridictionnel. Pour y répondre, il faut étudier les dispositions (ou plutôt l'absence de disposition claire) de la Constitution, mais aussi la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Or cette dernière démontre que le Conseil nie toute valeur constitutionnelle à un monopole étatique de la justice, que ce soit en acceptant de reconnaître les pouvoirs juridictionnels d'État étranger, les transferts de compétence juridictionnelle à l'Union européenne ou même le développement d'un droit de l'arbitrage.

70. **Constitution : la simple « autorité judiciaire ».** À en juger tout d'abord par les normes constitutionnelles elles-mêmes, la question ne semble pas avoir effleuré les constituants et leurs juges<sup>192</sup>. L'autorité juridictionnelle a toujours eu, en droit français, une place à part<sup>193</sup>. Successivement centrée sur le pouvoir législatif puis sur le pouvoir exécutif, l'histoire constitutionnelle française a très longtemps fait peu de cas du troisième membre de la théorie classique de l'équilibre des pouvoirs, le juridictionnel. Reléguée à une fonction d'exécution particulière, l'autorité juridictionnelle était un pouvoir second, voire servant<sup>194</sup>. La Constitution du 4 octobre 1958 consolida cette position : le pouvoir juridictionnel n'y apparaît pas en tant que tel. Au contraire, les juridictions y sont visées en ordre dispersé : « *L'autorité judiciaire* », telle qu'elle apparaît au titre VIII, ne vise ainsi que les magistrats de l'ordre judiciaire. D'autres organes juridictionnels bénéficient de dispositions, précises lorsqu'elles sont récentes, plus évasives lorsqu'elles sont anciennes<sup>195</sup>. Les juridictions de l'ordre administratif, quant à elles, sont même absentes de la Constitution et durent attendre une décision du Conseil constitutionnel pour obtenir une protection identique à celle de leurs homologues judiciaires<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> Nous élaborons bien évidemment ici sur le droit constitutionnel français. Pour des éléments de droit comparé, voir les articles parus dans la revue *Pouvoirs* 1995.

<sup>193</sup> Pour une discussion sur ce rôle, v. entre autres M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs* 1981 (n° 16), p. 5 et J. FOYER, « La Justice, histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs* 1981 (n° 16), p.5s. ; Y. MADIOT, « De l'autorité judiciaire au pouvoir judiciaire », *Les juges contre la République ?*, *Crises* 4/1994.

<sup>194</sup> Sur une histoire de la justice constitutionnelle, v. L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX et G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, 16<sup>ème</sup> éd. Dalloz 2013, n° 364s.

<sup>195</sup> Il s'agit respectivement de la Haute Cour (organe du Parlement), compétente pour juger des infractions du Président de la République (Articles 67s.), la Cour de Justice, compétente pour juger de la responsabilité des Ministres (Article 68-1s.), la Cour des comptes, compétente pour juger de la gestion des deniers publics (évoquée à l'article 47-2), enfin le Conseil constitutionnel, même si la Constitution ne le concevait pas initialement comme tel (Article 56s.).

<sup>196</sup> Il s'agit de la décision du 22 juillet 1980 : « *Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement ; qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence* », Décision n° 80-119 DC, 22 juil. 1980, cons. 6, *Rec. p. 46. Adde.*, sur la répartition des compétences judiciaire et administrative : Décision n° 86-224 DC, 23 janv. 1987, cons. 15, *Rec. p. 8*).

71. **Décision n°80-116 DC : coopération judiciaire et souveraineté.** Dans ce contexte ensuite, il n'est pas étonnant que les décisions portant directement ou indirectement sur la question de la justice extra-étatique ne soient ni nombreuses, ni très explicites. La décision la plus topique à cet égard est la décision n° 80-116 DC du 17 juillet 1980 sur la loi autorisant la ratification de la convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959<sup>197</sup>. En effet, l'article III-1 de cette Convention énonçait que la demande d'un juge de l'État requérant, en vue d'une perquisition, d'une saisie ou d'une remise d'objets avait, dans l'État requis, la même valeur qu'une décision judiciaire rendue aux mêmes fins dans cet État<sup>198</sup>. Les soixante députés avaient saisi le Conseil constitutionnel en vue de voir décidé que ces articles violaient tant la Souveraineté nationale que l'indépendance des juridictions françaises<sup>199</sup>. La décision fut d'abord remarquée pour l'innovation sur le domaine du contrôle qu'elle comportait : l'extension du contrôle de constitutionnalité aux lois de ratification, et donc incidemment aux traités internationaux<sup>200</sup>. Sur le point qui nous préoccupe, cependant, celui de la compatibilité du développement des pouvoirs juridictionnels étrangers ou extra-étatiques avec la souveraineté nationale, la décision fut surtout remarquée pour ses silences, en particulier sur le développement d'un « espace judiciaire européen », dans lequel la Convention s'intégrait plus ou moins<sup>201</sup>. Cependant, elle amorçait aussi, au fond, une lecture assez libérale de la question de la concurrence, ou du concours, des juridictions dans l'espace international. Le Conseil décida en effet que l'entraide *pouvant être refusée*, lorsque la requête touchait à des questions politiques, militaires ou fiscales, l'assimilation des jugements étrangers aux jugements français ne portait pas atteinte au principe de souveraineté nationale<sup>202</sup>.

<sup>197</sup> Ch. VALLEE, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 17 juillet 1980 », *RGDIP* 1980, p. 202 ; P. AVRIL et J. GICQUEL, *Pouvoirs* 1980, p. 167 ; L. FAVOREU, *RDP* 1980, p. 1640 ; M. de VILLIERS, *Rev. adm.* 1981, p. 143.

<sup>198</sup> La Convention du Conseil de l'Europe du 20 avril 1959 a depuis été complétée, en ce qui concerne les relations entre les États membres du moins, par la Convention des États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000 prise sur la base de l'article 31 TUE (ex-article 34) pour l'entraide judiciaire en matière pénale, et du 10 mai 1995 sur une procédure simplifiée d'extradition entre les États membres de l'UE pris sur la base du même article (anciennement des articles K1 et K3c TUE). Ces deux derniers sont d'ailleurs maintenant eux-mêmes abrogés ou complétés par la Décision-cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen et celle du 28 février 2002 instituant Eurojust.

<sup>199</sup> L'argumentation de la lettre de saisine était beaucoup plus confuse que cette présentation synthétique. M. VALLEE indique ainsi que les soixante députés de l'opposition à l'origine de la saisine souhaitaient surtout voir dit que la Convention franco-allemande dérogeait à la Convention européenne au point que l'État requis ne pourrait plus « faire prévaloir ses intérêts nationaux ou le caractère politique d'une infraction dont l'application n'est pas la même en France et en R.F.A. pour opposer un refus à la demande d'entraide judiciaire qui lui aura été transmise ». C'est le Conseil constitutionnel qui a donc recentré la critique sur la violation du principe de Souveraineté nationale, *op. cit.*, p. 215.

<sup>200</sup> Même si celui-ci avait été annoncé, v. Déc. n° 76-71 DC du 29-30 déc. 1976, *Rec.* p. 15.

<sup>201</sup> Ch. VALLEE, *op. cit.*, p. 217s.

<sup>202</sup> « Considérant qu'au nombre des dispositions générales de la convention européenne figurent l'article 1er dont le paragraphe 2 précise que la convention ne s'applique pas aux infractions militaires qui ne constituent pas des infractions de droit commun et l'article 2 aux termes duquel : "l'entraide judiciaire pourra être refusée : a) si la demande se rapporte à des infractions considérées par la partie requise soit comme des infractions politiques, soit comme des infractions connexes à des infractions politiques, soit comme des infractions fiscales ; b) si la partie requise estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de son pays" ; que si la convention franco-allemande exclut la faculté de refuser l'entraide judiciaire en raison de la seule nature fiscale de l'infraction, elle laisse subsister les autres dispositions précitées ; qu'il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce que soutiennent les auteurs de la saisine, la

72. **Décision n°80-116 DC : pas de monopole de principe.** Rien ici ne semble étonner. Il s'agit simplement d'admettre, en effet, les nécessités de la coopération judiciaire internationale<sup>203</sup>. Cependant, il est intéressant de noter que le Conseil s'est intéressé à la substance, et non aux principes formels. La Souveraineté, dans cette décision, est protégée dès lors qu'il existe un contrôle. En revanche, la décision fait manifestement peu de cas du partage du pouvoir juridictionnel que cela implique. La demande insistait sur le principe de l'acceptation de décisions juridictionnelles allemandes comme des décisions juridictionnelles françaises. Le Conseil répond qu'il n'y a pas là violation de la Souveraineté, tant qu'une possibilité de refus existe : l'existence d'un pouvoir juridictionnel à l'étranger, reconnu comme tel par l'État français, ne viole pas un principe constitutionnel. C'est, au mieux, le produit de son exercice qu'il faut contrôler.
73. **Constitutionnalité des transferts de compétence à l'UE.** Il n'existe pas, à notre connaissance, d'autres décisions qui se prononcent sur le principe même de l'activité juridictionnelle extérieure. D'autres, cependant, en traitent de manière indirecte. Il s'agit d'une part de plusieurs décisions du Conseil au sujet des traités européens qui ont emporté des transferts de compétence, notamment juridictionnelles, à l'Union européenne.

On ouvrira ce thème sur la fameuse décision n° 92-308 DC du 09 avril 1992 portant sur la loi de ratification du Traité de Maastricht transformant les Communautés en Union européenne<sup>204</sup>. Appelé à juger de la compatibilité, notamment, du principe de souveraineté et des innovations juridiques du Traité de Maastricht, le Conseil énonce à son considérant 17, incidemment, que « *leur respect [celui des droits et libertés] est assuré par la Cour de Justice des communautés européennes notamment à la suite d'actions engagées à l'initiative des particuliers* »<sup>205</sup>. Là encore, le Conseil montre que le droit constitutionnel s'intéresse plus au fond (ici la protection des droits et libertés) qu'au monopole juridictionnel de l'État dont il rappelle par ailleurs « *qu'il résulte de [la Constitution de 1958, du préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen] que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres* ». La réponse est sibylline, mais suffisamment explicite pour que l'on puisse l'affirmer avec une relative certitude : la participation à une organisation

---

*convention franco-allemande n'est pas contraire au principe de la souveraineté nationale* », consid. 4 de la décision précitée.

<sup>203</sup> V. déjà, entre autres, la Convention franco-sarde du 24 mars 1760, en son article 22 : « *En second lieu, que pour favoriser l'exécution réciproque des décrets et jugements, les Cours suprêmes déféreront de part et d'autre à la forme du droit, aux réquisitoires qui leur seront adressés à ces fins, même sous le nom des dites Cours* » (cité par A. PILLET, Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements, Sirey 1913, p. 3).

<sup>204</sup> Déc. n° 92-308 DC du 09 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec. p. 55.

<sup>205</sup> Le choix des majuscules est du Conseil constitutionnel.

notamment dotée d'une structure juridictionnelle à disposition des particuliers ne viole pas le principe de la Souveraineté nationale. Elle est, donc, constitutionnelle.

Des interrogations similaires avaient été soulevées au moment de la ratification des Traités d'Amsterdam<sup>206</sup> et surtout pour le Traité constitutionnel<sup>207</sup> et le Traité de Lisbonne<sup>208</sup>. Dans ces trois décisions, le Conseil constitutionnel était confronté à des transferts de compétence plus radicaux : sous le label « espace de liberté, de sécurité et de justice », il était transféré à l'UE des compétences en matière de visa, de contrôle aux frontières, de coopération judiciaire en matière civile et pénale. Or, pour toutes ces matières, et en particulier pour la compétence en matière pénale, qui touche au plus près à l'ordre public, des compétences essentielles de l'État sont concernées. Le Conseil constitutionnel lui-même énonçait alors « *qu'appellent une révision de la Constitution les dispositions du traité qui transfèrent à l'Union européenne, et font relever de la « procédure législative ordinaire », des compétences inhérentes à l'exercice de la souveraineté nationale* »<sup>209</sup>. Cela n'a en rien empêché une complète ratification des traités car c'est la Constitution qui s'est adaptée, le constituant modifiant l'article 88-1 en ces termes : « *La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007* ». La conclusion est claire : les transferts de compétence juridictionnelle à l'Union Européenne sont compatibles avec la Constitution française alors même que cela en a altéré l'exercice de sa Souveraineté. Là encore, le pouvoir juridictionnel n'est donc pas réservé à l'État français selon notre droit constitutionnel, puisque d'autres États sont directement admis à l'exercer. Il n'est même pas ici, de fait, réservé à l'État, puisqu'une organisation internationale peut aussi en disposer. Reste, enfin, à savoir si la question obtient la

---

<sup>206</sup> Déc. n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, Rec. p. 344.

<sup>207</sup> Déc. n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. p. 173.

<sup>208</sup> Déc. n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, Rec. p. 459.

<sup>209</sup> Déc. n° 2004-505 DC précitée, consid. 27. Le Conseil conclut sur ce point en ces termes :

« 29. *Considérant qu'appelle une révision de la Constitution toute disposition du traité qui, dans une matière inhérente à l'exercice de la souveraineté nationale mais relevant déjà des compétences de l'Union ou de la Communauté, modifie les règles de décision applicables, soit en substituant la règle de la majorité qualifiée à celle de l'unanimité au sein du Conseil, privant ainsi la France de tout pouvoir d'opposition, soit en conférant une fonction décisionnelle au Parlement européen, lequel n'est pas l'émanation de la souveraineté nationale, soit en privant la France de tout pouvoir propre d'initiative ;*

30. *Considérant, en conséquence, qu'appellent une révision de la Constitution, dès lors qu'ils font désormais dépendre les mesures en cause d'une décision du Conseil statuant à la majorité qualifiée, notamment les articles III-270 et III-271, en ce qu'ils se rapportent à des compétences déjà transférées dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, les articles III-273 et III-276, qui concernent la structure, le fonctionnement, le domaine d'action et les tâches d'Eurojust et d'Europol, et le b) du paragraphe 2 de l'article III-300, relatif aux actions ou positions de l'Union décidées sur proposition du ministre des affaires étrangères de celle-ci ;*

31. *Considérant qu'il en va de même, en tant qu'ils confèrent une fonction décisionnelle au Parlement européen, notamment de l'article III-191, qui prévoit que la loi ou la loi-cadre européenne établit les mesures nécessaires à l'usage de l'euro, et du premier paragraphe de l'article III-419 qui, dans les matières intéressant l'espace de liberté, de sécurité et de justice, soumet désormais à l'approbation du Parlement européen l'instauration de toute « coopération renforcée » au sein de l'Union ;*

32. *Considérant qu'il en va également de même de l'article III-264, en ce qu'il substitue au pouvoir propre d'initiative dont dispose chaque Etat membre en vertu des traités antérieurs l'initiative conjointe d'un quart des Etats membres en vue de présenter un projet d'acte européen dans des matières relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, comme celles mentionnées à l'article III-273 concernant Eurojust, et aux articles III-275 à III-277 relatifs à la coopération policière ».*

même réponse face aux juridictions qui ne sont pas, directement ou indirectement, le produit de la volonté étatique.

74. **Décision n°2004-506 DC : constitutionnalité de l'arbitrage.** Là encore, c'est au détour d'une décision ne s'adressant pas directement à la question que l'on trouvera une amorce de réponse. Il s'agit de la décision n°2004-506 DC du 2 décembre 2004 sur la loi de simplification du droit<sup>210</sup>. Parmi de très nombreuses dispositions, variées au point d'en être hétéroclites, l'exécutif avait ajouté un nouveau régime de partenariats public-privé internationaux pour lesquels il avait autorisé le recours à l'arbitrage. C'est par un 32<sup>ème</sup> considérant très bref que le Conseil rejeta le recours : « *Considérant, en premier lieu, que 'le principe de l'interdiction du recours à l'arbitrage par les personnes publiques', invoqué par les requérants, a valeur législative et non constitutionnelle ; que, dès lors, le grief tiré de sa méconnaissance est inopérant devant le Conseil constitutionnel* ». Le recours à l'arbitrage est donc constitutionnel pour les personnes publiques, *a fortiori* pour les particuliers. L'arbitrage est un mode de règlement des litiges constitutionnel.
75. **Conclusion.** Le dernier risque est écarté : il n'y a pas d'obstacle, au regard de cette branche du droit, à considérer que le pouvoir juridictionnel soit partagé entre l'État français et d'autres organes, même des organes sans rattachement à l'État comme les tribunaux arbitraux. On ne saurait mieux dire que notre droit interne ne considère pas que l'État bénéficie d'un monopole du pouvoir juridictionnel<sup>211</sup>. La même question doit maintenant être posée sous l'angle du droit international public : y a-t-il, du point de vue de l'ordre international public, un monopole juridictionnel de l'État ?

---

<sup>210</sup> Déc. n° 2004-506 DC, *Rev. arb.* 2005, p. 134, note D. Foussard.

<sup>211</sup> Notre droit interne n'est d'ailleurs pas le seul à le faire. Ainsi, le 13 mars 2013, la *High Court of Australia* a eu à juger d'un recours présenté à l'encontre de la constitutionnalité de la Loi-Modèle CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Le demandeur arguait que les articles 35 et 36 de la loi modèle qui empêche de rejeter une sentence arbitrale sur le fondement d'une erreur de droit visible *prima facie* violaient la Constitution australienne. Il arguait, d'une part, que ces articles affaiblissaient l'intégrité institutionnelle de la Cour Fédérale en tant que cour exerçant le pouvoir juridictionnel du *Commonwealth*, en requérant de la Cour qu'elle perpétue cette erreur en toute connaissance de cause. D'autre part, le demandeur avançait qu'ils conféraient sans autorisation le pouvoir juridictionnel du *Commonwealth* au tribunal arbitral qui a rendu la sentence en laissant à ce tribunal le dernier mot sur le droit appliqué dans la résolution du litige soumis à arbitrage. Cet affaiblissement de l'intégrité institutionnelle de la Cour Fédérale est aggravé, d'après le demandeur, parce que la sentence arbitrale doit être exécutée par la Cour Fédérale, même viciée d'une erreur de droit, alors que l'article 28 de la Loi-Modèle ou un terme implicite de la convention d'arbitrage requièrent qu'elle soit correcte en droit. La Haute Cour a rejeté la demande en considérant que la Loi-Modèle n'impliquait tout simplement rien de la sorte. En particulier, les normes constitutionnelles en cause ne sauraient se référer, selon la Cour, à des organes de résolution des différends qui sont institués par la volonté privée et dont la force contraignante est instituée par la loi. V. *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5 (13 March 2013). Disponible en ligne à cette adresse: [http://www.hcourt.gov.au/cases/case\\_s178-2012](http://www.hcourt.gov.au/cases/case_s178-2012). Bien que l'on n'approuve pas l'analyse de la Cour, la solution, là encore, ne fait aucun doute.



## Paragraphe 2) LE LIBERALISME RELATIF DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

76. **Tribunaux internationaux.** En ce qui concerne le droit international public, la réponse négative s'impose à nouveau. Sans même parler des cours et tribunaux arbitraux qui tranchent des litiges entre États, le droit international public organise l'existence, par le biais de conventions internationales, de nombreuses juridictions spécialisées qui peuvent être saisies par des individus à l'encontre des États ou d'organisations internationales. Ainsi, l'ONU, l'Union européenne, l'OIT et d'autres organisations encore disposent-elles de leur propre juridiction pour les contentieux liés au contrat de travail de leurs fonctionnaires<sup>212</sup>. Ainsi encore, l'incontournable Cour Européenne des Droits de l'Homme, créée par la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme du 4 novembre 1950, est-elle habilitée à traiter des recours des justiciables contre les États pour les violations de la Convention<sup>213</sup>. Changeant de registre, on trouve aussi des juridictions, instituées par des actes de droit international public, pour régler des différends entre ressortissants d'États différents. En ce domaine, le vénérable ancêtre est certainement la Commission centrale du Rhin, dont les statuts établissaient dès 1815 le pouvoir de juger des différends entre usagers privés de la voie fluviale éponyme<sup>214</sup>. On peut à ce titre encore évoquer les Tribunaux arbitraux mixtes institués notamment par l'article 304 du Traité de Versailles qui pouvaient entendre des « *différends quels qu'ils soient relatifs aux contrats conclus avant la mise en vigueur du traité entre les ressortissants des puissances alliées et associées, d'une part, et les ressortissants allemands d'autre part* »<sup>215</sup>. Reste cependant, à l'aune de ces rapides observations, que ces juridictions ont été *indirectement* investies par les États, puisque c'est par leur accord

---

<sup>212</sup> Cela fut rarement sans quelque soubresaut. Le tribunal administratif de l'ONU, par exemple, fut considéré par certains États comme un simple organe consultatif dont les décisions n'avaient rien d'obligatoire pour l'Assemblée générale de l'Organisation mondiale. Ce fut par la décision d'un tribunal dont les décisions n'étaient pas contestées, la Cour Internationale de Justice, que la question fut réglée dans le sens du caractère juridictionnel (les décisions étant obligatoires) de ce tribunal interne, 13 juillet 1954, *Effet de jugements du Tribunal administratif des N.U.*, Rec. 1954, p. 47, v. J. TOUSCOZ et J.-P. BIAYS, *J.-Cl. Inter.* fasc. 230, v° « Tribunaux administratifs internationaux », spéc. n° 22s.

<sup>213</sup> Le précédent historique de cette forme de justice se trouve semble-t-il dans la Cour de Justice Centre-Américaine dont les statuts permettaient d'entendre les affaires portées par un citoyen d'un des États membres de la convention qui l'instituait contre l'un de ces mêmes États, v. J. BROWN SCOTT, *The closing of the Central American Court of Justice*, 380 *Am. J. of Int. Law* 10 (1918).

<sup>214</sup> J.-P. NIBOYET, « Les tribunaux pour la navigation du Rhin et la juridiction de la Commission centrale du Rhin », *RGDIP* 1923, p. 5, spéc. p. 13. 1 ; H. WALTER, « La révision de la Convention de Mannheim pour la navigation du Rhin », *AFDI* 1965, p. 810.

<sup>215</sup> Les Traités de Saint-Germain avec l'Autriche, du Trianon avec la Hongrie et de Neuilly avec la Bulgarie pour la Première guerre mondiale, de Lausanne pour la guerre Gréco-turque de 1920-1922, reproduisent plus ou moins fidèlement cette disposition. C'est d'ailleurs par ce dernier Traité que la Turquie a pu se débarrasser des différents traités de Capitulation qu'elle avait concédés depuis des siècles. Sur ces questions, v. Ch. CARABIBER, *Les juridictions internationales de droit privé*, Ed. de la baconnière, 1947, spéc. p. 182s. Il est en outre intéressant de rappeler que c'est justement un refus d'entraide judiciaire qui ouvrit le *casus belli* qu'attendait l'Autriche-Hongrie : le refus par la Serbie de laisser enquêter la police austro-hongroise sur son territoire suite à l'assassinat de l'Archiduc François-Ferdinand.

que celles-ci furent créées<sup>216</sup>. Il faut donc, comme précédemment, se demander si le droit international public reconnaît les justices non instituées par les États.

77. **Conventions internationales.** La question est beaucoup plus délicate, les traités comme les juridictions internationales ne pouvant, par hypothèse, avoir que peu de rapport avec des juridictions ne s'intéressant pas à l'État comme sujet du droit international. On pourrait cependant assez simplement plaider pour l'affirmative en deux points. En ce qui concerne la France du moins, diverses conventions internationales ont pour sujet direct<sup>217</sup>, ou pour objet accessoire<sup>218</sup>, de traiter de voies alternatives de règlement des différends, en particulier de l'arbitrage. L'Assemblée générale des Nations-Unies elle-même encourage ses membres à l'adoption de la loi-type sur l'arbitrage rédigée par la Commission sur le Droit International<sup>219</sup>. Le droit international, celui des traités en tout cas, marque ainsi sa tolérance pour une justice extra-étatique<sup>220</sup>.
78. **Du monopole de justice à l'obligation de justice.** Il faut aller plus loin que ce constat pour comprendre l'esprit du droit international en la matière. Des textes de droit international, en particulier des textes régionaux, sans aborder la question de la justice extra-étatique, se prononcent sur la justice dans un sens tout différent. En particulier, la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (« CESDH ») signée à Rome le 4 novembre 1950 évoque ainsi à son article 6 le droit d'accès à la justice :

---

<sup>216</sup> J.-P. NIBOYET, *Ibid.* Ce fut d'ailleurs l'argument de certains auteurs pour nier le caractère international des tribunaux arbitraux mixtes, ces derniers étant alors considérés comme des juridictions nationales des divers États membres, v. Ch. CARABIBER, *op. cit.* p. 177.

<sup>217</sup> Ainsi la Convention de New York du 10 juin 1958, Convention de Genève du 21 avril 1961 et la Convention de Washington du 18 mars 1965.

<sup>218</sup> Ainsi par exemple la Convention CMR du 19 mai 1956 renvoie-t-elle à une option en faveur de la juridiction arbitrale pour tout différend, (article 33).

<sup>219</sup> V. encore la Résolution 40/72 de l'Assemblée générale des Nations-Unies du 11 décembre 1985 sur la loi-type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international : « L'Assemblée générale, Considérant l'intérêt que présente l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends survenant dans les relations commerciales internationales, Convaincue que l'établissement d'une loi type sur l'arbitrage rencontrant l'assentiment d'États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents contribue au développement de relations économiques internationales harmonieuses... ». Plus récemment, l'Assemblée générale des Nations-Unies a créé depuis 2007, sous la responsabilité du Secrétariat général, un Groupe de coordination et de ressource sur l'État de droit ([www.unrol.org](http://www.unrol.org)). Le 24 septembre 2012, une Réunion de Haut-niveau s'est pour la première fois tenue sur l'importance de l'État de droit sur la prévention des conflits. L'essentiel de l'attention s'est cependant, à cette occasion, portée sur la qualité de la justice nationale, le développement de la justice internationale et de la coopération entre les États (v. le résumé à l'adresse suivante : <http://www.un.org/News/fr-press/docs//2012/AG11290.doc.htm>).

<sup>220</sup> Il est en effet difficile d'imaginer qu'une règle de *jus cogens*, c'est-à-dire une règle d'une valeur supérieure aux traités, invaliderait tous ces textes –sans parler d'une déclaration de l'Assemblée générale, de valeur simplement politique. Encore faudrait-il pouvoir démontrer l'existence d'une « norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international », selon la définition du *jus cogens* que donne l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Sur le sujet, v. J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien 10<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 159s.). Or, en l'absence d'une affirmation solennelle par la Cour Internationale de Justice et au regard de toutes les affirmations, conventions, politiques et consensus rencontrés jusqu'ici, il paraît difficile d'avérer l'existence d'une telle règle qui aurait pour conséquence d'annuler l'ensemble de ces conventions internationales et traités bilatéraux... Pour MM. COMBACAU et SUR, en outre, « [a]ucun domaine ne relève de la 'compétence nationale' de l'État, c'est-à-dire n'est par nature impropre à la détermination de ses conduites par le droit international, comme inversement aucun n'est fondamentalement destiné à être régi par lui », *op. cit.* p. 261.

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle... ».

La CESDH oblige donc les États parties à « établir par la loi » des tribunaux aptes à entendre toute cause de manière impartiale et indépendance, équitablement et publiquement, dans un délai raisonnable<sup>221</sup>. Rechercher la valeur de l'affirmation d'un monopole de la justice par l'État nous amène ainsi insidieusement à une autre question, celle de la maîtrise étatique de la justice. Le droit international public, non content de ne pas reconnaître le monopole théorique de l'État sur la justice, pourrait imposer de considérer cette dernière non comme un *pouvoir* mais un *devoir* de l'État vis-à-vis des individus.

79. **Dettes de justice et formes de justice.** Par ailleurs, pour la Cour Européenne des Droits de l'Homme, gardienne de la Convention, assurer l'accès à la justice étatique n'implique pas de refuser l'accès à l'arbitrage, mais seulement d'assurer, à un quelconque moment, la possibilité de saisir une justice étatique. Elle est allée même plus loin dans l'arrêt *Regent Company* du 3 avril 2008 : « Dans la mesure où le Gouvernement soulève une exception à l'application de l'article 6§1 de la Convention aux procédures arbitrales, la Cour répète que l'article 6 n'interdit pas le recours à des tribunaux arbitraux chargés de régler des litiges entre parties privées. En effet, le terme 'tribunal' de l'article 6 §1, ne doit pas nécessairement être entendu au sens d'une cour de justice classique, intégrée à la structure judiciaire ordinaire du pays »<sup>222</sup>. Ainsi la dette de justice de l'État n'est pas exclusive de laisser s'épanouir, à côté de l'État, d'autres formes de justices.
80. **Conclusion.** Il faut en déduire qu'en droit international public, la question « quel tribunal est compétent ? » n'appelle pas forcément une réponse étatique. Ni le droit de l'organisation interne de l'État, ni le droit de l'activité extérieure de l'État ne conçoivent le pouvoir juridictionnel comme un monopole étatique. Au contraire, même, il semble que le rapport entre la justice et l'État n'est pas du monopole du premier par le dernier, mais plutôt de la dette du premier par le dernier<sup>223</sup>. Faut-il encore « se faire plus étatiste que l'État » et persister dans l'assimilation de toute justice avec l'État ? Peut-être, si un dernier élément s'avérait l'emporter : la nécessité, pour la juridiction, de rendre une décision avec force contraignante.

---

<sup>221</sup> V. d'ailleurs le rapport du Conseil de l'Europe, *Le rôle du pouvoir judiciaire dans un Etat de droit*, Ed. du Conseil de l'Europe, 1996.

<sup>222</sup> *Rev. arb.* 2009, p. 797, traduit par C. Fouchard et M. Verrando, note J.-B. Racine ; *Gaz. Pal.* 20 mars 2009, p. 47, obs. A. Mourre et P. Pedone ; 23 *Am. Rev. Int'l Arb.* 137, obs. M. Parish et Ch. Rosenberg.

<sup>223</sup> V. par ailleurs, *infra* n° 104s. Cette dette n'est rien d'autre qu'un rappel historique, v. J. KRYNEN, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard 2009, p. 17s.

### Paragraphe 3) L'INDETERMINATION ONTOLOGIQUE DU DROIT SUR LE CRITERE DE LA SANCTION

81. **Introduction.** Faut-il, pour dire le droit avec force obligatoire, bénéficier du support d'un ordre juridique, c'est-à-dire d'un État<sup>224</sup> ? Cette remarque rappelle la discussion précédente sur le rapport de la Justice à l'État ou à l'ordre juridique<sup>225</sup>, mais se rapporte à une argumentation plus normative : il ne peut y avoir de droit sans contrainte ; l'arbitre n'a pas le pouvoir d'imposer cette contrainte ; il n'est donc pas une juridiction. Cependant, outre que cet argument n'a pas, par lui-même, l'heur d'être parfaitement convaincant, il n'est pas impossible de déceler dans les sentences arbitrales une certaine force obligatoire à condition d'en préciser le sens.
82. **Juridiction et exécution.** Une juridiction doit-elle pouvoir rendre des décisions *contraignantes* pour être qualifiée de telle ? Il faut immédiatement, si l'on ne veut se tromper de bataille, déterminer le sens de ce dernier terme. Il ne s'agit pas d'une contrainte physique ou même matérielle. Si le droit romain a fait dériver la *jurisdictio*, c'est-à-dire le pouvoir de « dire le droit », de l'*imperium*, c'est-à-dire d'une certaine forme de pouvoir politique et physique<sup>226</sup>, la fonction de « dire le droit » et d'exécuter la décision ont été quasiment toujours dissociées : la Justice et son bras armé sont le plus souvent deux membres d'un même corps, mais deux membres nécessairement différents. En bref, on demande à une juridiction de prononcer une décision au terme de l'instance, pas de la faire exécuter fusil à l'épaule<sup>227</sup>.
83. **Juridiction et caractère coercitif de la décision.** Peut-on pour autant dissocier juridiction et coercition ? Certains auteurs insistent en effet sur une définition de la juridiction comme organe de réalisation du droit, c'est-à-dire un tiers capable de rendre une décision qui tranche un litige par application du droit<sup>228</sup>. Malgré tout, ce « dire » du droit, cette *jurisdictio*, ne peut pas aller sans un minimum d'autorité<sup>229</sup> : il faut que cette décision soit obligatoire, sans quoi le litige ne serait pas tranché, les parties pouvant continuer d'imposer chacun leur point de vue. De surcroît, serait-on tenté de rajouter, si le droit lui-même n'est pas *que* sanction, il a besoin d'elle<sup>230</sup>. Si donc la juridiction n'a pas besoin de ce pouvoir brut, cette violence légitime que nous avons déjà aperçue, voire même si elle doit nécessairement s'en distinguer, il

---

<sup>224</sup> V. par exemple Ch. PANOU, *op. cit.*, p. 16s.

<sup>225</sup> Mme PANOU fait d'ailleurs précisément référence à cette conception : « *Autrement dit, la jurisdictio, outre une mission, est principalement une fonction étatique supposant un organe institué par l'Etat à cette fin et dont l'effet est l'édition d'une norme juridique étatique* », *op. cit.*, p. 17.

<sup>226</sup> J. GAUDEMET, *Les institutions de l'Antiquité*, 7<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2003, p. 132-133 et 167s. ; Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Études offertes à Pierre Bellet*, 1991, p. 245s., spéc. n° 33s.

<sup>227</sup> On pourrait s'interroger sur cette nécessaire dissociation. Outre les compétences très distinctes que requiert l'un (la connaissance du droit, l'intelligence des faits) et l'autre (la force, brute ou subtile), on peut s'imaginer que la Justice elle-même, pour être juste et légitime, ne doit pas s'embarasser de pratiquer elle-même la mise en œuvre de ses décisions.

<sup>228</sup> D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ 1994.

<sup>229</sup> Ch. LEBEN, « La juridiction internationale », *Droits* 1989, p. 145.

<sup>230</sup> V. Par exemple P. MAYER, « Droit international privé et droit international public... », spéc. p. 546 : « *Les normes n'ont d'incidence sur la réalité que dans la mesure où elles conditionnent l'attitude des organes de contrainte* ». Il faut immédiatement ajouter que ce n'est alors pas forcément la contrainte elle-même mais la menace de contrainte qui permet au droit, ensemble avec sa connaissance et sa perception comme norme légitime, d'être communément observé.

faut cependant imposer un certain caractère à ses décisions, une menace de coercition.

84. **Juridiction et force exécutoire.** Ce caractère implique-t-il que la juridiction puisse *exiger*, que sa décision soit mise en œuvre ? En d'autres termes, la *jurisdictio* doit-elle s'accompagner de l'*imperium*, en particulier de la force exécutoire ? Une chose, bien entendu, est d'obtenir que la décision tranche définitivement le litige *intellectuellement*. En pratique, cependant, il va de soi que cette idée de solution ne peut parfois être efficace qu'accompagnée de mesures d'exécution forcée. Or s'il est nécessaire que les deux organes, tribunal et « exécuteur », se distinguent, on peut cependant en dernier lieu se demander s'il n'y a pas un lien ontologique entre les deux. En ce sens, ne serait une véritable juridiction que celle qui, *à la suite* de ses décisions, peut passer la main à la force publique pour les faire exécuter.
85. **Juridictions internationales et force exécutoire.** Il ne faut pas s'y tromper : une telle affirmation est porteuse de conséquences importantes. Le droit international offre en effet l'exemple contraire car les juridictions internationales ne bénéficient pas, en général, du support d'organes d'exécution. De surcroît, le principe reste en ce domaine la juridiction conventionnelle, les États ne pouvant, sauf renonciation anticipée par le biais de convention internationale, être attirés par un autre sans leur consentement. Les juridictions internationales, privées du soutien d'organes d'exécution, ne seraient-elles alors pas des juridictions ? Dans les faits, le droit international a pris un poids et une effectivité bien supérieurs à certaines normes internes, même en dehors du cadre d'organisations internationales très intégrées.

Un auteur a proposé de voir dans la légitimité des juridictions, du moins des juridictions instituées, la source d'un *imperium* antérieur même à toute instance, du pouvoir juridictionnel dans sa forme la plus brute<sup>231</sup>. Cependant, cette remarque dit trop, ou pas assez. Trop, parce qu'elle écarte les tribunaux arbitraux internationaux alors qu'il apparaît, au contraire, que l'institution de l'arbitrage international est suffisamment reconnue par la coutume internationale pour bénéficier, elle aussi de cet *imperium* de légitimité dont parle l'auteur. Pas assez, parce que la légitimité, si l'on en sent instinctivement la valeur politique ou sociale, manque de précision en tant que phénomène juridique. Derrière elle, c'est tout le problème du droit que l'on interroge, sans le résoudre<sup>232</sup>. La psychologie ne crée pas à elle seule des normes juridiques. En revanche, sans avoir besoin *en amont* d'une notion juridique de la légitimité, il suffit de constater que, le plus souvent, les décisions internationales bénéficient *en aval* d'une reconnaissance voire d'une exécution contrôlée<sup>233</sup>. Si elles ne disposent pas, pour la plupart, d'organes dédiés d'exécution, ces juridictions peuvent ainsi s'appuyer sur d'autres juridictions, voire directement sur les exécutifs de certains États.

---

<sup>231</sup> H. ASCENCIO, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Coll. Lille Sept. 2002, Pedone 2003, p. 163, spéc. p. 178s.

<sup>232</sup> S. GOYARD-FABRE, « Légitimité » in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), Lamy-PUF 2003.

<sup>233</sup> C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2010, n° 833s.

86. **Autres juridictions et force exécutoire.** La remarque du support d'exécution de la décision par des organes nationaux vaut autant pour les juridictions étrangères ou arbitrales, c'est-à-dire en général toutes les décisions rendues par des organes non purement interétatiques. Ainsi, en droit commun, la plupart des décisions des juridictions étrangères bénéficient directement de la force obligatoire attachée à l'efficacité substantielle et de l'autorité de chose jugée<sup>234</sup>. De même, les sentences arbitrales bénéficient *de plano* d'une force obligatoire distincte de la force exécutoire<sup>235</sup>.
87. **Le caractère extrinsèque de la force obligatoire.** En réalité, le problème de « l'autorité » est un faux problème. Le caractère obligatoire de la décision juridictionnelle n'est en effet, en toutes circonstances, qu'un effet *attribué* par un élément extrinsèque à la décision elle-même et extérieure à l'organe qui la rend<sup>236</sup>. « L'autorité » que possède la juridiction est bien évidemment essentielle à l'acceptation de son pouvoir, à son intervention et à sa décision. Mais il s'agit ici de légitimité, non de force obligatoire. En droit, ce sont des normes, par hypothèse extérieures et préexistantes à l'organe ou à la décision de l'organe qu'elles visent, qui vont établir la valeur juridique (et contraignante) de la décision. Qu'on les appelle « normes d'habilitation »<sup>237</sup> ou « règles de reconnaissance »<sup>238</sup>, ce sont donc toujours des règles abstraites et posées par un législateur extérieur à l'auteur de la décision qui vont rendre cette décision obligatoire. On peut d'ailleurs aisément s'en convaincre du seul fait que la solution est identique en droit interne : c'est le rôle des articles 480s. du Code de procédure civile que de développer les effets et les attributs du jugement de droit privé, en particulier l'autorité de chose jugée (dont l'aspect positif correspond à l'efficacité substantielle) énoncée à ce même article. De la même manière que le législateur français fixe donc les conditions et les effets d'un jugement interne valable, il peut fixer, et fixe par ailleurs, les conditions de reconnaissance des décisions étrangères ou internationales, c'est-à-dire les conditions dans lesquelles elles obtiendront force obligatoire.
88. **Exclusion de la condition de force obligatoire originaire.** Le caractère attribué de la force obligatoire n'est pas remis en cause par la remarque que les décisions étrangères doivent, pour obtenir un effet substantiel en France, être déjà

---

<sup>234</sup> Cela concerne les jugements extra-patrimoniaux depuis l'arrêt *Bulkley*, Civ. 28 févr. 1860, *D.* 1860, 1, p. 57 et *S.* 1860, 1, p. 210, concl. Dupin reproduit in *G.A.* n° 4; *Adde.* D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 286-1s., H. PEROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ 2005.

<sup>235</sup> PH. FOUCHARD, E. GAILLARD ET B. GOLDMAN, n° 1684 ; POUURET et BESSON, n° 919 ; Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, n° 460s. La discussion, qui interprète la portée de l'adjectif « obligatoire » de l'article V de la Convention de New York, s'applique par extension au droit commun. Ce point de l'efficacité substantielle, ou de la force obligatoire de la sentence, est par ailleurs le défaut de l'analyse de Mme PANOU, dont la démonstration de l'absence de valeur juridictionnelle de la sentence arbitrale se fonde uniquement sur l'autorité de chose jugée et la force exécutoire, *op. cit.* p. 21.

<sup>236</sup> H. PEROZ, *op. cit.*, spéc. p. 32s. V. aussi S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, *Economica* 2004, n° 50.

<sup>237</sup> C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ 2000, *loc. cit.* On aura l'occasion de revenir sur ce terme dans une acception plus directement utile, v. *infra* n°218s.

<sup>238</sup> S. BOLLEE, *op. cit.*, *loc. cit.*

obligatoires dans leur État d'origine<sup>239</sup>, même en ajoutant que nombre d'États obligent à prouver que la décision a été portée à la connaissance du défendeur pour en obtenir la reconnaissance, ce qui en pratique oblige à faire signifier la décision arbitrale par un officier public<sup>240</sup>. Il ne nous apparaît pas pour autant que c'est cette force obligatoire étrangère que l'on fait alors jouer, tant les conditions que les effets étant déterminés par le droit local<sup>241</sup>.

89. **Conclusion.** « *Qu'as-tu que tu ne l'aies reçu ?* »<sup>242</sup>. La force obligatoire est toujours attribuée, le cas échéant, par une norme extérieure à la juridiction, extérieure parfois même à l'ordre juridique qui l'institue. Il n'y a donc pas de difficulté à concevoir la juridiction séparément de la sanction comme de la force obligatoire de ses décisions. Un organe peut être juridictionnel sans avoir, dès son institution, le pouvoir de rendre des décisions marquées de *l'imperium*. Ce n'est pas l'investiture qui en est responsable, celle-ci n'est que l'élément qui permet, ou ne permet pas, de le lui reconnaître par ailleurs. C'est ici l'élément clé : le pouvoir de juger n'est pas attribué, il suffit qu'il lui soit reconnu.

---

<sup>239</sup> A. HUET, « Effet en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale », *J.-Cl. Dr. Int.*, Fasc. 584-30, n° 36s.

<sup>240</sup> En effet, l'article V, e de la Convention de New York pose comme condition de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence étrangère la preuve que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour la partie contre laquelle on l'invoque. Or, selon l'article 1519 du Code de procédure civile, « *Le recours en annulation est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. Ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence. Il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la notification de la sentence* ». Il suffit donc, pour prouver l'absence de caractère obligatoire d'une sentence rendue en France, prouver qu'il n'y a pas eu notification de la sentence. Tout demandeur à une procédure en exequatur d'une sentence rendue en France a donc tout intérêt à faire signifier la sentence par voie d'huissier.

<sup>241</sup> L'argument soulevé par Mme PANOU portant sur le caractère nécessairement étatique de tout « dit » juridictionnel ne nous semble pas non plus présenter une difficulté majeure (*Ibid.*). Elle semble en effet confondre, en un seul argument, deux éléments. D'une part, le syllogisme judiciaire, dont est capable tout organe à même de prendre une décision sur le fondement du droit. Il n'est nul besoin d'être juge français pour déduire une responsabilité de l'article 1382 du Code civil. D'autre part, le caractère obligatoire de ce dire, caractère dont on vient de voir qu'il émane autant de l'ordre dans lequel celui-ci s'inscrit que de l'ordre qui le reconnaît.

<sup>242</sup> Saint Paul, 1ère Lettre aux Corinthiens, ch. 4 v. 7. L'expression a été en particulier rendu célèbre par Saint Augustin, *Les confessions*, L. VII, ch. XXI (Gallimard 1993, p. 253).

## **PREMIERE CONCLUSION : LE MONOPOLE ÉTATIQUE DE LA JUSTICE, INFIRMÉ PAR LE DROIT POSITIF**

90. **L'absence d'une revendication de monopole au-delà du discours.** Les prémisses sont fausses. L'État français ne revendique pas le monopole de la justice, au début du XXI<sup>e</sup> siècle moins encore qu'hier. L'affirmation de ce monopole n'est que de discours, elle procède de l'ancienne volonté politique médiévale de délégitimer les justices féodales et canoniques et du discours des légistes de la Renaissance d'assurer l'unité de l'État. Elle n'a toutefois pas empêché l'arbitrage de survivre à toutes les époques et de devenir aujourd'hui un type de justice spécialement important dans les relations privées internationales de droit économique. La Souveraineté française s'en accomode parfaitement.
91. **Un droit positif libéral.** Le droit positif fait d'ailleurs montre d'un libéralisme certain, à l'opposé de la position défensive et rigoureuse que nécessiterait l'affirmation d'un tel monopole. Dans l'affirmation de l'organisation interne de l'État, le droit constitutionnel, par la voix du Conseil constitutionnel en particulier, a validé tant les transferts de compétence aux Communautés puis à l'Union européenne, qui emportaient pourtant création de systèmes de justice pan-européen, que l'ouverture d'un pan entier du droit public –les partenariats publics-privés- à la justice arbitrale. En admettant que ces justices fassent « concurrence » à celle de l'État français, cela ne remet pas en cause la Constitution de la Ve République. En outre, le droit international public, et notamment la Convention européenne des Droits de l'Homme, insiste sur le fait que la justice est d'avantage une dette qu'un pouvoir de l'État quand il n'encourage pas directement des juridictions concurrentes de la justice étatique, et notamment l'arbitrage. S'il faut en conclure qu'un État ne saurait se revendiquer tel sans disposer d'organes juridictionnels, on ne saurait, en droit positif, affirmer que la justice est en principe une affaire étatique.
92. **La nécessité d'une théorie pluraliste.** Le rapport intime qu'entretient l'État avec ses juridictions ne saurait donc, non plus, être au cœur de la théorie du droit international privé. Il n'y a aucune raison de droit public de distinguer selon la source de l'investiture de la juridiction. Même dans une perspective plus théorique, si la sanction, et donc l'*imperium* du juge, est l'un des caractères essentiels du Droit, cette sanction n'est jamais qu'attribuée par le droit étatique ; elle ne tire pas sa force de l'investiture du juge elle-même. Plutôt que de s'attacher à la source initiale du pouvoir de juger, en discriminant tout ce qui n'est pas étatique, l'étude de l'organisation de la concurrence internationale des juridictions devrait en conséquence s'intéresser à la source de cette attribution, de cette reconnaissance de la juridictionnalité. Il s'agit, en somme, d'abandonner le monisme pour une compréhension pluraliste de l'activité juridictionnelle.



## CHAPITRE II :

### LE DEVELOPPEMENT D'UN PRINCIPE PLURALISTE

---

93. **Le pluralisme par la reconnaissance.** Si la source étatique de création d'organes de justice n'est qu'une source parmi d'autres, il n'est plus pertinent de chercher à vérifier si l'organe a été investi par un État. Il n'est même plus pertinent de rechercher si l'organe a été investi, car ce qui fait la juridictionnalité, ce qui attribue le caractère juridictionnel, ce sont des normes qui sont extérieures aux actes d'investiture et parfois même à celui qui investit. La reconnaissance est ainsi la clé d'une perception pluraliste de la juridiction, et permettra de mieux percevoir comment s'organise la justice internationale de droit privé économique<sup>243</sup>.
94. **Origine et modalités de la reconnaissance.** Pour savoir si un organe est reconnu, il faut se poser la question de savoir qui reconnaît. L'État retrouve alors un rôle dans l'analyse, mais il le fait sans monopole. S'il sert encore de référence, c'est au seul titre de sa position privilégiée. Or, si l'on a déjà observé que le droit français n'a pas une position défensive, protectrice d'une conception étatiste de la justice, il en faut peu pour basculer dans la conclusion inverse : l'État français a activement participé à l'élaboration d'une organisation internationale de la justice en contrepoint du développement du commerce international. C'est dans ce mouvement que l'on trouve les fondements du principe de reconnaissance qui va nous permettre de renverser la conception traditionnelle des « conflits de juridictions » (Section 1). Toutefois, le libéralisme dont l'État a fait preuve trouve ses limites dans le fait même qu'il reste le point de référence pour déterminer ce qui est ou n'est pas une juridiction. Du point de vue du droit français, dès lors, deux types d'organes sont considérés comme des juridictions. Les premiers sont les organes juridictionnels d'États étrangers que l'État français, du fait de son statut de sujet de droit international, est contraint de reconnaître. En ce qui concerne plus spécifiquement la compétence, ensuite, les seconds comprennent, plus indirectement, ceux qui participent de cette justice internationale qu'il a contribué à organiser par le biais d'une uniformisation des règles de compétence internationale ou même en leur octroyant, unilatéralement, une place dans cette organisation. Les fondements de la reconnaissance du caractère juridictionnel (Section 1) en imposent ainsi les modalités (Section 2).

---

<sup>243</sup> Le terme de reconnaissance est à multiples facettes, et il ne faut évidemment pas le comprendre au sens qu'il a pris en matière d'effet des jugements ou même dans celui plus vaporeux d'effet des « situations » (v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 238). Il faut ici le prendre comme dérivé de *rilevenza* (« relevance », dans la traduction de L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, v. leur note, *op. cit.* p. 65) au sens de S. ROMANO, c'est-à-dire le phénomène par lequel « l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre [est] conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre qu'à un titre défini par ce dernier » (S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2<sup>ème</sup> éd. Dalloz 2002, p. 106, les italiques sont de l'auteur). On notera que c'est d'ailleurs le terme que l'auteur emploie pour définir le rapport de l'Etat avec ses organes (*Ibid.*, p. 65).

## Section 1 : LES FONDEMENTS DE LA RECONNAISSANCE DU CARACTERE JURIDICTIONNEL

95. **Plan.** Il ne reste plus grand-chose de l'affirmation solennelle du Général de Gaulle sur le monopole étatique de la justice<sup>244</sup>. Dès l'instant où le regard s'extirpe de la routine de nos tribunaux pour observer le jeu des assignations dans des affaires internationales, il aperçoit un très grand nombre de juridictions anationales ou internationales auxquelles l'État français a attribué ou reconnu un véritable pouvoir de juger. Il faut procéder à ce constat (§1) pour en comprendre la portée (§2).

### Paragraphe 1) L'ÉTAT PARTICIPANT

96. **Introduction.** L'État français s'est notamment construit, et pendant près d'un millénaire, sur la lente intégration des organes de justice au pouvoir central. Des justices féodales à la justice royale, des Parlements à l'unité judiciaire, des charges à la fonction publique<sup>245</sup>, le pouvoir juridictionnel est passé lentement – et non sans heurt<sup>246</sup> – sous la coupe du pouvoir royal, monarchique, révolutionnaire puis républicain. Cet aperçu flottant de l'histoire de la Justice en France ne s'intéresse cependant qu'au point de vue *interne* de l'État français, celui de l'acquisition progressive d'une « souveraineté » complète de l'appareil étatique sur le reste des forces intérieures la lui disputant. La souveraineté juridictionnelle *externe* de l'État français, c'est-à-dire les rapports de l'État à l'activité juridictionnelle d'organes extérieurs à lui-même, a, de son côté, suivi une ligne beaucoup moins claire. Cette souveraineté externe ne semble pas avoir jamais fait l'objet d'une attention importante, sans doute du fait même qu'elle n'était pas assurée en interne. Les rares épisodes dont elle a été l'actrice lui ont donné un rôle secondaire, pour d'autres objectifs. Ce n'est qu'une fois la justice républicaine bien installée que le législateur s'est intéressé plus directement à la question de ses rapports de concurrence avec l'étranger. Aujourd'hui, elle est d'ailleurs dans une phase exactement contraire à la centralisation initiale dans la mesure où la mondialisation affecte la politique juridictionnelle de la France d'une force centrifuge (I). Il faut en tirer la conséquence, en définissant la souveraineté juridictionnelle, externe, comme la compétence de l'État à participer notamment à des systèmes de compétence (II).

---

<sup>244</sup> V. *supra* n°68, note 188.

<sup>245</sup> Cette remarque, que l'on a surtout illustrée par des exemples français, est cependant digne d'une certaine universalité. Ainsi par exemple, encore au XVII<sup>e</sup> siècle, dans les derniers remous des guerres de religion, le traité d'Osnabruck entre l'Empereur et les princes allemands résolvait notamment un conflit au sujet de la justice impériale, l'Empereur réussissant de peu à protéger encore quelques unes de ses prérogatives, v. G. de GARDEN, *Histoire générale des Traités de paix et autres transactions principales entre toutes les puissances de l'Europe*, t. I, Amyot, Paris 1848, p. 185.

<sup>246</sup> L'accaparement progressif, sous la monarchie médiévale, de la justice civile et criminelle a d'ailleurs eu pour conséquence la création d'un nouveau contre-pouvoir, la magistrature, v. J. KRYNEN, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard 2009.

## I) L'évolution contemporaine du droit français

97. **Introduction.** Le survol historique auquel nous avons procédé en matière d'arbitrage montrait déjà que le rapport de l'État avec la Justice avait été un rapport politique bien plus que logique. Le Roi, l'Empereur et la République ont entretenu avec l'arbitrage une relation d'affection ou de désaffection selon que le premier avait ou non besoin du second, en fonction de circonstances extérieures à l'arbitrage lui-même<sup>247</sup>. Aujourd'hui, la tendance est très largement de faveur à l'arbitrage et cette faveur est essentiellement due à une volonté : celle de favoriser, derrière l'arbitrage, la liberté, le commerce et les échanges internationaux. Mais il n'est même pas besoin de limiter le constat à l'arbitrage. Depuis presque un siècle, l'État français a fait le choix de privilégier l'ouverture et la liberté sur le contrôle par ses propres juridictions. Les différentes étapes de ses compromis internationaux marquent clairement cette volonté politique (A). Mais d'ailleurs, au-delà même de la mondialisation des affaires, c'est une conception amoindrie et défiante de l'État qui s'est développée en France et en Europe. L'État est un monstre froid qu'il faut encadrer. C'est cette dernière perspective sur laquelle on fera un détour, le temps d'un rappel du droit pénal et des droits de l'homme, qui confirment cette tendance globale (B).

### A) L'abandon du monopole de la justice en droit international des affaires

98. **Monarchie absolue et compromis juridictionnels.** Même au faîte de sa puissance monarchique, alors que le Roi de France luttait pour obtenir la maîtrise du pouvoir juridictionnel sur son territoire, la France n'a jamais pu ou voulu éradiquer l'exercice de pouvoirs juridictionnels étrangers sur son propre territoire<sup>248</sup>. On peut penser, bien sûr, aux juridictions ecclésiastiques, mais l'exemple est peu probant : il s'agit plus d'un héritage historique que d'une concession politique. On peut en revanche s'appuyer sur des concessions conventionnelles acceptées par la France pendant toute la période monarchique<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> V. ce survol *supra*, n°47.

<sup>248</sup> Certains États étaient admis à disposer en France d'un consul à même de régler les différends entre leurs nationaux, il s'agissait d'une concession réciproque faite aux pays de capitulations, L.-J.-D. FERAUD-GIRAUD, *De la juridiction française dans les échelles du Levant et de la Barbarie*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris 1871, p. 25. Un auteur a d'ailleurs pu remarquer au sujet de l'admission de consuls étrangers en France que « [c]e n'était pas qu'on craignit un grand empiètement sur la juridiction française ; mais c'est qu'en autorisant une nation à avoir un consul en France on renonçait par là même aux droits d'anbaine et de naufrage vis-à-vis des commerçants appartenant à cette nation », N. PICARDI, « Le juge naturel en Europe », *RIDC* 2010, p. 27.

<sup>249</sup> En France, on remonte ainsi généralement au XVI<sup>e</sup> siècle pour trouver de tels traités. L'État français se garantissait alors les prémisses de ce qui allait devenir une souveraineté extraterritoriale, le régime des capitulations. Il fallait à cette époque au Roi de France, outre renforcer les liens avec le principal adversaire, sur le front est, de l'Empereur Charles Quint, protéger le commerce français en Méditerranée. Or pour garantir ce commerce, il fallait notamment assurer la présence de marchands français à Istanbul et dans le reste du Moyen-Orient, ce qui supposait de sécuriser et encadrer cette installation de manière à ce qu'elle soit acceptée par les populations et gouvernements locaux. Par ailleurs, étant donné l'association du droit et de la religion que conçoit le Coran, il était autant nécessaire pour les commerçants étrangers que logique pour les autorités locales que les chrétiens aient leur propre juge pour appliquer leurs propres lois. Ce sont ces trois points, semble-t-il, et non

Ainsi, pendant les dernières années de cette période, la Russie et les États-Unis ont bénéficié en France d'un consul armé du pouvoir juridictionnel qui rendait des décisions pourvues de la force exécutoire. La concession pourra surprendre alors que, presque dans le même temps, le Roi interdisait à ses sujets de plaider entre eux hors les tribunaux du Royaume<sup>250</sup>. Il faut pourtant comprendre ces traités comme des victoires diplomatiques dans la guerre, ouverte ou « froide », entre la France et l'Angleterre : rivales dans le développement de leurs commerces, les français obtenaient par ces deux traités un accès à des marchés traditionnellement plus ouverts aux marchands anglais<sup>251</sup>. La France absolutiste de Louis XVI ne méprisait donc pas d'amoindrir sa souveraineté juridictionnelle dans son intérêt politique et économique. Le droit était une arme parmi d'autres à ces deux fins<sup>252</sup>. Si l'idéologie

la volonté d'imposer une quelconque souveraineté française à l'étranger, qui ont motivé l'envoi de consuls dotés de pouvoirs de police dans les « Echelles du Levant et de la Barbarie », c'est-à-dire les installations françaises dans les ports du Moyen-Orient et du Maghreb (v. par exemple les Lettres de provision pour le premier consul français à Tunis, en 1577 : « *Il est nécessaire, pour le bien de nos sujets trafiquants es royaume de Tunis, la Goulette et Tripoli de Barbarie, qu'il y ait en ces parties un Consul de la Nation Française, crée et autorisé de nous pour avoir l'œil et l'intendance sur toutes les affaires, qui peuvent concerner notre service et nos dits sujets, même pour y tenir un ordre politique et de justice au fait du commerce, selon que le lieu et le pays le requiert...* »). Ces objectifs politiques et économiques se retrouveront, par la suite, systématiquement. Ainsi, le régime des capitulations se développa dans son domaine matériel, l'Empire ottoman acceptant régulièrement de nouveaux engagements, mais aussi géographique, puisque l'Égypte, le Japon, le Siam, la Chine l'acceptèrent tour à tour. Si la plupart de ces traités furent imposés par la force d'une Europe en plein essor, ils avaient tous fait plier des souverainetés étrangères (au sens ancien du terme) au nom de l'intérêt économique bien compris des nations européennes. Pour des éléments sur le sujet, v. G. SALLES, « L'institution des consulats, origine et développements au Moyen-âge », *Revue d'hist. de la dipl.* 1897, pp. 161s., 409s. et 565s. ; A. de LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET, *Rep. Dr. int.*, v° « Capitulations dans l'Empire ottoman et au Maroc », n° 10 ; L.-J.-D. FERAUD-GIRAUD, *De la juridiction française dans les échelles du Levant et de la Barbarie*, 2ème éd. 1871, p. 29, 46s. et 88s. ; A. BOUTIN, *Les traités de paix et de commerce avec la Barbarie*, Pedone 1902, p. 593 ; KOUO KIN YAO, *La Chine et les capitulations*, Thèse Nancy, 1938.

<sup>250</sup> « *Faisons très expresses inhibitions et défenses à nos sujets voyageant soit par terre soit par mer ou faisant le commerce en pays étranger, d'y traduire, pour quelque cause que ce puisse être, nos autres sujets devant les juges ou autres officiers des puissances étrangères, à peine de 1500 livres d'amende, au paiement de laquelle les contrevenants seront condamnés et contraints par corps, à la diligence de nos procureurs généraux de nos cours de parlement où ressortiront les appels des sentences des consuls devant lesquels lesdits contrevenants eussent dû former leur demande ou porter leurs plaintes ; et en cas d'exécution faite contre aucun François, en vertu de jugements ou d'ordonnances émanés d'une autorité étrangère, seront, en outre, ceux de nos sujets qui les auront obtenus, condamnés aussi par corps aux dépens, dommages et intérêts des parties qui en auront souffert en quelque manière que ce soit* », Édit portant règlement sur les fonctions judiciaires et de police qu'exercent les consuls de France en pays étrangers, juin 1778, §2, ISAMBERT, DECRUSY, JOURDAN, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Lib. Plon frères, 1822-1827, vol. XXV, p. 333.

<sup>251</sup> C'était par exemple le cas de la Russie, par le traité du 11 janvier 1787, qui offrait un très important débouché commercial à l'Angleterre depuis le XVI<sup>e</sup> siècle. Sur le sujet, v. F. LAMBERT, *La représentation diplomatique française en Russie dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle*, Thèse Ecole Nationale des Chartes, 2006 (un résumé de la thèse est disponible à l'adresse suivante : <http://theses.enc.sorbonne.fr/document1016.html>). C'était aussi le cas du Traité de Versailles entre la France et les États-Unis du 14 novembre 1788, v. renvoyant des plaideurs américains devant leur consul, Cass., 7 fructidor an IV, in DALLOZ, *Jurisprudence générale du royaume*, t. VI, Paris 1829, p. 470, MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5<sup>ème</sup> éd., Bruxelles 1826, v° « Etranger », §II, t. 11 p. 171 et surtout le fameux *Mountflorencia c. Skipwith*, Cass. 22 janv. 1806 in MERLIN, *op. cit.*, loc. cit., p. 167s. (spéc. p. 182). Parmi les autres nations en ayant bénéficié, les Suisses du roi de France, garde rapprochée des Bourbons, sont un exemple intéressant, v. A. de LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET, v° « Capitulations suisses », *Répertoire de droit international*, (encore qu'il s'agissait ici peut-être moins de capitulation que de privilèges accordés aux seuls gardes, et non à tous les citoyens suisses).

<sup>252</sup> C'est ainsi qu'un ouvrage monumental sur l'histoire des traités en Europe devait distinguer deux sortes de traité, « *suivant que les nations se lient pour les intérêts de leur sûreté, de leur conservation, ce sont les traités politiques, ou pour l'échange de leurs produits ; ce sont les traités de commerce, qui eux-mêmes, depuis que l'industrie a pris en Europe si grand essor, ont acquis une haute importance politique, nonobstant les questions controversées dont ils sont l'objet* », G. de GARDEN, *op. cit.*, p. CXX (les italiques, ici renversées, sont de l'auteur). Les nombreux traités de capitulations passés du XVI<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle par la France ont ainsi

de la Révolution et de l'Empire écarta un temps ces compromis, un profond bouleversement modifia cette politique juridictionnelle à partir des années 20 et surtout des années 60 du XX<sup>e</sup> siècle.

99. **Accentuation de la priorité commerciale.** Les empires européens s'étaient en effet développés jusqu'à couvrir une bonne partie du globe. Le commerce interne à ces empires avait décuplé et l'essor des puissances économiques, conjugué avec la montée du capitalisme libéral, appelait des solutions internationales nouvelles. La décolonisation, par la suite, multiplia les frontières à l'intérieur des anciens empires coloniaux. Les nationalisations, partielles ou totales, provoquèrent nombre de contentieux entre entreprises maintenant transnationales et États nouvellement créés<sup>253</sup>. Les échanges entre périphéries et métropoles changèrent de nature, pour devenir des échanges véritablement internationaux. Les marchés ainsi libérés offraient à des acteurs privés de plus en plus importants des possibilités de gain et de mobilité bien supérieures à celles que l'on avait jusque-là connues. La montée en puissance de ces nouveaux acteurs fut progressivement vue comme une opportunité par les États européens, opportunité qui provoqua un glissement manifeste dans la conception du contentieux international.
100. **L'arbitrage comme facteur de développement du commerce international.** L'arbitrage fut la première réglementation à bénéficier de ce changement de paradigme. Dès les années 20, les « milieux commerciaux »<sup>254</sup> avaient réussi à obtenir le retour à la reconnaissance des clauses compromissaires<sup>255</sup>. La sécurité juridique, en effet, poussait alors à la reconnaissance d'une justice plus libre et neutre, en particulier dans les rapports internationaux<sup>256</sup>. Le bond véritable, cependant, se fit à la toute fin des années 50, par une série de conventions internationales très favorables au commerce international. Et l'on retrouve précisément les mêmes motifs dès lors que l'on recherche les justifications de toutes ces conventions passées sur le sujet : Convention de New York du 10 juin 1958, Convention de Genève du 21 avril 1961, Convention de Washington du 18

---

systématiquement été des armes économiques permettant une meilleure protection de l'investissement des entrepreneurs français à l'étranger, v. sur ce thème A. BOUTIN, *Les traités de paix et de commerce avec la Barbarie*, Pedone 1902. Plus récemment, certains ont pu rappeler que la pratique n'était pas seulement, d'ailleurs, au bénéfice d'États étrangers. V. ainsi, sur la Compagnie des Indes occidentales, J. BART, « La féodalité au secours du capitalisme », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Ed. Frison-Roche 1999, p. 3.

<sup>253</sup> C'est d'ailleurs pour certains le point de départ exact de l'explosion de l'arbitrage commercial international, v. Y. DEZALAY et B. GARTH, *Dealing in virtue : International Commercial Arbitration and the Emergence of a New International Legal Order*, University of Chicago Press, 1996, Univ. Of Chicago Press 1996, spéc. p. 65s.

<sup>254</sup> V. le préambule du Protocole relatif aux clauses d'arbitrage du 24 septembre 1923 : « *L'Assemblée [de la Société Des Nations], Se rendant compte de l'urgence et de l'intérêt qu'il y aurait à assurer, par un accord international, une reconnaissance plus générale de la validité de la clause compromissoire et du compromis destinés à régler par voie d'arbitrage les différends qui peuvent surgir de contrats, et spécialement de contrats commerciaux, conclus entre personnes soumises à la juridiction d'États différends ; connaissant la grande importance que les milieux commerciaux attachent au prompt règlement de cette question...* », v. RCDIP 1924, p. 26s. spéc. p. 29.

<sup>255</sup> La Société des Nations fit en effet adopter un Protocole relatif aux clauses d'arbitrage, que l'on vient de citer dans la note supra, ainsi qu'une convention, la Convention de Genève de 1927.

<sup>256</sup> V. les propositions du rapport CLEMENTEL citant le communiqué de la Chambre de commerce internationale ainsi que ceux des Chambres de commerce de Lyon, Strasbourg, Marseille, le Comité central des Chambres syndicales, du Syndicat général de l'industrie cotonnière et la Semaine du blé in JO 1923 (doc. Sénat), annexe à la session du 13 mars 1923.

mars 1965. Ces trois conventions portant sur l'arbitrage international avaient pour objet de sécuriser et protéger le commerce international et les investissements internationaux, en un mot, de protéger les entreprises des velléités régulatrices trop fortes des États<sup>257</sup>. Et la République française participa assez directement à cette évolution<sup>258</sup>.

**101. La Convention de Bruxelles comme facteur de développement du marché commun.** Sur le plan plus strictement judiciaire, c'est au départ le même calcul qui fut fait pour la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1967 : il semble que les coûts portant sur la circulation des jugements soient à l'origine de l'article 220 du Traité de Rome originel qui posait le principe de cette future convention. Il fallait libérer les décisions de justice, ces titres de créances, des « formalités » étatiques, longues et coûteuses<sup>259</sup>. La convention devait ainsi servir de pendant juridique au développement du marché commun. Si la justification apparaît aujourd'hui très réductrice, il faut cependant en retenir l'inspiration : les années 50 et 60 sont celles, en notre matière, d'un libéralisme juridique dont l'objectif était de s'émanciper partiellement de l'État et de l'intervention de son appareil bureaucratique.

**102. L'approfondissement des engagements au sein de l'Union européenne.** Le mouvement ne s'est cependant pas arrêté à cette convention internationale. Outre que la France s'est engagée dans nombre d'autres conventions spécialisées<sup>260</sup>, les Communautés Européennes, devenues par la suite Union Européenne suite au Traité de Maastricht en 1992, ont particulièrement développé l'interaction entre les juridictions des différents États-membres, au point que l'on puisse maintenant parler d'un espace judiciaire européen. Ainsi, et pour rester dans le seul droit des affaires, le règlement n°40/94 a obligé la France, comme les autres États-membres, à désigner un certain nombre de tribunaux dans son ordre juridictionnel judiciaire à même de se spécialiser dans les affaires de contrefaçon de marques communautaires<sup>261</sup>. De même, le « paquet concurrence » de 2003 a obligé la France à accepter de limiter les pouvoirs de ses juridictions en matière de concurrence, ces dernières ne pouvant juger en contradiction avec les décisions prises ou pressenties de la Commission européenne<sup>262</sup>. Dans les deux cas, la France n'a été qu'une voix parmi d'autres au sein du Conseil de l'Union européenne au moment de l'adoption

---

<sup>257</sup> V. encore la Résolution 40/72 de l'Assemblée générale des Nations-Unies du 11 décembre 1985 sur la loi-type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international : « L'Assemblée générale, Considérant l'intérêt que présente l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends survenant dans les relations commerciales internationales, Convaincue que l'établissement d'une loi type sur l'arbitrage rencontrant l'assentiment d'États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents contribue au développement de relations économiques internationales harmonieuses... ».

<sup>258</sup> Le mouvement était d'ailleurs parallèle à celui de la libéralisation de la législation en matière de commerce international, v. *supra*, Ch. 1. Certains ont ainsi pu parler d'une « communauté internationale » tant le mouvement en faveur de l'arbitrage était global, Ch. SERAGLINI, *Lois de police et arbitrage*, Dalloz 2001, p. 53s.

<sup>259</sup> V. P. BELLET, *JDI* 1965, p. 833, spéc. p. 845. V. aussi la loi de ratification n° 69-1064 du 28 nov. 1969, *J.O.* 29 nov. 1969.

<sup>260</sup> Ainsi les conventions relatives au contrat de transport international de marchandises par route de 1956, et son Protocole de 1978 (CMR), de Varsovie (1929) et de Montréal (1999) sur le transport aérien, etc., v. *supra*, n°16s.

<sup>261</sup> Décret n° 2002-216 attribuant au tribunal de grande instance de Paris la compétence en la matière (codifié à l'article R. 211-7 du code de l'organisation judiciaire).

<sup>262</sup> Sur l'ensemble des conséquences, v. P. WILHELM et L. FERCHICE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles. – Procédures judiciaires », *J.-Cl. Concu-conso.* fasc. 382, n° 44s.

de ces actes et elle devait dans tous les cas accepter la décision commune. Enfin, on a déjà évoqué l'Accord sur la juridiction unifiée du brevet qui prévoit de créer un ordre juridictionnel international de tribunaux des brevets européens. Là encore, la France n'intervient que très indirectement au système, et ne pourrait s'en dégager sans dénoncer sa participation à l'une et l'autre de ces organisations internationales. Il est bien difficile face à tous ces développements de soutenir encore qu'il existe en France, dans les faits en tout cas, un monopole étatique de la justice.

103. **La convergence des différents acteurs de l'intégration.** Un dernier élément, enfin, clôturera ce tableau. Si les précédents développements sont essentiellement l'œuvre de l'exécutif, que le Parlement a très régulièrement suivi dans ces dossiers, le droit de l'arbitrage commercial international est lui très majoritairement le produit de ce qui a été une jurisprudence forte et convaincue. Elle a à son tour, adoptant l'inspiration déjà évoquée, favorisé le droit français de l'arbitrage en faisant preuve d'un très franc libéralisme au fil des arrêts<sup>263</sup>. Là encore, par le biais de son propre système judiciaire, la France s'est obligée à reconnaître et favoriser d'autres juridictions étrangères à ce système. La réforme du droit de l'arbitrage par un décret du 13 janvier 2011 a entériné, à la suite d'une nouvelle manifestation de volonté politique en ce sens<sup>264</sup>, l'ambition de l'État français d'être à la pointe de la « désétatisation » de la justice en cette matière.

Ces développements n'ont cependant pas soulevé d'objection fondamentale. Il est vrai que le droit des affaires était plus apte que d'autres à accepter la modification de règles de compétence ou, plus directement, la reconnaissance voire la création de juridictions extra-étatiques à des fins économiques. L'État français y a perdu un peu de son monopole juridictionnel et même une certaine maîtrise de l'intervention de ses juridictions en ces matières, puisqu'il ne peut plus modifier ses règles de compétence internationale, ni refuser de reconnaître ces juridictions à moins de dénoncer les conventions et traités fondateurs. Cependant, comme dans les exemples russe et américain de la France absolutiste, cette perte pouvait paraître de bon rapport : il s'agissait d'une perte minimale dans un domaine spécifique et *a priori* rentable. Le phénomène, cependant, n'en est pas resté là et les concessions de l'État français dépassèrent de beaucoup, dès les années 1950, le seul domaine économique.

---

<sup>263</sup> E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.* 2007, p. 697.

<sup>264</sup> V. la déclaration de N. SARKOZY au bicentenaire du rétablissement du barreau de Paris le 24 juin 2010 : « Je souhaite également que notre capitale puisse renforcer son rôle de référence en matière d'arbitrage international. La réputation de Paris en ce domaine tient à la qualité des professionnels et les bâtonniers y jouent un rôle essentiel. Mais enfin cette procédure n'a pas été réformée depuis trente ans et peut être pourrions-nous considérer ensemble qu'elle a besoin d'être simplifiée et modernisée. Les parties qui recourent à l'arbitrage doivent être en mesure d'identifier rapidement les juges compétents, mieux formés et plus spécialisés », cité in T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2010, Pan. p. 2933.

## ***B) L'érosion de la maîtrise de la justice criminelle et en matière de droits de l'homme***

**104. Développement des droits fondamentaux.** Depuis la fin de la Seconde guerre mondiale et le procès de Nuremberg, la concrétisation d'un droit pénal international et plus généralement d'une protection des citoyens contre le fait des États s'était franchement accentuée : le Conseil de l'Europe, organisation créée en 1949, avait mis très rapidement à la signature une Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme qui instituait notamment un contrôle juridictionnel des États eux-mêmes en permettant la saisine directe d'une nouvelle cour supranationale, la Cour Européenne des Droits de l'Homme. L'exécutif français, malgré l'insistance de l'Assemblée nationale, résista longtemps avant d'accepter une telle perte de souveraineté. Il semble cependant, bien que les faits ne nous soient pas directement connus, que la mauvaise volonté de l'exécutif n'ait pas tenu dans une quelconque idée de la souveraineté. Étaient en réalité surtout craints la perte ou l'encadrement de certaines prérogatives dont le très décrié article 16 de la Constitution accordant des pouvoirs exceptionnels au Président en cas de menaces graves et imminentes<sup>265</sup>. Entre la signature de la Convention, le 4 novembre 1950, et son entrée en vigueur intégrale en France, c'est-à-dire avec le mécanisme de règlement des différends entre État et citoyens, le 1<sup>er</sup> janvier 1982, il s'écoula ainsi plus de 30 ans<sup>266</sup>. *In fine*, cependant, l'ensemble du mécanisme fut adopté.

Le monopole étatique de la justice, là encore, en était affecté. En s'engageant dans cette convention, l'État français acceptait deux choses. D'une part, il reconnaissait le pouvoir juridictionnel d'une institution supranationale habilitée à juger les défaillances de l'État face à « toute personne relevant de sa juridiction »<sup>267</sup>. Il ne s'agissait donc pas seulement d'un engagement de l'État personne de droit international public, mais aussi de droit interne, face à ses propres ressortissants. La Cour de cassation l'a ainsi affirmé, dans une formation solennelle, en admettant « l'autorité de chose décidée » des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme à l'occasion d'une décision sur la garde à vue<sup>268</sup>. Le monopole étatique de la justice subissait une nouvelle, et importante, exception. D'autre part, si le domaine économique avait pu supporter avec une relative facilité la concurrence de juridictions étrangères dans la détermination des solutions juridiques de fond, celui des droits

---

<sup>265</sup> Plein pouvoir dont il avait d'ailleurs été fait usage pendant les « Evènements d'Algérie », Ch. ROUSSEAU, « Chron. des faits internationaux », *RGDIP* 1965, p. 490 ; 1971, p. 527 et 1974, p. 1147 ; J.-F. VILLEVIEILLE, « La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme », *AFDI* 1973, p. 923.

<sup>266</sup> La ratification eut lieu le 3 mai 1974.

<sup>267</sup> CESDH, article 1<sup>er</sup> : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

<sup>268</sup> Selon l'Assemblée plénière de la Cour, « les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation », ce qui impliquait de se référer aux décisions de la Cour européenne pour invalider les gardes à vue illégales (Ass. Plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, *D.* 2011 p.1080, obs. J.-P. Marguénaud et du même auteur in *RTD Civ.* 2011, p. 725; *AJ pénal* 2011. 311, obs. C. Mauro et n° 10-30.313, n° 10-30.316, *D.* 2011. p.1128, entretien G. Roujou de Boubée et p.1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *Constitutions* 2011. 326, obs. A. Levade ; *RSC* 2011, p 410, obs. A. Giudicelli).



de l'homme avait vocation à innover beaucoup plus profondément l'ensemble du droit positif<sup>269</sup> et notamment des domaines plus au cœur des prérogatives régaliennes comme, par exemple, le droit pénal. Ce même domaine, d'ailleurs, a fait l'objet de très notables concessions de la part de l'État français ces dernières années, en particulier au sein de l'espace européen.

- 105. Approfondissement de l'intégration : l'espace judiciaire européen.** Il faut en effet continuer notre détour en dehors du droit économique par un passage par le droit pénal européen. Le droit pénal est essentiellement le droit de la détermination de l'ordre public interne. S'il y a une matière dans laquelle l'exception d'ordre public devient le principe, c'est bien celle-ci. Or, malgré une nature qui pourrait apparaître comme allergique à toute compromission, la France démontre une volonté politique remarquable, depuis les années 1970 au moins, de s'intégrer de plus en plus profondément dans des coopérations répressives.

C'est ainsi dans le discours d'un président français que l'on retrouve pour la première fois le terme « d'espace judiciaire européen »<sup>270</sup>, discours présentant un projet de coopération européenne en matière pénale qui, s'il fut un échec, préfigura quelques-uns des développements postérieurs en la matière<sup>271</sup>. À l'évidence, les réticences furent importantes et, dans un premier temps, seules des coopérations informelles et policières purent fonctionner<sup>272</sup>. C'est en marge des Communautés Européennes que se constituait une Europe pénale, en particulier par des conventions internationales et leurs protocoles additionnels au sein du Conseil européen, dont le Protocole ayant donné lieu à la décision du Conseil constitutionnel de 1980 déjà évoquée<sup>273</sup>. Depuis le début des années 1990 et le Traité de Maastricht, cependant, la coopération devient plus visible et effective. L'année 1992 marque tout d'abord la création d'Europol, qui reprend un dispositif de coopération policière informelle et discrète pour en faire une institution officielle. Surtout, le Traité annonce le début d'une politique pénale européenne, en créant un troisième « pilier » à la construction communautaire, celui de la

---

<sup>269</sup> R. LIBCHABER attribue d'ailleurs à la ratification de cette convention, aux côtés de deux décisions fondatrices (la décision *Liberté d'association* du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 et la décision *Jacques Vabre* de la Cour de cassation du 24 mai 1975), la paternité de l'ébranlement puis de la disparition du monisme des sources en droit français, R. LIBCHABER, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Oppetit*, Litec 2009, p. 505, spéc. p. 514. Mais ce pluralisme pourrait n'être qu'un état de transition, il suffit pour l'envisager de se référer à la décision du 15 avril 2011 citée *supra* : les juridictions elles-mêmes, mettant en œuvre ces divers droits, sont au cœur de leur future cohérence. Mais c'est en procédant à ces mises en cohérence qu'elles en arrivent aussi à assumer une certaine indépendance par rapport à leur Etat d'appartenance.

<sup>270</sup> Il s'agit de V. GISCARD D'ESTAING à l'occasion d'un discours au Conseil européen des 5 et 6 décembre 1977 selon R. de GOUTTES, « De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal pan européen », in *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Litec 1992, p. 3. Pour une histoire de ces progrès, v. A. MARMISSE-d'ABBADIE d'ARRAST, « Espace de liberté, de sécurité et de justice », *Rep. Dr. communautaire*. Sous sa présidence, la France fut d'ailleurs souvent à la pointe de coopérations policières (v. Commissariat Général du Plan, *Quels avenir pour l'Europe de la justice et de la police ?*, Docu. Fr. 1992, spéc. p. 30s.).

<sup>271</sup> R. de GOUTTES, *op. cit.* ; plus récemment, G. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, LGDJ 2011, spéc. p. 11s.

<sup>272</sup> On peut citer par exemple le Groupe de TREVI sur lequel v. par exemple T.-L. MARGUE, « Les initiatives menées par l'Union dans la lutte antiterroriste dans le cadre du troisième pilier », *Rev. Dr. U.E.* 2002, p. 261.

<sup>273</sup> V. *supra* n° 71.

« coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures »<sup>274</sup>. À l'origine, les décisions relevant des matières concernées par ce pilier devaient être prises à l'unanimité, ce qui permit d'ailleurs au Conseil constitutionnel de considérer que cela ne heurtait pas la souveraineté française<sup>275</sup>. À terme cependant, ce troisième pilier intégra le premier, c'est-à-dire le domaine des compétences communautaires classiques où la prise de décision ne nécessitait qu'une majorité qualifiée à l'époque, devenue souvent une majorité simple aujourd'hui. On a déjà eu l'occasion de voir que cette intégration, consécutive aux traités d'Amsterdam et de Lisbonne, n'avait été validée par le Conseil que sous réserve d'une adaptation *ad hoc* de la Constitution<sup>276</sup>. Ce qu'il est intéressant de constater ici, c'est que ces évolutions des textes fondateurs de l'Union ont tous été soutenus voire portés par l'État français<sup>277</sup>, alors même que certains développements, que ce soit le mandat d'arrêt européen<sup>278</sup> ou, plus récemment, certaines incriminations, obligent ainsi à considérer que notre droit pénal est maintenant partiellement édicté par le Conseil européen<sup>279</sup>.

**106. Le choix d'une intégration internationale.** En définitive, le choix d'autoriser des juridictions supranationales à intervenir dans le champ purement civil et, plus encore, pénal du droit français était infiniment plus problématique pour la souveraineté française que ne peuvent l'être les concessions observées dans le champ économique. Ici, les juridictions et la compétence des juridictions ne sont plus seules affectées, mais aussi l'organisation et les politiques pénales de l'État français. Cela revient à dire, sans forcer le propos, que l'indépendance de l'État français était en jeu en matière de définition tant de son ordre public, que de son organisation. Si les prémisses avaient été posées dès les années 1950, les réticences ont été manifestes pendant encore trente à quarante ans. Les résistances étaient logiques, eu égard aux enjeux. Cependant, là encore, la France a accompagné et même parfois porté les changements.

**107. Conclusion.** La France a fait le choix, tout au long de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle au moins, de modifier tout le traitement du contentieux international dans le sens, précisément, d'une internationalisation. Il n'importait plus d'affirmer le pouvoir des juridictions françaises, mais de traiter au mieux les litiges internationaux en trouvant des solutions uniformes et transnationales. Au-delà du

---

<sup>274</sup> Article K et suivant du Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992.

<sup>275</sup> Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec. p. 55. On a cependant pu faire remarquer que la décision était, même avec ce garde-fou, libérale: si, en effet, la procédure de la décision à l'unanimité garantit la liberté de l'Etat dans la décision même, elle permet aussi à l'Etat de transférer irrémédiablement (sauf à sortir de l'Union) des compétences régaliennes. En s'attachant à l'autonomie dans la décision, le Conseil a fait peu de cas des décisions potentielles elles-mêmes (J.-P. JACQUE, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992 », *RTDE* 1992, p. 251, spéc. p. 263).

<sup>276</sup> V. *supra*, n° 73.

<sup>277</sup> V. le communiqué de presse de l'Agence europe, n° 6871, 11 déc. 1996. Cette évolution a cependant surtout été la conséquence des risques criminels provoqués par la libre circulation des personnes, v. Commissariat Général du Plan, *Ibid.*

<sup>278</sup> J. PRADEL, G. COORSTENS, G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2009, n° 555s.

<sup>279</sup> Sur la question plus générale de l'influence des juridictions européennes sur la définition des incriminations, v. D. ZEROUKI-COTTIN, « L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen ou la perte du droit de ne pas punir », *RSC* 2011, p. 575.

constat, somme toute classique, il est un autre enseignement qu'il semble nécessaire de tirer de ces éléments de fait. Que ce soit par la création de nouvelles juridictions ou de règles de compétence, l'évolution globale du droit positif s'est faite dans le sens d'une plus grande intégration internationale. La question de savoir quelle juridiction intervient dans le contentieux international et, plus précisément, celle de la compétence internationale, a été abandonnée pour une bonne part à des systèmes internationaux, des systèmes que l'État français a créés ou auxquels il adhère. Une telle pratique n'étant pas contraire au droit positif, il faut en déduire que la Souveraineté non seulement l'autorise, mais de surcroît la conforte.

## II) La Souveraineté comme pouvoir de participer

**108. Importance des engagements juridictionnels.** La France s'est progressivement engagée à reconnaître un grand nombre d'organes juridictionnels, que ce soient les tribunaux arbitraux ou des juridictions internationales. Il suffit, pour se donner une idée de l'état actuel de la souveraineté juridictionnelle de la France, de faire une addition simple à partir des bribes de statistiques dont nous disposons sur le contentieux international. D'abord, les études s'intéressant au choix de l'arbitrage commercial international par les justiciables tendent à montrer la très grande faveur dont jouit ce dernier<sup>280</sup>, le domaine des *joint-ventures* étant par exemple quasi-systématiquement retiré du contentieux étatique par l'insertion d'une clause compromissoire<sup>281</sup>. Bien que ces données puissent être incomplètes, il serait difficile de nier qu'en matière de relations commerciales du moins, une grande part du contentieux ne soit pas traitée par la voie arbitrale<sup>282</sup>. On peut estimer, ensuite, qu'au moins la moitié des saisines de juridictions françaises en matière internationale, civile et commerciale, ont été faites sur le fondement du Règlement Bruxelles I<sup>283</sup>. C'est, par ailleurs, une portion à imputer sur le contentieux non arbitré. Enfin, parmi les contentieux internationaux restant, il faut encore compter

---

<sup>280</sup> P. FRIEDLAND et L. MISTELIS, *International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, 2010, n° 2, p. 5, disponible sur [www.pwc.com/arbitrationstudy](http://www.pwc.com/arbitrationstudy). L'étude évalue à 81% les entreprises préférant l'arbitrage au juge national. Il est vrai que ce chiffre n'a trait qu'aux entreprises qui déclarent avoir une politique particulière quant au règlement des litiges. Mais sachant que ces entreprises représentent déjà presque 70% des sondés, la part de la préférence à l'arbitrage (ou de l'exigence d'arbitrage) par rapport aux entreprises qui ne se sont pas interrogées sur la question ou celle qui préfèrent la justice étatique reste très majoritaire : 55%. Des enquêtes plus anciennes, aux chiffres déjà impressionnants, sont cités par R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica 1982.

<sup>281</sup> Le chiffre exact serait de 90% des contrats, v. Ch. DRAHOZAL et R. NAIMARK (dir.), *Towards a science of international arbitration : collected empirical research*, Kluwer Law.

<sup>282</sup> Des voix s'élèvent d'ailleurs, outre-Atlantique, pour dénoncer la « fuite du système de justice publique », P. L. MURRAY, « The flight from public civil justice », *Essays in honour of K. Kerameus*, Ant. N. Sakkoulas-Bruylant 2009, p. 847.

<sup>283</sup> On s'appuie pour cette évaluation sur l'étude du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique de l'université Paris X-Nanterre paru à la Gazette du Palais du 17 avril 2004. Il ressort en effet de cette étude que 87% des 553 ordonnances et 11% des 647 jugements étrangers proviennent de l'Union européenne, soit 46% des jugements étrangers. Par ailleurs, cette affirmation est corroborée par les chiffres tirés du Rapport sur l'application du Règlement Bruxelles I dans les Etats-membres, JLS/C4/2005/03, p. 16, selon lequel la majorité du contentieux international est un contentieux frontalier, ce qui impliquerait pour la France un contentieux franco-belge, luxembourgeois, allemand, suisse, italien et espagnol. Les premières conventions bilatérales sur le sujet avaient d'ailleurs précisément été passées avec des voisins : le Royaume de Piémont-Sardaigne en 1760, le Grand-Duché de Bade en 1846 et la Suisse en 1869, v. A. PILLET, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Sirey 1913.

dans le domaine économique avec les autres textes spécialisés comme la Convention de Washington, les règlements de propriété intellectuelle européenne, les conventions de transport, les conventions bilatérales etc... Quels que soient les chiffres précis, la France est sans conteste enserrée dans un réseau d'obligations internationales dans lequel elle a engagé, quantitativement au moins, la majeure partie de sa souveraineté juridictionnelle<sup>284</sup>.

**109. Difficulté du désengagement.** Bien entendu, si l'État français, comme d'ailleurs nombre d'autres<sup>285</sup>, a ainsi *engagé* sa souveraineté juridictionnelle, il est toujours libre de la *reprandre*. C'est une donnée habituelle de droit international public : l'exercice de la souveraineté n'est ni l'abandon, ni l'épuisement de celle-ci<sup>286</sup>. Il faut cependant, au-delà de la théorie juridique, analyser la portée pratique de l'affirmation, c'est-à-dire les enjeux d'une telle renonciation<sup>287</sup>. Renoncer par exemple à la protection juridictionnelle qu'offre notamment la Convention de Washington, ce que l'on appelle « l'arbitrage investissement », est une opération délicate à opérer quand elle est appuyée par des centaines de traités bilatéraux d'investissement. Elle serait en outre peut-être économiquement dangereuse du fait qu'elle altérerait substantiellement la protection des investisseurs à l'étranger et affaiblirait la confiance des investisseurs vis-à-vis de l'État dénonçant<sup>288</sup>. De même,

---

<sup>284</sup> La chose, d'ailleurs, a parfois été soulevée devant la Cour de cassation. Ainsi, dans l'arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 18 novembre 1986 (RCDIP 1987, p. 760, note B. Audit ; JDI 1987, p. 125, note E. Gaillard, rendu le même jour que le plus célèbre *SEEE c. Yougoslavie*), la société norvégienne *Atlantic Triton* faisait grief à la cour d'appel d'avoir interprété la Convention de Washington du 18 mars 1965 (celle-ci, d'après la Cour d'appel, interdisait le recours aux juridictions étatiques pour obtenir une mesure conservatoire, mais la chose était discutée). En effet, selon une jurisprudence relativement constante (depuis Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1963, *Chassagne*, RCDIP 1964, p. 93, note H. Batiffol ; JDI 1963, p. 1044, obs. B. G. ; JCP 1963, II, 13270, note M. Ancel ; D. 1963, p. 529, note Ph. Malaurie), la compétence des tribunaux judiciaires pour interpréter une convention internationale était limitée aux questions qui « ne souleva[ent] aucun problème de droit public international ». Or, selon le moyen, la question posée relevait du droit public international « puisqu'il s'agissait de savoir dans quelle mesure la France avait renoncé, au profit du CIRDI, à son pouvoir juridictionnel de prendre des mesures conservatoires ». La Cour y répond, sans nier toutefois la situation de droit international public : « Mais attendu que le seul fait qu'un traité concerne l'étendue du pouvoir juridictionnel de l'Etat français ne suffit pas à interdire aux tribunaux d'exercer le pouvoir qui leur appartient normalement d'interpréter les règles de droit posées par les conventions internationales ». Cette réponse indiquerait, si l'on en croit la note du conseiller M. ANCEL (*op. cit.*), qu'une telle interprétation ne risquerait pas « d'empiéter sur le pouvoir nécessairement reconnu au gouvernement dans son action internationale et dans sa direction des relations diplomatiques avec les Etats étrangers ». En d'autres termes, l'étendue exacte de la souveraineté juridictionnelle de la France, une fois limitée par un traité international, relève des seuls juges judiciaires sans qu'il soit besoin qu'elle soit interprétée par l'exécutif. Il ne faut cependant pas attribuer à cet arrêt une portée qu'il n'a pas. L'attribution du pouvoir interprétatif au juge ou au gouvernement ne dépendait pas de l'importance de la question mais simplement de l'influence qu'une interprétation par le juge pourrait avoir sur la liberté d'action diplomatique du gouvernement. D'ailleurs, l'interprétation des traités internationaux est maintenant systématiquement opérée par les tribunaux (Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 déc. 1995, RCDIP 1996, p. 468, note B. Oppetit ; *Gaz. Pal.* 28-29 juin 1996, p. 867, note G. Cohen-Jonathan ; RGDIP 1996, p. 867 et chron. D. Alland, p. 603 ; *Grands Arrêts* n° 80-81).

<sup>285</sup> Les chiffres collectés et repris à l'antépénultième note de bas de page sont en effet mondiaux.

<sup>286</sup> La Souveraineté est en effet intrinsèque à l'État et, dans la doctrine classique, ne saurait se morceler ou se transférer, CPJI 17 août 1923, *Aff. Du Vapeur Wimbledon*, Série A n° 1, p. 25 : « La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'Etat, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de l'Etat ».

<sup>287</sup> En ce sens, J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'Etat*, 2<sup>ème</sup> éd. LGDJ 2010, p. 137.

<sup>288</sup> La question ne se pose plus en ces termes en France puisque les investissements internationaux relèvent depuis le Traité de Lisbonne de la compétence de l'Union européenne, v. C. KESSEDJIAN (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, éd. Panthéon-Assas 2011. De manière plus générale,

il n'existe pas de possibilité de se désengager de tel ou tel règlement européen et même de certaines conventions maintenant ratifiées par l'Union européenne, comme la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme<sup>289</sup>. Le seul moyen de le faire consisterait à renoncer purement et simplement à l'Union européenne. Mais, à observer d'une part la volonté politique d'intégration en la matière et d'autre part les perspectives de désengagement envisagées dans d'autres matières, on peut se demander si les conséquences juridiques n'en seraient pas disproportionnées<sup>290</sup>. En réalité, tous ces éléments ne convergent pas pour démontrer que l'État français a, juridiquement, abdiqué sa souveraineté en ces matières. Ils démontrent, toutefois, qu'il faut changer de paradigme. Le droit de la compétence internationale ne peut plus être perçu comme le droit d'un État souverain parce qu'indépendant. Il doit être analysé comme le droit d'un État souverain parce que participant<sup>291</sup>.

- 110. Souveraineté-puissance et souveraineté-participation.** La Souveraineté de l'État français n'a plus tant pour objet, comme dans les premiers siècles de son développement, d'affirmer l'indépendance de l'État et de son organisation. Face à l'interpénétration des économies, des cultures, des populations, ce serait assez vain, voire un aveuglement dangereux. Cependant, le changement de paradigme ainsi opéré n'est pas radical. Cela fait longtemps que l'on dénonce et critique la confusion qui règne au sein des emplois du terme de Souveraineté<sup>292</sup>. Notion autant politique que juridique<sup>293</sup>, elle permet tout à la fois de magnifier l'État en le portant au faite des personnalités juridiques et politiques, de déterminer quel est le détenteur de la puissance politique et, sur le plan international, d'affirmer une

la chose vaut aussi pour le droit de l'arbitrage commercial international, même s'il faudrait d'abord commencer par abroger les réformes libérales de ces dernières décennies avant de se retirer de la Convention de New York de 1958. L'arbitrage est l'un des rares domaines dans lequel le droit français s'exporte bien, certains auteurs n'hésitent pas à évoquer le fait qu'en revenir à un droit plus rigoureux entamerait substantiellement la valeur financière de l'activité de conseil sur Paris et ses dérivés. *Adde.*, le rapport Prada du 19 avril 2011 sur lequel C. NOURISSAT, « Petit manuel de séduction juridique à l'usage des affaires internationales », *JCP* 2011, 541.

<sup>289</sup> Art. 6§2 TUE : « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », un article issu du Traité de Lisbonne, v. C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5<sup>ème</sup> éd., Litec 2013, n° 161s.

<sup>290</sup> Même s'il existe depuis le Traité de Lisbonne une procédure pour le faire, article 50 du Traité sur l'Union européenne.

<sup>291</sup> V. ainsi J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, 3<sup>ème</sup> éd. 2008, spéc. p. 32s. ; J.-B. AUBY, *op. cit.*, spéc. p. 135s. Sur les définitions de la souveraineté, v. J. Salmon, (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant 2001 et notamment « A. Notion qui, dans l'ordre interne, exprime la puissance suprême (*suprema potestas*) de gouverner, de commander et de décider et qui, liée à l'apparition de l'Etat moderne, est inséparable de celui-ci », « C. Aptitude légale de l'Etat, pleine et entière, qui lui permet, du moins potentiellement, d'exercer tous les droits que l'ordre juridique international connaît, et en particulier la faculté de décider, d'accomplir un acte, de poser des règles ». Comp. J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-nation et le droit international privé*, LGDJ 2011, qui relève que, dans l'édition de norme, l'Etat est à la fois concurrencé par des sources non étatiques, contrôlé par un droit supranational et influencé par la concurrence et la circulation des modèles juridiques. Si le constat est d'importance, il nous semble trop ouvert pour le droit de la compétence internationale, qui met encore en jeu, aux côtés d'organes anationaux, des juridictions étatiques. En ce domaine, dès lors, le paradigme de la participation est bien plus profitable, et par ailleurs plus proche de l'activité de production des normes, laquelle, même si elle est imposée par une certaine concurrence ou état de fait international, relève encore directement ou indirectement, par cette même reconnaissance, de l'Etat.

<sup>292</sup> V. déjà CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris 1920, t. I, p. 70.

<sup>293</sup> O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », in *La compétence, Travaux de l'AFDA*, Litec 2010, p. 5.

égalité, une liberté internationale et une capacité à s'engager. Ainsi comprise comme le synonyme de pouvoir absolu, la notion de Souveraineté s'oppose à toute idée de droit. Cependant, une fois débarrassé de l'illusion de cette *souveraineté-puissance*<sup>294</sup>, il apparaît au contraire que, dans l'espace international du moins, l'État possède une *souveraineté-liberté*, celle-là même qui lui permet justement de participer à des débats et de se lier vis-à-vis d'autres États, voire de créer des personnes juridiques qui le transcendent<sup>295</sup>. Le droit n'existe après tout que pour l'organisation des rapports entre les personnes. Concevoir l'État comme une personne juridique, c'est donc nécessairement penser la Souveraineté comme une capacité à vouloir, et notamment à vouloir s'engager. En ce sens, les observations que nous venons de faire sur la participation de l'État à de nombreux textes internationaux, voire le soutien apporté à des institutions comme l'arbitrage, ne forment que l'aspect juridictionnel d'une évolution logique de l'usage de ce pouvoir, usage d'autant plus logique si l'on veut placer la justice au cœur des prérogatives souveraines<sup>296</sup>. La question de savoir, ensuite, s'il y a simple usage, dilution ou bien perte de souveraineté apparaît alors secondaire<sup>297</sup>.

**111. Souveraineté et pluralisme.** En tout état de cause, il convient donc de prendre acte de ce renversement de perspective : le principe appelé « Souveraineté » ne s'épuise pas dans l'affirmation de l'autonomie, de l'interdiction pour les États de s'ingérer dans l'organisation d'un autre. Il n'empêche pas, bien au contraire, de reconnaître le partage des compétences, c'est-à-dire l'engagement de l'État dans des compétences partagées, déléguées, voire abandonnées (sous réserve de dénonciation). La Souveraineté n'implique pas que l'État, ou l'ordre juridique, soit autonome et exclusif. Elle sert au contraire à ce dernier, dans un univers pluraliste, à devenir un État participatif<sup>298</sup>. Comme on a déjà pu le faire remarquer, « [f]ace à

<sup>294</sup> Le terme est de CARRE de MALBERG, *op. cit.*, p. 69s. : « La souveraineté se présente donc, à titre principal, comme une notion absolue, insusceptible de limitation ou de transfert, et distincte, par conséquent, de la compétence qui est, pour sa part, une notion relative, susceptible, au contraire, de variations dans l'espace ou dans le temps. C'est en ce sens que la souveraineté-puissance est comprise, de façon originare, comme la compétence de la compétence, au titre de la souveraineté de l'Etat. On parlera ci-après de souveraineté de compétences pour souligner la capacité où l'Etat se trouve de déterminer sa propre compétence et donc de déterminer la compétence des autres institutions publiques qu'il crée dans l'Etat (souveraineté interne de compétences) ou en dehors de l'Etat (souveraineté externe de compétences) ».

<sup>295</sup> Le terme est de J. COMBACAU selon lequel la Souveraineté ne serait « pas une puissance, [mais] une liberté », *Pouvoirs* 1993, n° 67, p. 47, c'est-à-dire la liberté de s'engager. *Adde.* J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien 10<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 254s.

<sup>296</sup> J. VERHOEVEN, « Souveraineté et mondialisation : libre propos », in *La mondialisation du droit*, E. Loquin et C. KESSEDJIAN (dir.), Litec 2000, p. 43. Mais on peut déjà voir ce paradigme dans l'affirmation de la Cour Permanente de Justice dans l'affaire du Vapeur Wimbledon, v. *supra* note 286.

<sup>297</sup> Comp. le concept « d'Etat ouvert » (*offener Staat*), présenté en langue française dans le cours d'E. LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI* 2011, t. 356, p. 239. Ce concept, tiré de la doctrine constitutionnelle allemande, désigne « [l']Etat dans lequel sont garantis ensemble la soumission au droit international et les principes de l'Etat de droit » (p. 297). Sans aller jusqu'à en tirer une obligation de soumission totale de l'ordre juridique interne à l'ordre juridique international, Mme LAGRANGE y voit un « Etat qui, révisant ses modes d'évaluation et de défense de ses intérêts, adopte une attitude favorable au droit international dont une manifestation est le principe d'interprétation conforme des normes internes par rapport aux normes internationales, [un] Etat qui entend les raisons de droit international invoquées par ses pairs, [un] Etat qui présume en somme que le développement et l'observation des normes internationales sont conformes à ses intérêts et qu'il doit s'y plier comme à ses propres lois » (p. 301, nous soulignons).

<sup>298</sup> V. aussi sur ce point (quoique très extrême), H. MUIR WATT, « La régulation des services judiciaires, Concurrence interjuridictionnelle et mobilité des juges : vers des *riding circuits* ? », in *Conflit de lois et régulation économique*, M. Audit, H. Muir Watt, E. Pataut, LGDJ 2008, p. 231 qui

*l'interpénétration de plus en plus poussée des différentes composantes de la société internationale, ce qui devient essentiel pour un État souverain n'est pas tant d'affirmer ses compétences par un exercice solitaire et conditionné de celles-ci mais au contraire de compter dans la définition de l'ordre international qui, de toute manière, régira ses relations avec l'extérieur et qui s'imposera à lui* »<sup>299</sup>.

112. **Conclusion.** La souveraineté, ou du moins l'usage de celle-ci, s'est pour partie transportée dans le pouvoir de choisir les systèmes, organiques et normatifs, auquel l'État participe. En termes de droit international privé de la compétence, cette évolution marque le passage d'une analyse unilatéraliste dans lequel l'État est à la source de la juridictionnalité, à une analyse véritablement pluraliste, dans laquelle le rôle premier de l'État est de déterminer quels systèmes, et quelles juridictions, il reconnaît. Ainsi, la compétence internationale, si tant est qu'on en doutait encore, est moins affaire de choix des hypothèses d'activité des *juridictions étatiques* qu'elle n'est organisation de l'activité des organes *reconnus par l'État*<sup>300</sup>.

## Paragraphe 2) L'ÉTAT RECONNAISSANT

113. **L'État comme référentiel principal.** Dans un univers pluraliste, il reste nécessaire de se fixer un point de référence. Le choix de l'ordre juridique national s'imposait dès l'instant que l'on s'attachait à étudier les juridictions comme des organes juridiques et non simplement des acteurs particuliers des activités humaines<sup>301</sup>. Il n'a pas à surprendre. La première partie de cette section insistait sur

---

affirme ainsi que l'Etat « troque la maîtrise de son territoire contre une place au sein des réseaux d'influence et de production des normes internationales » ; A.-M. SLAUGHTER, « The real New World Order », *Foreign Affairs* sept-oct. 1997, p. 183 ; O. SCHACHTER, *The Decline of the Nation-State and its implications for international law*, 36 *Colum. J. Transnat'l. L.* 7; K. RAUSTIALA, *The architecture of International Cooperation, Transgovernmental Networks and the Future of International Law*, 43 *Va J. Int. L.* 1 ; S. SASSEN, *Losing control ? Sovereignty in the Age of Globalization*, Colum. Uni. Press 1996. Sur la discussion de sciences politiques, v. encore B. BADIE, *Un monde sans souveraineté, les Etats entre ruse et responsabilité*, Fayard 1999. Plus modéré, v. J. AGNEW, *Globalization and Sovereignty*, Rowman and Littlefield 2009.

<sup>299</sup> G. BURDEAU, « L'exercice des compétences monétaires par les Etats », *RCADI* 1988-V, t. 212, p. 211, spéc. p. 226. V. aussi M. MOHAMED MAHMOUD, « Mondialisation et Souveraineté de l'Etat », *JDI* 1996, p. 650, reprod. in *Un siècle d'étude de droit international, Choix d'articles parus au Clunet (1874-2000)*, Litec 2006, p. 557. V. encore, plus généralement, J. BASEDOW, « The law of open societies – private ordering and public regulation of international regulations », *RCADI* 2012, t. 360, p. 9.

<sup>300</sup> Sur l'idée de la reconnaissance des tribunaux arbitraux, Ch. SERAGLINI, *Lois de police et arbitrage*, Dalloz 2001, p. 53. Comp. Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, p.430 : « En droit interne, l'activité des tribunaux relève tout autant qu'en droit international de ce pouvoir de juger qui est un attribut de la souveraineté. Et les règles de compétence s'en distinguent, qui ont pour objet de déterminer, parmi tous les tribunaux investis les uns et les autres de ce pouvoir juridictionnel, celui à qui reviendra de trancher le litige. Cette désignation n'aboutit pas pour autant à nier le pouvoir juridictionnel des autres tribunaux, pas plus que la compétence d'un tribunal français n'altère la fonction de juger qu'un tribunal étranger tient du souverain qui l'institue. En présence d'un litige international, il faut rechercher – c'est l'objet de la règle de compétence – s'il peut être tranché par un tribunal français : conflit de juges et non seulement conflit d'activités, pour reprendre la formule de Chiovenda, puisque les juges appartiennent à des Etats différents. En assurant la mise en œuvre du pouvoir de juridiction au moyen des règles de compétence, on admet par là l'existence de ce pouvoir », nous soulignons.

<sup>301</sup> Il faut par ailleurs écarter la tentation d'établir une notion abstraite de la juridiction. Cela exigerait en effet de se fonder sur un objectif, comme on peut en trouver en droit interne : garantir l'accès à

l'absence de monopole de l'État pour l'investiture des juridictions. Il faut cependant reconnaître qu'en tant qu'ordre juridique le plus efficient et le plus riche en juridictions que nous connaissons, il est le mieux à même de décider quels organes disposent d'un caractère juridictionnel<sup>302</sup>. Quelle que soit la valeur accordée aux autres ordres juridiques, leurs organes juridictionnels sont en effet tous *reconnus* par l'ordre juridique étatique. Pour ne reprendre que les exemples les plus connus, les tribunaux arbitraux du commerce international et des investissements internationaux, le Tribunal arbitral du sport ou encore la Cour de Justice de l'Union Européenne, s'ils sont respectivement considérés comme les juridictions des ordres juridiques de la *lex mercatoria*, de la *lex sportiva* et de l'ordre juridique européen, sont aussi insérés dans une toile de règles et de relations dont les fils se dénouent aussi au sein de l'ordre juridique national<sup>303</sup>.

**114. Rejet des autres référentiels possibles.** On pourrait aussi, il est vrai, partir d'un de ces autres ordres juridiques. Certaines affaires, par exemple, donnent à voir que les tribunaux arbitraux tiennent compte, voire doivent tenir compte de l'activité et de la compétence des autres. Le débat sur le rapport entre l'arbitrage et le Règlement Bruxelles I, par exemple<sup>304</sup>, démontre que si les deux types d'organe, arbitre et juge, sont en concours, la prééminence d'un système sur l'autre n'a pas encore de solution définitive. Pour prendre un autre exemple, *l'affaire de l'usine Mox* mit aux prises quatre juridictions dont trois juridictions arbitrales en parallèle. La Cour de Justice des Communautés Européennes réussit à y mettre fin en affirmant son monopole pour ce qui a trait à la détermination des compétences des États au

---

des organes indépendants et impartiaux, ne considérer que les organes capables de rendre, dans leur ordre juridique, des décisions finales et obligatoires, rechercher tous les organes à même de trancher un point de droit de manière internationalement efficace, etc. De telles recherches, bien qu'elles ne paraissent pas impossibles, seraient contre-productives. C'est en effet au regard de la notion de compétence internationale que la question se pose, notion qui évoque des rapports entre plusieurs juridictions. Saisir la juridiction comme un idéal ferait fi de cette cohabitation concrète des organes qui ont au contraire tendance, malgré leurs divergences, à être en rapport. Il faut donc renoncer à rechercher les caractéristiques abstraites d'une notion internationale de la juridiction et rechercher un point de vue concret utile. Parmi les référentiels « concret », on doit évidemment renoncer à disposer d'un point de vue concret et mondial. Aucune organisation mondiale ou à vocation internationale n'a véritablement proposé une notion efficiente de la juridiction. Même les diverses organisations régionales, en particulier européennes, qui développent leur propre notion de la juridictionnalité le font au regard d'objectifs très précis qui ne peuvent non plus, seuls, nous servir de guide (par exemple l'article 267 TFUE sur le recours préjudiciel des « juridictions des Etats-membres »). On pourrait alors tenter, à l'extrême opposé, de déterminer une juridictionnalité conforme aux besoins des parties dans chaque espèce. La proposition aurait le mérite de maintenir la cohérence de l'analyse. Le caractère international de la compétence est en premier lieu perçu par tous les acteurs et en particulier les parties. Ici cependant, il faut renoncer à suivre cette piste. Outre que cela reviendrait à rechercher un idéal de la juridiction par un autre biais, ce n'est pas l'attente des parties, ou du corps social, qui pose le problème de la juridictionnalité. Les juges ne sont juges que parce qu'ils ont été investis comme tels. En bref, le problème de la juridictionnalité relève de l'ordre du droit. Comme en matière de conflit de lois, il nous faut donc certainement nous fonder sur l'ordre juridique, et en particulier l'ordre juridique étatique.

<sup>302</sup> V. aussi, à ce sujet, la critique de « scientisme » adressée aux auteurs qui recherchent dans la globalisation une transcendance du droit, D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 23-1.

<sup>303</sup> Comp., sur un raisonnement approchant pour l'ensemble des règles internationales affectant les personnes privées, E. LAGRANGE, *op. cit.*, spéc. p. 294, qui critique notamment la présentation, du professeur américain A.-M. SLAUGHTER, « International Law in a World of Liberal States », *Europ. J. Int. L.* n° 4, 1995, p. 503 et *A New World Order*, Princeton Uni. Press 2004 et l'article cité *supra*, note 298.

<sup>304</sup> V. *infra*, n°726s.



sein de l'UE. Cependant, la conclusion était plus pratique que théorique : la décision des autres tribunaux arbitraux de clore leurs instances était plus d'opportunité que d'obligation<sup>305</sup>. Ainsi, aucun ordre ou espace juridique n'a disposé autant que l'État de l'expérience et des ressources nécessaires à l'identification d'organes juridictionnels et à l'articulation de leur activité. Les règles de compétence juridictionnelles les plus intéressantes, les plus affinées et les plus riches seront donc inmanquablement identifiées au sein de l'ordre juridique étatique, quoique les juridictions qu'elles visent n'en soient pas toujours issues, mais seulement reconnues.

- 115. L'UE, futur référentiel européen ?** Il ne faut pas sous-estimer la vitesse des changements. L'Union européenne commence à centraliser l'ensemble des leviers d'action en la matière, concentrant progressivement les pouvoirs de création et de participation aux systèmes mentionnés plus haut. L'espace judiciaire européen, s'il n'est encore principalement qu'un agrégat de textes, occupe de plus en plus l'ensemble du domaine processuel international pour ses États-membres : droit « commun » de la compétence du Règlement Bruxelles I, droits spéciaux de la compétence en matière matrimoniale, d'insolvabilité, droit de la procédure et de la reconnaissance en matière de petits litiges, de mandats d'arrêts, sans compter les droits unifiés des marques, de la concurrence, bientôt des brevets<sup>306</sup>... Le travail unificateur de la Cour de Justice de l'Union Européenne y est pour beaucoup<sup>307</sup>. Par ailleurs, la compétence interne amenant, dans la logique de plusieurs décisions de la Cour de Justice, la compétence externe, l'Union se veut maintenant compétente pour l'adhésion aux conventions internationales portant sur le droit de la compétence internationale<sup>308</sup>. Elle pourrait ainsi, au terme du processus de

<sup>305</sup> CJCE 30 mai 2006, Aff. C-459/3, Rec. 2006, p. 4635. V. notamment pt. 177 (« *Le fait de soumettre un différend de cette nature à une juridiction telle que le Tribunal arbitral comporte le risque qu'une juridiction autre que la Cour se prononce sur la portée d'obligations s'imposant aux États membres en vertu du droit communautaire* »). Sur cette affaire, v. S. MALJEAN-DUBOIS et J.-Ch. MARTIN, « L'affaire de l'usine Mox devant les tribunaux internationaux », *JDI* 2007, p. 437.

<sup>306</sup> V. encore l'énumération de l'article 81 TFUE : « 2. Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, des mesures visant à assurer: a) la reconnaissance mutuelle entre les États membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires, et leur exécution; b) la signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires; c) la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence; d) la coopération en matière d'obtention des preuves; e) un accès effectif à la justice; f) l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres; g) le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges; h) un soutien à la formation des magistrats et des personnels de justice ».

<sup>307</sup> V. par ex. la décision *DHL Express* du 12 avril 2011, Aff. C-235/09, *Europe* 2011, comm. 228 par L. Idot : une injonction interdisant de poursuivre la contrefaçon d'une marque communautaire délivrée par une juridiction des marques communautaires (v. supra n° 199s.) couvre la totalité du territoire de l'Union et n'est pas réduite au seul territoire de l'État qui l'a investie.

<sup>308</sup> V. en particulier l'arrêt *AETR* de la CJCE du 31 mars 1971, Aff. 22/70, Rec. p. 263 et les avis 2/91 du 19 mars 1993, Rec. p. I-1061 et 1/03 du 7 juillet 2006, Rec. I-01145. Sur ce dernier, v. l'inquiétude de H. GAUDEMET-TALLON, « Quelques réflexions à propos de trois arrêts récents de la Cour de cassation française sur l'art. 5-1 et de l'avis 1/03 de la Cour de justice des Communautés sur les compétences externes des Communautés », in *la Convention de Lugano, Passé, présent et devenir*, Schultess 2007, p. 97, spéc. p. 102s. Mme GAUDEMET-TALLON y fait en effet remarquer que les deux conditions employées par la Cour pour énoncer une règle abstraite de détermination de la compétence exclusive des Communautés reposent sur deux conditions particulièrement restrictives : l'absence à la fois d'une affectation du marché intérieur et de l'intervention des Communautés dans le domaine concerné. De ce point de vue, la Décision du Conseil n° 2009/397 (CE) approuvant la Convention de la Haye du 30 juin 2005 sur les accords

fédéralisation en cours dans ce domaine<sup>309</sup>, acquérir une compétence exclusive globale pour tout le droit international privé, et devenir pour le juriste français le nouveau point de référence<sup>310</sup>.

**116. Conclusion.** L'État français, dans ses différentes composantes, s'est très largement investi dans la participation à des instances supranationales et des coopérations internationales. Il a même choisi de développer le droit de l'arbitrage, tant par l'adhésion à des conventions internationales que par des solutions internes. D'aucuns pourraient y voir une atteinte à la Souveraineté ; ils auraient tort. Le chapitre précédent avait suffisamment montré qu'aucune branche du droit public ne faisait d'une maîtrise totale de la justice une condition d'existence de l'État. Il n'y a donc pas de violation de la Souveraineté à déléguer partiellement son exercice et sa maîtrise à des institutions supranationales ou étrangères. De tels engagements montrent au contraire que l'État français a usé de sa liberté d'État pour peser sur le développement d'une certaine justice internationale de droit privé économique. Tant que l'État conserve une part d'autonomie dans l'administration de la compétence internationale, les raisons qui poussent à le considérer comme référentiel se maintiennent toutefois. Il dispose de l'ordre juridique le plus complet pour observer le développement de cette justice plurale. D'ailleurs, si le droit européen est en passe de couvrir la majeure partie du droit de la compétence<sup>311</sup>, c'est bien par le consentement particulier de l'État. Cette « souveraineté-participation » reste donc encore la sienne<sup>312</sup>.

## Section 2 : LES MOYENS DE LA RECONNAISSANCE DU CARACTERE JURIDICTIONNEL

**117. Conséquence du choix de l'État comme référentiel.** Le caractère juridictionnel procède ainsi d'une reconnaissance. Il faut maintenant en trouver la technique. On pourrait penser à la qualification, méthode classique du droit des conflits de lois et hésiter entre qualification du for, dite *lege fori*, fondée sur les conceptions juridiques du droit français, et la qualification *lex causae*, qui serait ici celle donnée, le cas

---

d'élection de for, affirmant que la Communauté possède en ce domaine une compétence exclusive, est topique.

<sup>309</sup> J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica 2010.

<sup>310</sup> V. P. de VAREILLES SOMMIERES, « La compétence internationale de l'espace judiciaire européen », in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008 p. 397.

<sup>311</sup> L'ensemble du droit européen de la compétence est maintenant sous la forme de règlements, ce qui implique que la seule adhésion de l'Etat à l'Union emporte participation à tous. L'affirmation ne vaut toutefois que pour les règlements généraux, et non ceux qui mettent en œuvre une coopération renforcée, comme c'est le cas des règlements Rome III et IV sur le divorce et les successions ou comme l'ensemble de textes relatifs au brevet unifié.

<sup>312</sup> V. la démonstration de J. HEYMANN, *op. cit.*, n° 133s., sur une compétence limitée de l'Union.

échéant, par l'ordre juridique d'origine de l'organe<sup>313</sup>. Encore faudrait-il pouvoir s'assurer que cette opération est libre. Or, en choisissant l'État comme référentiel de cette « qualification », nous n'avons pas seulement choisi un ordre juridique à même de fournir des normes et des qualifications juridiques de référence, mais aussi un sujet de droit international public, lui-même soumis à certaines obligations. En particulier, il faut constater que l'État est, directement ou en conséquence de certains actes, contraint d'admettre le caractère juridictionnel de ses pairs, les États étrangers. Ce n'est qu'à défaut d'une telle obligation internationale que celui-ci sera libre d'admettre au sein de la concurrence juridictionnelle internationale le jeu de certains organes, ou de les occulter (§1). En outre, si reconnaître à un organe un caractère juridictionnel nécessite de se référer à certains critères, cette qualité ne saurait résulter d'une qualification directe au sens des règles de conflit de lois. Une juridiction n'est pas un simple fait auquel attacher des effets juridiques : c'est un organe. Et, lorsque cet organe ne relève pas du for, l'intérêt de déterminer s'il est ou non une juridiction tient à ce qu'il va être reconnu comme un concurrent des autres juridictions, par son activité et au vu du résultat de son activité, ce qui appellera une organisation ou du moins une coordination. Pour déterminer quelles juridictions l'ordre juridique français reconnaît comme participant de la justice du commerce international, il convient donc de s'appuyer sur les règles relatives à cette activité. Et en cette matière, s'il n'y a pas de règles de droit public imposant formellement la reconnaissance, il n'y a sans doute paradoxalement meilleur choix que les règles de compétence elles-mêmes (§2).

## **Paragraphe 1) OBLIGATION OU LIBERTÉ DE RECONNAÎTRE EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC**

118. En tant que sujet de droit international public, l'État dispose à la fois d'une grande liberté et d'obligations importantes. La première ressort de sa qualité de sujet, les secondes de l'existence d'autres sujets. Cependant, l'État est une personne morale dont la réalité est parfois difficile à déterminer. Dès l'instant où sa réalité est suffisante pour que sa reconnaissance s'impose à ses pairs, toutefois, celle de ses juridictions doit suivre, du moins celles qui présentent une certaine fongibilité avec

---

<sup>313</sup> Sur le sujet, D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 380s. V. aussi B. ANCEL, « L'objet de la qualification », *RCDIP* 1980, p. 277 ; F. RIGAUX, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Larcier 1956. Plus récemment, B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé*, thèse Paris II 2008, spéc. p. 39s. La théorie des conflits de lois nous a offert une option à deux branches. La première, initialement défendue en France par BARTIN, suit logiquement le programme de l'auteur : elle correspond à l'extension, pour la perception des institutions étrangères, des conceptions du droit interne national (Il avait été précédé en Allemagne par F. KAHN. Sur la polémique de la spontanéité de la découverte de BARTIN, v. D. BODEN, *L'ordre public : conditions et limites de la tolérance, Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris I, 2002, n° 490). Une seconde, défendue en particulier par l'anglais WOLFF (*Private international law*, Oxford Uni. Press 1945, n° 138 et p. 146s., spéc. n° 144 et p. 155s.) préfère au contraire accorder de l'importance à la qualification donnée à l'institution étrangère par son propre droit. La première, qualifiée de *lege fori* car elle émanait des conceptions du droit du for, a rapidement été préférée à la seconde, la qualification selon la loi en cause, ou qualification *lege causae* (Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juin 1955, *Caraslanis, Grands Arrêts* n° 27). En matière de conflits de lois, cette solution s'explique aisément par les réussites conjointes du normativisme, du particularisme et du bilatéralisme dans la doctrine et la jurisprudence.

les juridictions des États reconnaissants (I). Pour toutes les autres, la reconnaissance est libre en droit, même si elle peut s'imposer en fait (II).

## I) La reconnaissance imposée

119. **Introduction.** Une règle de droit international public, confortée par l'acte de reconnaissance d'un État étranger, oblige l'État reconnaissant à tout le moins un gouvernement étranger à reconnaître par voie de conséquence les éléments de son organisation, et donc notamment son système juridictionnel. La portée de cette conséquence de droit international public est cependant limitée.
120. **Effet de la reconnaissance d'un État ou d'un gouvernement.** La constante référence à l'État et à sa souveraineté dans la littérature juridique aurait pu à elle seule apporter une limitation au postulat judiciaire<sup>314</sup>. La naissance d'un État nécessite en effet la caractérisation de plusieurs éléments : territoire, population et gouvernement entre autres<sup>315</sup>. Le contenu de ce dernier critère, en particulier, est assez flou en doctrine. Il a cependant été considéré comme englobant un certain nombre de juridictions, à la fois pour assurer l'existence d'un pouvoir étatique et l'assurance d'un certain État de droit<sup>316</sup>. Dès lors qu'un État est reconnu comme tel par un autre, surtout dès lors qu'un gouvernement est reconnu par un État étranger, l'État reconnaissant a ainsi l'*obligation* consécutive de reconnaître comme juridiction les organes que l'État reconnu qualifie comme tels<sup>317</sup>.
121. **Débats doctrinaux.** Le principe relève de la notion d'opposabilité. Dès l'instant qu'un État est reconnu par un autre, l'existence même de l'État et de ses caractères constitutifs s'impose sans conteste au reconnaissant<sup>318</sup>. Il est vrai que la portée de la reconnaissance est débattue dans la doctrine de droit international public, de sorte que certains doutent que la reconnaissance soit nécessaire pour qu'un État devienne tel aux yeux de ses pairs. Cependant, même si l'on peut discuter de la mesure dans laquelle l'existence *objective* de l'État, avant toute reconnaissance, n'entraîne pas déjà l'obligation pour les autres États de reconnaître l'existence de leurs normes et organes, l'existence *subjective* de l'État reconnu aux yeux de l'État reconnaissant assure en tout état de cause ces mêmes obligations.

---

<sup>314</sup> Ce dernier a été évoqué *supra*, n° 31s.

<sup>315</sup> J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 10<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2012, p. 274s.

<sup>316</sup> V. par exemple J. COMBACAU et S. SUR, *op. cit.*, p. 291s.

<sup>317</sup> En ce sens la Résolution de l'Institut de Droit international du 23 avr. 1936 sur la reconnaissance des nouveaux États et des nouveaux gouvernements, art. 8 : « la reconnaissance d'un État implique, éventuellement dans les limites fixées dans l'acte, la reconnaissance de la compétence des autorités administratives, judiciaires ou autres de l'État nouveau, suivant les règles du droit international », Institut de Droit International, *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, Ed. jur. et socio. 1957, p. 12.

<sup>318</sup> J. COMBACAU et S. SUR, *ibid.* V. aussi, bien que l'argument de la violation de la séparation des pouvoirs entre l'exécutif (habilité à reconnaître l'État étranger) et le judiciaire (qui reçoit loi et décision étrangères) ne nous semble pas sans critique, H. BATIFFOL, « Points de contact entre le droit international privé et le droit international public », *Mélanges Yanguas Messia, Rev. esp. der. int.* 1972, p. 77, spéc. p. 81. Plus critique, J. VERHOEVEN propose de voir dans cette obligation la simple conséquence du caractère très effectif de l'État et spécialement du gouvernement ainsi désigné, J. VERHOEVEN, « Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un État, d'un gouvernement ou d'une situation », *RCADI* 1985-III, vol. 192, p. 9, spéc. p. 179s. et 188s.

122. **Portée de la reconnaissance.** Il faut en conséquence considérer ce point. Le droit international public impose aux États de reconnaître les organes constitutifs de tout État qu'il reconnaît, les juridictions en faisant partie. Il est plus délicat de discuter de la portée de cette obligation de reconnaissance des organes juridictionnels de l'État. S'agit-il de tout organe que l'État reconnu se plaît à qualifier de juridiction<sup>319</sup>, ou bien simplement de ceux que le droit international, dans une acception vague mais limitée, exige pour attribuer la qualité d'État ?
123. **Portée territoriale.** Si l'ordre juridictionnel d'un État ne se confond pas avec son territoire<sup>320</sup>, il est raisonnable de penser que l'obligation de reconnaissance ici étudiée ne vaut que pour les juridictions qui participent d'un gouvernement de ce territoire. S'il est de nombreux exemples, dans le passé, de juridictions nationales délocalisées sur un territoire étranger, ce fut essentiellement le fait de traités entre États qui autorisaient les nationaux de l'un à bénéficier de leur propre juridiction sur le territoire de l'autre<sup>321</sup>. Les diverses propositions élaborées sur l'idée où l'éventualité de la mise en place d'une véritable concurrence juridictionnelle de juridictions étatiques<sup>322</sup>, en particulier de juridictions itinérantes amenées à se déplacer à l'étranger<sup>323</sup>, ne sauraient sinon prospérer, du moins bénéficier de cette reconnaissance automatique<sup>324</sup>.

---

<sup>319</sup> V. NIBOYET, intervenant sur la question de la loi applicable : « L'idée qui nous paraît essentielle et que commandent les principes est qu'il convient seulement de se demander quelle est la valeur de la loi ou de la décision administrative là où elles interviennent. Il n'y a là aucune question internationale, mais un simple point de droit constitutionnel étranger. C'est donc à la seule lumière des règles de droit public de ce pays que notre question doit être examinée sans l'embrouiller par des considérations de droit international, tirée des principes de droit des gens », *Traité*, t. III, n° 983.

<sup>320</sup> P. MAYER et V. HEUZE, n° 277.

<sup>321</sup> Sur les capitulations, v. *supra* note n° 249.

<sup>322</sup> En particulier les propositions des professeurs J. DAMMANN et H. HANSMANN, « A global market for judicial services », *RIDC* 1998, p. 421 ; *Globalizing commercial litigation*, 94 *Cornell L. Rev.* 1, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1113217>. V. aussi D. R. STRAS, *Why Supreme Court Justices should ride circuits again*, 91 *Minn. L. Rev.* 1710.

<sup>323</sup> H. MUIR WATT, « La régulation des services judiciaires en Europe, Concurrence interjuridictionnelle et mobilité des juges : vers des *riding circuits* ? », in *Conflits de lois et régulation économique*, M. Audit, H. Muir Watt et E. Pataut (dir.), *LGDJ* 2008, p. 231.

<sup>324</sup> La question du caractère réalisable de cette proposition est tout autre. *De lege feranda*, on a vu que le monopole de l'investiture juridictionnelle est plus une ancienne ambition de l'institution étatique qu'une donnée constante du droit positif. Le droit constitutionnel, en cet état des choses, ne devrait donc pas empêcher l'État français de reconnaître des juridictions étrangères sur son territoire, de la même manière qu'il reconnaît aux consuls des fonctions d'officiers publics étrangers (J. COMBACAU et S. SUR, *op. cit.*, p. 359).

A défaut, cependant, il reste que les juridictions nationales sont toujours instituées par l'État, et prononce toujours leurs décisions au nom de cet État. Si des exigences diverses ont pu nuancer la capacité de l'État à influencer sur leur activité, notamment quant à leur compétence internationale, cela ne remet pas en cause le lien entre l'État et ses juridictions, un lien qui relève de la compétence internationale de l'État. Cette compétence étatique, expression de la souveraineté, trouve bien évidemment sa meilleure assise sur le territoire de l'État. Dès lors, l'idée de l'activité juridictionnelle d'organes étatiques sur un territoire étranger mettrait aux prises deux souverainetés, celle des organes exerçant une activité organisée par une sur un territoire dominé par une autre. Il n'est pas certain qu'une telle activité provoquerait une réclamation de la part de l'État. Sur le plan des principes, toutefois, il y a lieu de classer l'activité juridictionnelle avec les activités de police dont l'exercice en territoire étranger est interdit par le droit international public positif (J. COMBACAU et S. SUR, *op. cit.*, p. 358). Ainsi l'affirmation de l'arbitre unique, M. HUBER, dans l'*Affaire de l'Île de Palmas* : « La souveraineté, dans les relations entre États, signifie l'indépendance. L'indépendance, relativement à une partie du globe, est le droit d'y exercer, à l'exclusion de tout autre État, les fonctions étatiques. Le développement de l'organisation internationale des États durant les derniers siècles et, comme corollaire, le développement du droit international ont établi le principe de la compétence exclusive de l'État en ce qui concerne son propre territoire, de manière à en faire le point de départ du règlement de la plupart des questions qui touchent aux

124. **Portée qualitative.** Quant au type de juridiction que cette obligation concerne, un peu de réalisme s'impose. Le droit international public a pour fonction originelle de régir des relations entre des États en tant que sujets de droit, non en tant qu'ordres juridiques. S'il s'est depuis amplement développé, notamment pour exiger certaines garanties de protection des individus, il est peu probable que l'on puisse cependant l'interpréter pour en déduire l'opposabilité de son organisation juridictionnelle tout entière, en particulier lorsqu'elle emprunte des formes inconnues à l'étranger. Ainsi, bien que leur modèle a influé ensuite sur les autorités administratives indépendantes en France, certaines autorités scandinaves comme le *kronofogdemyndighet*, sorte d'autorité administrative suédoise aux pouvoirs juridictionnels<sup>325</sup>, n'auraient pas nécessairement à être reconnues. Pour ce type de juridictions « exotiques », et plus généralement les juridictions qui ne participent pas de l'essence même de l'État, il faudra se tourner vers l'autre reconnaissance, la reconnaissance libre.
125. **Portée limitée.** Les conséquences de la reconnaissance de droit international public sont cependant limitées. Il est traditionnel d'affirmer que la première condition, souvent passée sous silence, pour la reconnaissance d'une décision étrangère est qu'elle émane d'une souveraineté étrangère<sup>326</sup>. Peu souvent évoqué, ce principe peut-être tiré d'un arrêt *Staudé*, de 1934, dans lequel le juge français a refusé de reconnaître une sentence rendue en 1920 par un ancien juge consulaire russe qui prétendait continuer de rendre la justice au nom du Tsar<sup>327</sup>. De même,

---

*rapports internationaux.*» (Sentence du 4 avril 1928, *Rec. des sentences arbitrales*, vol. II, 1928, p. 838). Dès lors, seules des conventions internationales spéciales permettraient d'établir, semble-t-il, des juridictions nationales sur un territoire étranger, v. l'affaire du *Lockerbie*, Résolution du Conseil de Sécurité des N.U. 1192 (1998), spéc. §4.

<sup>325</sup> Sur ce dernier, v. *infra*, n° 129.

<sup>326</sup> Il faut bien voir cependant qu'il s'agit là d'une question d'imputation, pas de juridictionnalité : la question de la réception dans le droit français de jugements étrangers n'implique pas la recherche de la qualité de jugement, et donc l'organe qui l'a rendu de juridictionnel, il faut mais il suffit qu'il s'agisse d'une décision étrangère (c'est-à-dire une norme concrète, catégorique et non permanente - P. MAYER, *La distinction des règles et des décisions en droit international privé*, Dalloz 1973, p. 51 - ce à quoi il faut certainement ajouter individuelle et issu d'une souveraineté étrangère, D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 234).

<sup>327</sup> Au regard de cette affaire, c'est surtout l'expression commune selon laquelle « les perdants ont toujours tort » qui vient à l'esprit. Les juridictions relevant d'un gouvernement renversé sont dans une situation intermédiaire, le réflexe des autres États étant parfois de tempérer le temps que la situation se stabilise. Ainsi le jugement rendu le 6 décembre 1934 par le Tribunal civil de la Seine dans l'affaire *Staudé* (*JDI* 1935, p. 106, conclusion Gavalda, note P.T). Les conclusions du substitut GAVALDA sont éclairantes sur les faits.

La Russie en révolution et les russes blancs affluant par milliers à Constantinople (150 000, d'après le Ministère public), les Alliés, forces occupantes de la Turquie de la Sublime Porte, jugèrent expédient de soutenir les tribunaux consulaires russes, depuis longtemps présents sur le fondement de diverses capitulations. Les ressortissants russes continuèrent donc à cette époque de saisir leurs juridictions ordinaires, même si l'autorité de ces tribunaux « blancs » n'étaient évidemment plus dérivée d'un gouvernement devenu « rouge ». Ce fut l'occasion pour certains marins de saisir en 1920 d'abord un capitaine de marine russe, puis par deux fois les tribunaux consulaires en exequatur de la décision du capitaine, enfin le juge du Tribunal de la Seine, 12 ans plus tard, en exequatur de ces deux décisions consulaires. Le Ministère public, reconnaissant tant l'appui « de fait » du gouvernement français à ces tribunaux (l'URSS ne fut reconnue qu'en 1924) que la théorie de la gestion d'affaire en droit public (théorie doctrinale reconnue par la jurisprudence pour les faits intervenus pendant la guerre franco-allemande de 1870), plaidait pour la reconnaissance du caractère juridictionnel des décisions en cause. Il souhaitait cependant voir refuser l'exequatur des décisions sur le fondement du principe « exequatur sur exequatur ne vaut ». Le Tribunal civil de la Seine ne le suivit pas : « *Attendu que les jugements produits aux débats ne contiennent aucune mention de l'autorité souveraine*

une juridiction française saisie en même temps que celle d'une entité non reconnue pourrait choisir, sans violer le droit international public, de ne pas considérer l'exception de litispendance, ne serait-ce que parce que cette dernière comporte notamment l'obligation de vérifier la possibilité de reconnaissance du jugement à venir de l'organe étranger concurrentement saisi. Mais l'on voit bien dans tous les cas qu'il s'agit d'un double *minima* : une telle obligation, d'une part, n'empêche pas de reconnaître l'activité juridictionnelle de ces organes, elle se contente d'obliger à reconnaître celle des États eux-mêmes reconnus. Elle n'empêche pas, d'autre part, de refuser de donner effet à cette activité juridictionnelle, mais oblige seulement à les prendre en considération. Ainsi, la solution de l'arrêt *Miniera di Fragne*<sup>328</sup>, qui a permis au juge français de tenir compte d'une procédure concurrente étrangère pour se dessaisir, peut trouver un fondement positif au-delà de la simple raison d'opportunité. Refuser *par principe* de considérer l'activité juridictionnelle d'un État souvent par ailleurs reconnu lui-même, c'était nier l'activité juridictionnelle de cet État. À défaut de raisons spécifiques de droit international public, il aurait alors été possible d'arguer d'une violation des obligations de l'État. Reste, toutefois, que cette obligation s'arrête au seuil de ce principe : elle ne saurait aller par exemple jusqu'à contraindre l'État et son juge à accueillir dans l'espèce l'exception de litispendance. L'obligation de droit international public général est ainsi moins contraignante que celles qui résultent du choix de l'État de reconnaître directement des juridictions.

## II) La reconnaissance libre

126. **Absence d'obligation de reconnaître.** On aura compris, au regard des développements du début de ce paragraphe, que par reconnaissance libre on entend simplement reconnaissance non imposée *en droit*. Bien que ce type de reconnaissance ne concerne qu'une part résiduelle des juridictions extérieures à l'ordre juridique français, ces dernières sont, sinon en grand nombre, du moins d'une grande diversité : juridictions internationales, juridictions d'États non reconnus voire juridictions « exotiques » d'États reconnus. Certaines sont reconnues par la voie d'une convention internationale ou du droit dérivé d'une

---

*au nom de laquelle ils sont rendus ; qu'il est constant qu'ils émanent de certains émigrés russes qui, de leur seule autorité, ont reconstitué en territoire ottoman une juridiction consulaire préexistante alors qu'à cette époque (1921) cette prétendue juridiction consulaire ne se rattachait plus à l'Etat russe, remplacé dès 1917 par l'U.R.S.S., que par suite lesdits jugements n'ont point d'existence légale et ne répondent pas à cette condition nécessaire et essentielle pour que l'exequatur puisse leur être conféré » (p. 116).*

L'argument pratique, dans la droite ligne du paradigme privatiste qui a éclairé nos dernières lignes, nous semble cependant devoir primer sur une prétendue affirmation de principe. L'annotateur abondait d'ailleurs dans le sens du substitut : « *des milliers de personnes auraient été mises hors la loi si elles n'avaient pu recourir à l'aide et à la protection de ces institutions admises à fonctionner par le pouvoir public local* ». Si « les perdants ont toujours tort », au moins la pratique du droit devrait-elle leur permettre d'avoir raison le temps de déterminer qui a gagné le jeu politique (v. d'ailleurs, en droit administratif, la théorie du fonctionnaire de fait : CE, 5 mars 1948, *Marion*, Rec. CE p. 113 ; S. 1948, 3, p. 53, note J.-P. Calon, sur les décisions prises par un comité d'habitants de la commune pendant la Seconde guerre alors que les autorités communales n'étaient plus en place).

<sup>328</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 nov. 1974, RCDIP 1975, note D. Holleaux ; JDI 1975, p. 108, note A. Ponsard ; *Grands Arrêts*, n° 54.

organisation internationale (A), d'autres ne le sont, plus unilatéralement, que par des voies législatives voire jurisprudentielles internes (B).

### **A) La reconnaissance multilatérale**

- 127. Solution déductive pour les organes internationaux.** La première manifestation de la reconnaissance directe d'une juridiction par l'État est à l'évidence la ratification de la convention qui l'institue. S'il est partie, il accepte par voie de conséquence de reconnaître l'organe institué et sa fonction. S'il ne l'est pas, ni cette activité ni même l'existence de l'organe ne peut lui être opposé<sup>329</sup>. Ainsi, la Juridiction unifiée du Brevet, ou plus indirectement les tribunaux valablement investis dans le cadre d'un arbitrage administré selon la Convention internationale sur le Règlement des Différends relatifs aux Investissements sont ainsi nécessairement des juridictions aux yeux du droit français. Il en va de même pour les organes créés par le biais du droit dérivé d'organisation internationale, comme cela est le cas de l'Office d'Harmonisation du Marché Intérieur par exemple.
- 128. Exemple de juridictionnalité par reconnaissance : autorités scandinaves.** Une autre manifestation de la reconnaissance intervient lorsque, dans le cadre de négociations internationales pour la compétence ou la reconnaissance des jugements étrangers, l'État est confronté à ces juridictions étrangères que l'on a qualifiées d'exotiques. Il s'agit en effet dans ces situations de créer une « fédération » juridictionnelle, ce qui suppose d'apparier des organes très différents d'un pays à l'autre. Or offrir une définition abstraite de la juridiction est une tâche difficile et dangereuse. On rencontre au contraire souvent la notion comme un présupposé qui permet de définir d'autres notions, comme celle de jugement<sup>330</sup>.

---

<sup>329</sup> J. COMBACAU et S. SUR, *op. cit.*, p. 581s.

<sup>330</sup> V. par exemple le rapport de la Commission spéciale de la Conférence de la Haye, présenté par Charalambos FRAGISTAS. La future Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale du 1<sup>er</sup> février 1971 énonçait en effet que « *La Convention s'applique à toute décision, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, rendue par un tribunal d'un Etat contractant, quelle que soit la dénomination donnée dans l'Etat d'origine tant à la procédure qu'à la décision elle-même* ». L'auteur du rapport précisa ce qu'il fallait entendre par « autorité judiciaire » dans l'article 2 du projet : une telle autorité était judiciaire « *si elle exerce normalement des fonctions judiciaires et si elle exerce ces fonctions suivant une procédure qui a les traits caractéristiques de la procédure judiciaire* ». Le critère était donc formel, et FRAGISTAS citait essentiellement l'indépendance de l'autorité, pour exclure les autorités administratives (mais non les tribunaux administratifs) et inclure les juridictions non étatiques de droit public à la condition que le pouvoir juridictionnel de ce tribunal soit reconnu par l'Etat hôte, puisque ces tribunaux sont reconnus dans leur pays comme une autorité juridictionnelle. Il y avait donc un mélange de critère matériel (indépendance) et de conflit de lois (reconnaissance par l'Etat hôte). V. Rapport de la Commission spéciale, présenté par Ch. FRAGISTAS, *Actes et documents de la Session extraordinaire du 13 au 26 avril 1966*, Conférence de la Haye de droit international privé, Impr. nationale, p. 24, spéc. p. 27. En 1961, FRAGISTAS excluait déjà de son étude sur la compétence les tribunaux consulaires, *RCADI* 1961, t. 104, p. 165. Il ne s'intéressait qu'aux tribunaux nationaux.

Par ailleurs, au moment des discussions sur le projet de convention internationale sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, la notion de juridiction avait aussi semble-t-il suscité un débat. D'abord, le rapport proposait de définir le terme juridiction par des éléments matériels garantissant une bonne justice en matière de reconnaissance et d'exécution, *Doc. prélim. n° 4*, p. 11. Plus tard, cependant, la question se porta sur la diversité des cours et tribunaux et la nécessité d'un terme englobant les nombreuses autorités qui peuvent intervenir, v. *Doc. prélim. n° 9*, § 46. Cependant, les plénipotentiaires ont finalement choisi pour déterminer le contenu de la notion de « décision » la définition du « jugement » prévu dans la



Cependant, il fut parfois nécessaire d'intégrer au sein d'annexes ou de définitions larges les organes auxquels certains États auraient pu refuser la qualité de juridiction, c'est-à-dire le bénéfice du renvoi des règles de compétence. Pour prendre l'exemple de la Convention de Bruxelles, des autorités administratives scandinaves, l'*Amtmand* danois<sup>331</sup>, le *Kronofogdemyndighet* suédois<sup>332</sup>, l'*Ulosotonhaltija* finlandais<sup>333</sup> intervenaient tous dans le domaine de la Convention puis du Règlement

---

Convention du 1<sup>er</sup> février 1971 énoncée plus haut. Il est intéressant bien que surprenant de lire que le rapporteur du dernier document déduit de l'utilisation de cette définition que « *peu importe l'autorité ou le tribunal qui a rendu la décision si celle-ci est rendue dans une matière couverte par la Convention telle qu'elle sera prévue vraisemblablement à l'article premier du futur texte* ». La « décision » étant définie par sa source un « tribunal d'un Etat contractant » dont ni la dénomination ni le fonctionnement ne semblent déterminés, ce n'est que par la matière dans laquelle la décision s'inscrit que l'on saura si oui ou non la « décision » peut bénéficier du mécanisme de la convention.

<sup>331</sup> Dès l'adhésion du Danemark à la Convention de Bruxelles, le 9 octobre 1978, la question s'est posée de la participation au système de la convention d'institutions originales. Il suffit de se plonger dans le rapport sur la Convention d'accession de 1978, par le professeur SCHLOSSER, pour comprendre les nouveautés impliquées par l'accession du Danemark (P. SCHLOSSER, *Rapport sur la Convention d'association des Royaumes du Danemark, l'Irlande et le Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord à la Convention sur la compétence et la reconnaissance des jugements en matière civile et commerciale et au Protocole d'interprétation par la Cour de justice signé à Luxembourg le 9 octobre 1978*, JOCE 1979, 59/71, p. 77s.). En dehors de cet Etat, explique l'auteur, les juridictions semblaient aisément reconnaissables, les tribunaux italiens, français, néerlandais et même anglais ayant de nombreuses caractéristiques communes. Le Danemark, de son côté, disposait d'une juridiction spécialisée un peu inhabituelle, la Cour industrielle issue de la loi sur la juridiction industrielle danoise du 1 avril 1964, et surtout d'une procédure particulière, administrative, en matière d'obligation alimentaire (et aussi, antérieurement, de divorce). L'*Amtmand* était une autorité administrative régionale danoise, équivalent danois du préfet de région, remplacée depuis 2007 par le *Statsforvaltningerne*, c'est à dire l'Autorité administrative étatique (décentralisée). La qualification de la nature de l'organe en question, selon la loi danoise, ne pouvait prêter à confusion : il s'agissait bien d'une autorité administrative. De même, au regard des principes français, il s'agissait d'un organe peu autonome et indépendant du pouvoir exécutif, dont la gestion était celle d'un service public classique. Or, dans les actions portant sur les obligations alimentaires, le système danois repose en partie sur l'*Amtmand*. Une fois l'existence de l'obligation admise par une convention entre les parties ou par décision de justice, c'est en effet ce dernier qui est chargée de déterminer le montant et les modalités de paiement de l'obligation (L'*Amtmand* avait d'ailleurs déjà soulevé des questions dans le cadre des Conventions de la Haye de 1958 et 1973 sur les obligations alimentaires, raison pour laquelle le terme de « juridiction » n'avait alors pas été retenu dans celle-ci, v. B. ANCEL, note sous Rennes 29 juin 1982, RCDIP 1983, p. 513). Exclure cet organe du système de la Convention de Bruxelles aurait donc eu des effets assez critiques. En tout premier lieu, il faut bien sûr penser à la reconnaissance de ces décisions, qui auraient subi un régime différent des décisions judiciaires. On aurait donc en pratique pu observer des hypothèses de reconnaissance de la décision de justice danoise acceptant l'existence d'une obligation sans la décision de l'*Amtmand* qui en fixait le montant et les dates de paiement. Plus grave, des procédures concurrentes, dilatoires par exemple, auraient pu être engagées dans plusieurs pays européens une fois obtenue la décision judiciaire danoise. Un juge, par exemple français, n'aurait en effet pas reconnu de situation de litispendance avec l'*amtmand*, celui-ci n'étant pas une autorité judiciaire selon ses propres qualifications. Il y aurait donc eu un « déséquilibre dans le domaine de la Convention de 1968 si les procédures alimentaires du type de celles rencontrées au Danemark devaient être exclues » (P. SCHLOSSER, *op. cit.*, p. 94, §66.). Les plénipotentiaires décidèrent donc de modifier le contenu du terme « cour » ou « juge » en y adjoignant, par le biais de l'adjonction d'un article Va du premier Protocole relatif à certaines questions sur la compétence, la procédure et l'exécution, l'autorité administrative danoise en matière d'obligations alimentaires.

<sup>332</sup> Autorité administrative chargée de certaines mesures conservatoires et de procédures judiciaires sommaires. Elle trouva aussi sa place dans le même article à l'occasion de la rédaction de la Convention de Lugano. V. P. JENARD et G. MÖLLER, *Rapport sur la Convention sur la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale signée à Lugano le 16 septembre 1988*, JOCE 1990, C. 189/57, spéc. p. 89, §. 106. On remarquera d'ailleurs la formulation strictement identique retenue par les deux rapports cités pour justifier de l'inclusion du *Ulosotonhaltija*.

<sup>333</sup> En 1996, à l'occasion de l'intégration de la Suède à l'Union européenne (et donc de son passage de la Convention de Lugano à la Convention de Bruxelles), l'article Va (devenu Vbis) du premier Protocole intégra une dernière autorité administrative, similaire au *Ulosotonhaltija*, le *Kronofogdemyndighet* (« Autorité du bailli de la Couronne »). Quatre ans plus tard, ce dernier devait bénéficier du privilège de passer dans le corps du texte, à l'occasion de la Convention de Bruxelles en règlement de l'Union européenne, à l'article 62 du Règlement n° 44/2001, Article 62 du

et nécessitaient une reconnaissance dans les autres États européens équivalente à celle dont ils bénéficiaient dans leurs États d'origine. La Convention puis le Règlement la leur a donnée<sup>334</sup>.

**129. Exemple de juridictionnalité par reconnaissance : procédures d'insolvabilité.** Même les textes portant sur des matières moins fondamentalement contentieuses, organisant des procédures complexes avec des acteurs très différents d'un État à l'autre, comme en matière de procédures collectives, obligent à assimiler des organes différents<sup>335</sup>. Le rapport VIRGOS-SCHMIT consécutif à la Convention d'Istanbul sur l'insolvabilité internationale en indiquait ainsi la nécessité en 1995<sup>336</sup>. Nombre de procédures d'insolvabilité démarraient en effet sans aucune saisine de juge. Il fallait donc que la Convention exclut l'exigence d'intervention d'une autorité judiciaire<sup>337</sup>. Il semble que les négociateurs avaient surtout en tête les procédures collectives non judiciaires du Royaume-Uni et de l'Irlande (spécialement les *Creditors voluntary winding-up*, qui ne requièrent pas la participation active du juge) qui représentaient une part importante des procédures<sup>338</sup>.

---

Règlement : « *En Suède, dans les procédures sommaires concernant les injonctions de payer (betalningsföreläggande) et l'assistance (handräckning), les termes «juge», «tribunal» et «juridiction» comprennent le service public suédois de recouvrement forcé (kronofogdemyndighet) »*. Cette provision fut ajoutée par la Commission dès la première version de la proposition de règlement à l'article 32 de la proposition, soit uniquement pour les questions de reconnaissance et d'exécution, COM(1999)0348, JOCE 2001 376/1. En le plaçant finalement (la dernière version de la proposition de la Commission le comptait encore à l'article 32) dans le chapitre sur les « Dispositions générales », à l'article 62, le Conseil l'a aussi fait participer au réseau de compétence institué par Bruxelles I. La Finlande n'a pas pu bénéficier de cet ajout au corps du texte principal. Si l'oubli du *Ulosotonhaltija* tient peut-être à la volonté du gouvernement finlandais de l'abolir en interne (cf. Rapport Jenard-Möller, §107) il semble cependant logique d'étendre son interprétation aux autorités anciennement intégrées par le Protocole, P. MANKOWSKI, in U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, art. 62, n° 2. Il est à noter que le Danemark a, lui, négocié la modification du texte pour intégrer les autorités danoises à l'article 62 lors de la négociation de son intégration conventionnelle au système du Règlement (V. l'accord du 17 janvier 2005 annexé à la proposition de règlement du Conseil, Doc. COM(2005) 145 final. L'accord est entré en vigueur le 1er juillet 2007, à la suite de sa ratification par le Danemark, le 18 janvier 2007).

<sup>334</sup> Le Règlement Bruxelles I bis a étendu cette catégorie à un nouvel organe hongrois à son article 3, le notaire : « *Aux fins du présent règlement, le terme «juridiction» comprend les autorités suivantes, dans la mesure où elles sont compétentes pour connaître des matières entrant dans le champ d'application du présent règlement: a) en Hongrie, dans les procédures sommaires concernant les injonctions de payer (fizetési meghagyásos eljárás), le notaire (közjegyző); b) en Suède, dans les procédures sommaires concernant les injonctions de payer (betalningsföreläggande) et l'assistance (handräckning), l'autorité chargée du recouvrement forcé (Kronofogdemyndigheten) »*.

<sup>335</sup> V. le considérant n° 10 du Règlement 1346/2000, considérant 10 du règlement : « *les procédures d'insolvabilité n'impliquent pas nécessairement l'intervention d'une autorité judiciaire; l'expression 'juridiction' utilisée dans le [...] règlement [doit] être prise au sens large et comprendre une personne ou un organe habilités par le droit national à ouvrir la procédure d'insolvabilité »*.

<sup>336</sup> Le rapport explicatif de M. Virgos et E. Schmit qui accompagnait la Convention ne fut pas officiellement publié par suite de l'échec de la Convention.

<sup>337</sup> Rapport, § 52.

<sup>338</sup> Il faut cependant ici atténuer l'originalité de l'inclusion dans les « autorités judiciaires » d'individus isolés. Le rapport de la Convention d'Istanbul notait en effet les garanties procédurales encadrant ces hypothèses et ajoutait que la convention elle-même disposait de garanties supplémentaires (Rapport, §66). Un auteur a par ailleurs pu relever que l'originalité était dans une certaine mesure un « trompe-l'œil », car la condition d'intervention d'un tribunal pouvait être introduite dans les annexes (M. RAIMON, *Le règlement de l'Union européenne 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, LGDJ 2007, n° 109s., spéc. n° 112. Une proposition doctrinale, les Principes du droit européen de l'insolvabilité, ont étudié l'ensemble des droit européens pour parvenir à des principes communs, *Principles of European Insolvency Law*, W. McBryde, A. Flessner et S.

130. **Reconnaissance de la fongibilité.** Dans tous ces cas<sup>339</sup>, la question du caractère « juridictionnel » de la compétence ne se pose pas. L'utilisation d'une même règle de compétence *suppose*, du fait même de cette règle, la reconnaissance de l'analogie fonctionnelle entre ces autorités. En assimilant *kronofogmyndighet* et juge judiciaire en matière de procédure collective ou d'obligation alimentaire, le législateur communautaire les a placés sur un pied d'égalité, considérant qu'ils remplissaient, chacun à leur manière, une même fonction. Cette fonction est-elle juridictionnelle ? Il nous semble difficile d'affirmer le contraire ; puisque l'article 62 du Règlement n°44/2001, par exemple, assimile des autorités administratives à des tribunaux judiciaires, il serait curieux d'en déduire que ces règles changent de nature en fonction de la solution qu'elles proposent dans chaque espèce<sup>340</sup>. L'autorité administrative obtient simplement une compétence juridictionnelle, c'est-à-dire qu'aux yeux de l'instrument international et des États qui y sont parties, elle a ce que certains auteurs ont appelé une juridiction fonctionnelle : le pouvoir de juger reconnu à un organe qui n'est pas, en lui-même, un tribunal<sup>341</sup>. Qu'importe, en fin de compte, la conception interne retenue par le droit local de la fonction de l'autorité. Il ne s'agit que de déterminer un équivalent fonctionnel, en son absence, à ce qui est perçu dans le reste de l'Union européenne comme relevant du juge. Dans tous ces cas, par le biais de la compétence ou de l'exécution des jugements, tous ces organes auront été reconnus par l'État français comme des juridictions, à même d'exercer des fonctions identiques à celles qu'exercent ses propres juges. S'il ne l'avait pas fait, il n'aurait tout simplement pas pu participer, dans certaines matières, à la création de règles uniformes avec des États adoptant des systèmes différents des siens. La reconnaissance est alors la condition intrinsèque à l'organisation internationale concrète de la concurrence des juridictions. Lorsque cette organisation fait encore défaut, il lui est toutefois encore possible de reconnaître unilatéralement l'activité de ces juridictions.

---

Kortmann (eds.), Kluwer Legal Pub. 2003. Au sujet des institutions envisagées, le rapport insiste sur la nécessité d'un contrôle par une autorité « gouvernementale ou judiciaire ». Il reconnaît que d'autres autorités que le juge peuvent intervenir dans certains États (pour les banques et les assurances, par exemple, en Italie, l'*amministrazione straordinaria* gère les cas de faillite de grandes entreprises) et le terme de « Cour » désigne alors n'importe laquelle de ces agences qui ont autorité pour ouvrir des procédures ou prendre des décisions à l'occasion de ces procédures, p. 29). Elles ont été introduites par l'Irlande et le Royaume Uni dans les annexes A et B « *by or subject to the supervision of the court* » ou bien « *under the control of a Court* ». Mieux même, le Royaume-Uni, principal bénéficiaire de la définition large adoptée au règlement 1346/2000, a préféré réformer son droit des procédures collectives pour permettre aux débiteurs ouvrant une procédure de *Creditors' Voluntary Liquidations* d'obtenir une confirmation judiciaire du statut ainsi obtenu (Insolvency (Amendment) Rules 2002, v. I. FLETCHER, *Insolvency in private international law*, 2<sup>nd</sup> ed., OUP, 2005, §7.29 et s., spec. §7.31 (*exclusion of receiverships*) et 7.32 (CVL)). Les procédures de *winding up under the supervision of a court* ont par ailleurs été abrogées par les réformes législatives de 1985-1986 pour le Royaume-Uni (sauf Gibraltar) et d'autres procédures du même type, les *receveirships* n'ont pas non plus été incluses). Si le Royaume-Uni a ainsi renoncé à une part de son originalité, d'autres pays, cependant, continuent d'employer des autorités administratives pour superviser des procédures collectives privées et notamment le fameux *Kronofogdemyndighet* (V. le site –en anglais– de l'autorité de la Couronne : <http://www.kronofogden.se/InEnglish.html>)

<sup>339</sup> V. aussi, l'article 1.2 du Protocole annexé à la Convention de Munich sur le brevet européen, qui énonce : « *Sont assimilées aux tribunaux, au sens du présent protocole, les autorités qui, selon la loi nationale d'un Etat contractant, sont compétentes pour statuer sur les actions visées au paragraphe 1* ».

<sup>340</sup> V. pour un raisonnement identique au sujet de la compétence matérielle, *supra* n° 40s. sur l'OHMI et la JUB.

<sup>341</sup> V. distinguant juridiction organique et juridiction fonctionnelle *au sein* d'un même tribunal, J. HERON et T. LE BARS, n° 950.

## **B) La reconnaissance unilatérale**

131. **Fréquente pratique pour les juges « judiciaires » étrangers.** Il y a consensus, tout d'abord, sur le fait que les juridictions d'État (ou, plus justement, de gouvernement) non encore reconnus obtiennent malgré cela facilement reconnaissance de leurs décisions sur le principe de l'effectivité<sup>342</sup>. Si cette considération devait pour des auteurs comme NIBOYET, pourtant de tendance publiciste, être péremptoire, il y a tout lieu de penser que le même fondement jouera d'autant plus à l'heure où la question de la convenance des intérêts privés est devenue très importante<sup>343</sup>. Une autre question est de savoir si cet argument aura autant de poids dans la détermination des *produits* de la juridiction relevant de la méthode de la réception des jugements que dans la détermination des *juridictions* relevant de la question de la compétence internationale. Cependant – faut-il le rappeler – ce n'est pas tant la source qui produit le caractère juridictionnel que la reconnaissance. Pour l'État requis, l'effectivité de l'activité juridictionnelle de certains organes, même lorsque l'État ou le gouvernement ne sont pas reconnus, paraît donc un excellent argument pour les reconnaître comme tels. Le même argument vaut par ailleurs pour des juridictions exotiques comme les autorités scandinaves. Encore faut-il, cependant, que l'effectivité soit suffisante pour que le jugement produit puisse être qualifié de tel. À défaut, le droit français ne connaît d'autre recours que celui de qualifier l'organe de tribunal arbitral<sup>344</sup>.
132. **Problème de l'arbitrage.** En ce dernier domaine, ensuite, la démonstration pourrait vite paraître inutile, car on ne leur dénie pas tant le caractère que l'existence d'un ordre juridique à la source de cette qualité. Toutefois, ceci est un faux problème, car c'est un argument. Il tend simplement à exclure toute juridiction qui n'est pas étatique ou interétatique. Dès lors que, par définition, le tribunal arbitral ne saurait être une juridiction étatique, il ne pourrait pas être traité d'égal à égal avec une juridiction française<sup>345</sup>. C'est pourtant bien ce qu'il fait.
133. **Proximité de régime.** Tout d'abord, le Code de procédure civile ne fait pas de distinction dans les termes entre la concurrence des juridictions judiciaires et celle qu'elles entretiennent avec les tribunaux arbitraux : « *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable* »<sup>346</sup>. Le code emploie ainsi le même terme pour désigner l'impossibilité d'une activité juridictionnelle française face à une clause compromissoire ou face à la compétence exclusive d'une autre juridiction.

---

<sup>342</sup> J.-P. NIBOYET, *op. cit.* ; plus récemment : B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 511 et *Grands Arrêts*, n° 52, spéc. §6. Par ailleurs, la suite de la Résolution de l'I.D.I. de 1936 précise, une fois affirmé que la reconnaissance de l'État implique la reconnaissance des organes et l'attribution des effets à leurs actes : « *Ces effets extraterritoriaux ne dépendent pas cependant de l'acte formel de reconnaissance du gouvernement nouveau. Même, à défaut de reconnaissance, ils doivent être admis par les juridictions et administrations compétentes lorsque, considérant notamment le caractère réel du pouvoir exercé par le gouvernement nouveau, ces effets sont conformes aux intérêts d'une bonne justice et à l'intérêt des particuliers* ».

<sup>343</sup> B. AUDIT et L. d'AVOUT, *ibid.*

<sup>344</sup> On pourra ainsi regretter que les parties n'aient pas soulevé la question de l'affaire *Staudé* précédemment évoquée, v. *supra* note 327.

<sup>345</sup> V. *supra* n°57s.

<sup>346</sup> Article 1448 C.P.C.

Par ailleurs, la jurisprudence a précisé le régime de cette incompétence dans un sens aujourd'hui encore plus proche de cette incompétence internationale. En effet, en ce qui concerne la forme de l'exception, elle a tout d'abord décidé d'y faire procéder par la voie du contredit de compétence<sup>347</sup>, dont on sait qu'il est l'arme privilégiée, dès lors que le juge se déclare incompétent. Mais par ailleurs, si le juge se déclare au contraire compétent, la différence de régime qui existait s'est récemment résorbée. En effet, dans deux arrêts rendus à presque vingt ans d'écart, la Première chambre civile a employé la même expression pour expliquer une nouvelle qualification de l'incompétence internationale. Que ce soit face à une clause compromissoire dans un contrat mettant en cause les intérêts du commerce international ou la compétence internationale d'une juridiction étrangère, la jurisprudence a en effet décidé que :

*« L'exception de procédure [...] ne concerne pas la répartition de la compétence entre les tribunaux étatiques des différents pays mais tend à retirer à ces tribunaux le pouvoir de juger les différends »*<sup>348</sup>.

On verra plus tard que l'emploi du terme « pouvoir de juger » est impropre, et qu'une telle incompétence, dans un cas comme dans l'autre, ne « retire » aucun pouvoir au juge. Pour l'instant, il suffit de constater la proximité de régime. La raison en est simple : leurs fonctions sont identiques. L'analyse parfois produite pour dénier le caractère de compétence à l'effet de la clause compromissoire fondée sur le régime de cette dernière est alors vidée de sens<sup>349</sup>.

- 134. Identité d'activité.** Il suffit pour s'en convaincre de reprendre la conclusion précédente. En droit international privé, la juridictionnalité ne peut être que de reconnaissance. Pour le droit français, cela consiste donc à reconnaître aux tribunaux arbitraux une qualité égale à celle des juridictions nationales. Or, si les tribunaux arbitraux, organes extra-étatiques, ne sauraient bénéficier d'une reconnaissance indirecte par le biais de l'État comme les juridictions nationales étrangères, il est toujours possible aux États de les reconnaître directement pour leur fonction juridictionnelle. Cette reconnaissance est aujourd'hui très généralisée, à preuve la très large ratification de la Convention de New York sur la

---

<sup>347</sup> J. PELLERIN, « Le décret de procédure du 28 décembre 2005 et le droit de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2006 p. 287. La solution date d'un arrêt de la Cour de cassation, Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 avril 1967, *D.* 1967, p. 547, note Robert ; *JCP* 1967, II, 15201, note J. A. ; *RTD Civ.* 1967, p. 693 obs. Hébraud.

<sup>348</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 1990, *Rev. arb.* 1991, p. 305 et Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mai 2010, Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mai 2010, *Agence de Marketing Appliqué*, *RCDIP* 2010, p. 558, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 2010, note A. Bolze et L. Perreau-Saussine ; *RTD Civ.* 2010, p.617, obs. R. Perrot et 808, note Ph. Théry.

<sup>349</sup> On fait ici référence à la thèse déjà rencontrée de Ch. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage*, IRJS Ed. 2011, spéc. p. 119. Mme PANOU y développe la thèse que la compétence de l'arbitre ne serait pour le juge qu'une question de procédure et non de compétence. Elle avance pour cela deux arguments. Le premier porte sur le fait que la clause compromissoire ne peut jamais donner compétence à un juge, contrairement à toutes les règles de compétence internationale. Ce premier argument est erroné. L'article 5§6 du Règlement Rome I porte en effet une règle de compétence sur la question des trusts, question inconnue du droit du juge français qui renverra forcément toujours à l'État étranger d'enregistrement du trust. Elle évoque ensuite une distinction entre les règles d'existence du pouvoir juridictionnel et d'exercice du pouvoir juridictionnel. La nature du pouvoir juridictionnel sera analysée *infra*, n° 204s. et l'on aura l'occasion d'y voir que, bien que l'analyse soit intéressante, elle se fourvoie.

reconnaissance des sentences arbitrales étrangères<sup>350</sup>. On pouvait déjà voir dans cette convention la reconnaissance d'un certain caractère juridictionnel aux sentences qui y suivent d'assez près le statut moderne des jugements étrangers : critères limités de refus de reconnaissance, interdiction de la révision au fond, etc. Mais la jurisprudence est allée au-delà lorsqu'elle affirme que l'arbitre dispose d'un pouvoir de juger identique au sien : si la clause compromissoire « retire le pouvoir de juger les différends » aux tribunaux étatiques au sens de cette jurisprudence, c'est justement pour le donner aux arbitres ! Dès l'instant que la jurisprudence reconnaît elle-même l'identité d'activité, c'est-à-dire une activité juridictionnelle, il n'est nul besoin d'aller plus loin : le droit français autorise le recours à l'arbitrage et reconnaît les tribunaux arbitraux. Il ne peut-être que naturel, dès lors, que le rapport (avant toute décision) entre l'arbitre et le juge soit appelé par le Code de procédure civile : « compétence ».

## **Paragraphe 2) RECONNAISSANCE INDIRECTE PAR LE DROIT PROCESSUEL**

- 135. Critique de la recherche d'une nature des institutions juridiques.** Il ne peut pas y avoir de nature spécifique de la juridiction en droit international privé. Le terme de « nature » est pourtant fréquemment employé par les juristes. Il renvoie à une pensée jusnaturaliste du droit, selon lequel les institutions juridiques, comme les choses et les êtres, disposent d'une nature spécifique qui les définit<sup>351</sup>. Nous adhérons pour notre part plus volontiers à une vision positiviste selon laquelle la « nature » des institutions juridiques n'est principalement qu'un construit, une caractérisation subjective, consciente ou inconsciente, de nos objectifs, valeurs et idéaux, qu'ils soient juridiques ou politiques<sup>352</sup>. La juridiction n'échappe pas à la règle<sup>353</sup>. Toute définition dogmatique de cette dernière serait « *un discours sur le droit* »<sup>354</sup>, c'est-à-dire sur la perception par l'auteur du sens du droit lui-même<sup>355</sup>.
- 136. Justification du qualificatif « fonctionnel ».** Pour s'éloigner de la dogmatique et d'une définition conceptuelle, on se propose alors d'opter pour une définition fonctionnelle. Il faut ici être clair sur un terme aussi polysémique que l'adjectif « fonctionnel ». Il ne s'agit pas de réaliser une définition centrée sur la *fonction juridictionnelle*, c'est-à-dire sur son activité, dont les critères ne sont pas toujours plus heureux ou plus assurés que les définitions matérielles ou formelles auxquelles ils s'opposent. Tout au contraire, c'est à une description du phénomène juridictionnel en *fonction de sa réglementation* qu'il faut s'attacher, c'est-à-dire qualifier de

---

<sup>350</sup> Le dernier décompte retient un nombre de 149 ratifications de la convention dans le monde. V. encore Ch. SERAGLINI, *Loi de police et arbitrage*, Dalloz 2001, n° 53s.

<sup>351</sup> A. SERIAUX, *Droit naturel*, PUF 1999.

<sup>352</sup> V. ainsi, sur les notions de droit privé, J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, PUF 2012.

<sup>353</sup> I. BOUCOBZA, *op. cit.*, spéc. n° 39s. et 274s.

<sup>354</sup> M.-C. RIVIER, v° « Juridiction », *Dictionnaire de la Justice*, L. Cadiet (dir.), PUF 2004.

<sup>355</sup> Pour une belle analyse de théorie juridique de la question, v. L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, n° 102s.

juridictionnel les organes traités comme tels par les règles de compétence, prenant ainsi acte de l'incapacité dans laquelle nous sommes de définir celle-ci suffisamment objectivement. Une telle affirmation pourrait apparaître circulaire au regard de l'objet initial de cette première partie, qui tient à la détermination de ce qu'est la compétence internationale elle-même. En réalité, cependant, cette affirmation n'est pas tant logique qu'historique : elle met en relief le caractère évolutif de la notion de compétence rapportée aux organes qu'elle met en relation. Par ailleurs, le choix de l'ordre juridique étatique comme référentiel va nous permettre de sortir de ce cercle vicieux.

- 137. Reconnaissance par la compétence et autres moyens de prise en compte.** Juridictionnalisation de l'espace transnational, juridictionnalisation des différends au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce, développement de l'arbitrage en droit des investissements et du commerce international, multiplication des conventions internationales et des réseaux, le thème nous accompagne depuis l'introduction de cette partie et il est temps d'en tirer une autre leçon. La concurrence internationale de toutes ces juridictions implique en effet une articulation de leurs activités, articulation qui peut passer par deux biais différents. Soit on associe leurs activités, en les articulant ensemble autour d'un certain nombre de règles de compétence communes. On reconnaît alors ce qu'un auteur a appelé avec un bonheur certain leur « *équivalence fonctionnelle* » qui fonde « *une fédération des ordres juridictionnels* »<sup>356</sup>. Soit, au contraire, on n'articule leurs activités que par des règles moins directes, unilatérales, qui ne permettent que de prendre en compte cette activité et encore dans des intensités différentes. La solution s'impose alors si l'on reprend notre référentiel étatique : tout organe que le droit français reconnaît concurrencer ses propres juridictions par le biais de ces règles obtient par là-même reconnaissance de son activité *juridictionnelle* internationale<sup>357</sup>.
- 138. Plan.** La démonstration passe ici par l'illustration. Ce phénomène se retrouve en effet dans les rapports des juridictions nationales avec les juridictions internationales en droit international public général (I) et, en droit interne, entre les juridictions judiciaires et les autorités administratives indépendantes, par exemple en droit de la concurrence (II).

---

<sup>356</sup> « *Instaurant entre les Etats qui y adhèrent et pour les matières civile et commerciale qu'elle considère, un système unifié et commun de compétence internationale et de reconnaissance de plein droit des décisions, ce traité construit sur la base de l'équivalence fonctionnelle qu'il établit entre les tribunaux européens, une fédération des ordres juridictionnels* », B. ANCEL, « La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles », *Riv. dir. int. priv. e proc.* 1991, p. 263, spéc. p. 266.

<sup>357</sup> Comp. les conclusions de M. THERY, selon lequel le phénomène de la frontière impose de reconnaître l'équivalence fonctionnelle, c'est-à-dire impose de pouvoir remplacer les organes juridictionnels étrangers par les siens dans les procédures relevant de droits étrangers, Ph. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, *op. cit.* p. 71 et surtout p. 249s.

## **I) L'exemple du droit international public : la reconnaissance exceptionnelle par des règles de procédure**

- 139. Inégalité de statut des juridictions dans le droit international.** C'est le cas, tout d'abord, des juridictions de l'ordre juridique international. Pour ce dernier, en effet, tout ce qui est interne à l'État n'a pas moins mais pas plus d'importance que celle d'un fait juridique, celui d'un agissement de l'État. Les juridictions nationales y sont alors des agents de l'État et non les égaux des juridictions internationales<sup>358</sup>.
- 140. Conséquence de principe : indifférence sauf violation d'une règle internationale.** Le principe est celui de l'indifférence<sup>359</sup>. L'existence d'une compétence concurrente d'une juridiction nationale, voire d'une procédure concurrente nationale n'a pas en droit commun d'effet sur une procédure internationale<sup>360</sup>. On peut y voir tant l'indifférence de l'ordre juridique international à la vie juridique interne des États que l'absence d'une règle générale du droit international public sur ce point. Les exceptions s'en déduisent d'ailleurs. Il suffit soit que l'existence d'une compétence ou d'une procédure interne provoque la mise en jeu d'une règle substantielle, caractérisant le plus souvent une violation du droit international, soit qu'une règle de procédure internationale particulière s'impose, par coutume ou par convention, pour obliger à cette prise en compte. Quant à cette première hypothèse, ce sont surtout les cas de déni de justice qui sont traditionnellement évoqués<sup>361</sup>. De même, certaines branches spéciales du droit international public tendent à sanctionner les lenteurs judiciaires internes : c'est le cas par exemple de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>362</sup>, comme, plus récemment, dans le droit international des investissements si l'on en juge par la décision *White industries c. Inde* du 30 novembre 2011<sup>363</sup>. Mais dans aucune de ces exceptions, pas plus que dans le cas de principe, le juge interne n'est traité comme une juridiction. Quant à la seconde, la prise en compte peut s'effectuer par deux biais dont aucun ne renvoie à la compétence.
- 141. Exception : coutume d'épuisement des voies de recours internes.** Tout d'abord, l'exception d'épuisement des voies de recours internes est une règle coutumière de mise en jeu de la responsabilité des États par la voie de la protection

---

<sup>358</sup> Projet de la Commission du Droit International sur la responsabilité des États (1996, art. 4 et 2000, art. 5 et 6) : « Est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement de tout organe de l'État ayant ce statut/agissant en cette qualité ». Pour un exemple récent, v. C.I.J., 3 févr. 2012, *Allemagne. c. Italie.*, pt 55, où les jurisprudences internes sur les immunités de juridiction servent à la Cour pour démontrer une pratique des États.

<sup>359</sup> C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2010, n° 152.

<sup>360</sup> B. STERN, « Changements de circonstances et clauses d'élection de for devant le Tribunal des différends irano-américains », *AFDI* 1983, p. 313.

<sup>361</sup> P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ 2009, n° 474.

<sup>362</sup> Art. 6§1 CESDH: « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable... ». Sur la question v. Y. STRICKLER, « Délai raisonnable de jugement », *J.-Cl. Libertés*, fasc. 1540.

<sup>363</sup> *White Industries Australia Limited c. République d'Inde*, Sentence *ad hoc* du 30 nov. 2011, *Rev. arb.* 2013, p. 513, note S. Lemaire.



diplomatique contentieuse<sup>364</sup>. Il n'y a dans cette hypothèse qu'une demi-reconnaissance du caractère juridictionnel de la réponse des juridictions internes. En effet, la réponse de ces tribunaux nationaux déterminera si l'État persiste dans la violation alléguée (décision de rejet du recours) ou la répare (décision accueillant le recours, puis mise à exécution). En ce sens, ce ne serait pour la juridiction internationale qu'un fait, sans aucune *juris-dictio*, décision statuant sur le droit. Cependant, le traitement accordé à ce problème n'est pas seulement substantiel, car la juridiction internationale ne l'intégrera pas à un raisonnement sur le fond du litige mais, bien en amont, à une vérification de l'intérêt à agir du plaideur<sup>365</sup>. Conditionnant ainsi l'accueil de l'action internationale, la question relève tant du fond que de la procédure et doit être traitée *in limine litis*. Ainsi, proche d'une question de compétence, elle en a l'effet sans en avoir le fonctionnement ni le destinataire.

142. **Exception : la clause *una via electa*.** De même, une autre exception de nature purement procédurale a tendance, sans faire acquérir aux juridictions internes une « juridictionnalité » internationale, à leur donner une certaine valeur. Il s'agit de la clause *una via electa*, aussi nommée en anglais *fork in the road* ou parfois encore « option irrévocable »<sup>366</sup>. Présente, en particulier, dans un grand nombre de traités bilatéraux d'investissements, cette clause oblige le national investisseur dans un État étranger qui se plaint d'un dommage dont cet État est responsable à choisir entre procédure interne et procédure internationale. On peut citer à titre d'exemple topique l'article 26 de la Convention de Washington :

« Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours »<sup>367</sup>.

Là encore, la juridiction arbitrale CIRDI ne pourra pas traiter le juge national comme tel, et réciproquement. Si le fait de l'activité juridictionnelle de ce dernier n'est pas nié, son articulation avec celle des tribunaux CIRDI se fait par une règle paralysant le jeu de l'action du demandeur devant la juridiction internationale et non l'activité du juge national<sup>368</sup>. Le résultat, toutefois, reste assez proche : la

---

<sup>364</sup> C. SANTULLI, *op. cit.*, n° 461s. ; P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *op. cit.* n° 495. Cette première règle coutumière trouvant sa limite dès lors que le national victime de l'agissement de l'État peut agir directement, elle est parfois réintroduite par voie de dispositions conventionnelles, par exemple l'article 26 de la Convention de Washington du 18 mars 1962 : « Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés ». La technique employée est cependant alors sensiblement différente puisqu'il ne s'agit plus de caractériser ou non une violation, mais de conditionner le consentement de l'État à l'arbitrage.

<sup>365</sup> J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 10<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2012, p. 551. C. SANTULLI, *op. cit.* n° 461.

<sup>366</sup> E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone 2004, p. 754.

<sup>367</sup> L'article 26 n'est ainsi qu'une disposition supplétive, mais elle acquiert valeur exemplaire au regard de sa très fréquente confirmation dans les clauses TBI (traités bilatéraux d'investissement) et les contrats d'État, Ch. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH et A. SINCLAIR, *The ICSID Convention, a Commentary*, 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge Uni. Press, 2009, p. 365.

<sup>368</sup> Sur la clause *una via electa* Ch. LEBEN, « Arbitrage (CIRDI) », *Rep. dr. int.*, n°158s. V. en particulier la sentence du Comité *ad hoc* du 3 juil. 2002, *Vinendi c Argentine*, E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone 2004, p. 719. On notera toutefois qu'un problème important peut naître de la distinction entre les demandes relevant du contrat et celles relevant du traité (*Treaty claims* et *Contract claims*) : la clause *una via electa* ne fonctionnera qu'à l'égard des mêmes demandes.

concurrence d'un juge national est prise en compte dans l'activité du tribunal CIRDI : ce dernier ne pourra pas statuer<sup>369</sup>.

143. **Conclusion.** Que ce soit dans les rapports de principe comme d'exception, le droit international public ne permet pas aux juridictions nationales et aux juridictions internationales d'entrer véritablement en relation en traitant d'égal à égal et de bénéficier du jeu de règles de compétence. Il permet toutefois par exception à ces dernières de prendre en compte l'activité juridictionnelle des juridictions étatiques. Ainsi, si en principe, du point de vue de l'ordre juridique international, l'activité juridictionnelle étatique n'est qu'un fait, elle peut par exception être reconnue indirectement par certaines règles de procédure.

## II) L'exemple du droit de la concurrence : l'absence de reconnaissance

144. Les autorités administratives indépendantes (AAI) intervenant régulièrement dans le contentieux économique ne sont de leur côté pas en situation de concurrence avec les autres juridictions. Alors même qu'elles sont en général issues d'une investiture étatique, aucune règle n'articule encore leurs relations avec les juridictions nationales : les règles de procédure y afférant se contentent de minimiser la concurrence sans l'organiser (A). L'adverbe « encore » est cependant important dans la phrase qui précède : ces autorités n'en sont peut-être pas au stade de développement nécessaire pour bénéficier d'un tel traitement, mais le modèle judiciaire des règles de compétence tend à s'étendre à leurs activités (B).

### A) *L'absence de compétence juridictionnelle internationale*

145. **Brève histoire des AAI de concurrence.** L'Union européenne, dans l'exécution de sa mission de contrôle du marché, a développé un contentieux administratif répressif du droit de la concurrence qui a très vite essaimé dans les pays européens. En France, la Commission technique des ententes, chargée du contrôle des ententes, n'était d'abord qu'un organe consultatif placé près le ministre de l'économie<sup>370</sup>. Mais dès 1985, avec l'éphémère Commission de la concurrence,

---

<sup>369</sup> Un autre exemple d'articulation par une règle de procédure peut être trouvée dans la compétence du Tribunal US-Iran, institué par les Déclarations d'Alger du 19 janvier 1981. Selon les articles I et II combinés de la Déclaration sur le règlement des litiges, le Tribunal était en effet compétent pour entendre des différends sur les litiges liés à la révolution iranienne nés avant les Déclarations et non résolus un an après son entrée en vigueur. Les demandes relevaient dès lors de la justice américaine ou iranienne ou bien du Tribunal selon la date à laquelle celle-ci pouvaient être déposées au Tribunal. Le Tribunal lui-même traitait toutefois logiquement la question sous l'angle de la recevabilité des demandes, et les tribunaux nationaux étaient moins privés de leur compétence par l'effet d'une quelconque date que par celle de l'inscription de l'affaire au rôle du Tribunal.

<sup>370</sup> D.P. 1953, 4, p.272. La Commission émettait des avis non obligatoires, et le ministre de l'économie était seul compétent pour la saisir d'abord, et pour recevoir son avis ensuite. L'action visant à sanctionner une éventuelle entente devait cependant être poursuivie devant le juge

établie par la loi du 30 décembre 1985, le Conseil de la concurrence, organe phare de la réforme des prix et de la concurrence de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, enfin leur héritière l'Autorité de la concurrence, issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008 sans oublier les pouvoirs en la matière de la Commission européenne, le contentieux économique ne peut donc plus se priver d'étudier les autorités administratives (indépendantes).

146. **Contentieux des autorités de concurrence.** Ces autorités, comme d'autres<sup>371</sup>, bénéficient en effet de pouvoirs de poursuite et de sanction dans le cadre de leur mission de régulation. Cet organe gère en effet annuellement un volume de quelques 120 infractions présumées à la concurrence, ce qui représente plus des deux tiers de son activité<sup>372</sup>. De surcroît, leur résolution suit une procédure contentieuse dont le caractère contradictoire, les garanties, sont suffisamment abouties pour avoir soulevé la question de son caractère juridictionnel. Le débat autour de la fonction et de la nature de cet organe a cependant été particulièrement

---

judiciaire. Il est intéressant de noter qu'un projet concurrent se bornait à revitaliser l'article 419 C. Pen. (seule action alors ouverte en droit de la concurrence, évidemment devant le juge pénal), tandis que celui discuté par le Parlement au jour de la rédaction de l'article cité (juin 1952) indiquait la création d'un Conseil des ententes adossé à un Tribunal des ententes, dont le caractère judiciaire appelle « l'éloge » du commentateur : il pouvait tout à la fois enjoindre aux personnes de prendre les mesures nécessaires pour se soumettre aux dispositions légales, leur assigner une « commission de surveillance », mais aussi prendre des mesures conservatoires, décider la nullité et la dissolution des ententes, et allouer des dommages et intérêts aux victimes, R. PLAISANT, « Projets de lois relatifs aux ententes et aux trusts », *D.* 1952, Chron. p. 93. Le Conseil d'Etat décida ensuite d'annuler le décret (CE 18 juin 1958, *Rec.* p. 358), mais les dispositions intéressant la Commission furent reprises par le Dc. n° 58-545 du 24 juin 1958.

<sup>371</sup> Le nombre de ces autorités aptes à entendre des litiges entre opérateurs s'est en effet multiplié ces dernières années. Le nombre de demandes, cependant, est encore faible et il ne semble pas qu'il y ait eu encore des problèmes de concurrence de procédure. Ainsi, l'Agence de Régulation des Communications Electroniques et des Postes, l'ARCEP, peut être saisie par des opérateurs dans le domaine des télécommunications et l'a été par exemple à dix reprises en 2010 (Rapport public d'activité de l'ARCEP 2010, disponible en ligne sur [www.arcep.fr](http://www.arcep.fr)). Selon une doctrine autorisée (Rapp. Gaillard : *JOAN* 1996, n° 2750, p. 177 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation et règlement des différends », *LPA* 22 oct. 2004, p. 6s. et les remarques de M. le président Lacabarats ; J.-L. AUTIN et P. IDOUX, « Droit national des communications électroniques », *J.-Cl. Communication* fasc. 4600, n° 178) la compétence de l'ARCEP au titre de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications est facultative et concurrente de celle des tribunaux de première instance (civils ou commerciaux) de l'ordre judiciaire. Pour la mise en conformité de la France avec l'article 21 de la directive « cadre » 2002/21 CE, l'article L. 36-8 du code des postes et communications électroniques organise d'ailleurs maintenant plus strictement la relation de cette autorité avec d'autres autorités nationales européennes lorsque le litige intervient entre des opérateurs d'Etats-membres différents ou lorsque le litige intéresse l'Union (Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 pour s'y conformer plus strictement). En 2010, 10 demandes ont été portées devant l'ARCEP, 9 ayant donné lieu à décisions (en 2009, une seule décision avait pu être rendue).

De même, la Commission de régulation de l'énergie dispose d'un Comité de Règlement des Différends et des Sanctions (CoRDs) qui est compétent pour entendre un certain nombre de demandes entre les opérateurs du réseau de l'énergie électrique et du gaz (transporteurs, producteurs, stockeurs, etc.). Depuis une ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011, ce contentieux est réglé par les articles L. 134-19 à L. 134-24 du code de l'énergie (ce contentieux particulier avait été créé par les articles 38 et 40 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 et attribué à un Comité indépendant du reste de la Commission par la loi du 7 décembre 2006, v. « Contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel », *J.-Cl. Concu-conso* fasc. 995, n° 86). Si le contentieux de ce comité est important (plus de 100 litiges résolus à ce jour), il ne semble pas que des problèmes de concurrence de procédure aient encore été soulevés non plus. L'ancienne directive CE 2003/54 portait d'ailleurs à son article 23.10 mention d'une articulation des interventions dans les contentieux internationaux (comme sa jumelle Directive 2003/55 aux articles 20.4 et 25.10) ; elle a disparu avec la refonte issue de la Directive CE 2009/72.

<sup>372</sup> Autorité de la concurrence, *Rapport d'activité 2012*, p. 29.

vif<sup>373</sup>. Sa fonction principale d'organe de poursuite et de sanction, la multiplication des saisines par des plaignants, son indépendance de l'exécutif rappellent les caractères matériels et formels d'une juridiction. Le principe de l'autosaisine, le mélange des fonctions de poursuite, de législateur secondaire et de conseil (la fonction régulatoire), la relativité de son indépendance font pencher la qualification pour une nature administrative. Mais on a déjà critiqué la pertinence de la recherche d'une « nature » ou d'une essence pour chaque organe<sup>374</sup>. Il nous importe surtout d'établir quel est le rapport de ces organes avec les juridictions nationales. Or ces rapports, comme avec les juridictions internationales, ne sont pas d'égalité.

**147. Absence de rapport de compétence.** Ainsi, en droit interne comme en droit communautaire de la concurrence, rien n'empêche les juges (judiciaires) d'être saisis parallèlement à une autorité de la concurrence par les mêmes parties pour la même infraction<sup>375</sup>. Les articles 430-1 et suivants du Code de commerce peuvent en effet être utilisés dans le cadre d'une action en dommages et intérêts ou en nullité d'une convention, de même que les articles 101 et 102 du TFUE (ex-81 et 82 TCE). Il n'existe pas de règle de répartition du contentieux, rien qui ne ressemble de près ou de loin à une articulation quelconque. Tout au plus existe-t-il des obligations de coordination. Ainsi le règlement 1/2003, relatif aux actions fondées sur ces derniers articles, contraint-il les juridictions nationales, dans un article 16 intitulé « Application uniforme du droit communautaire de la concurrence », à « *ne pas prendre de décision qui irait à l'encontre d'une décision* » déjà prise ou même « *envisagée* » par la Commission européenne<sup>376</sup>. La décision de la

<sup>373</sup> Le débat est très riche. Il ne porte en effet pas seulement sur le caractère juridictionnel du Conseil, mais aussi sur sa nature d'autorité régulatrice, ou même sur la création d'un ordre juridique spécifique autour du Conseil. On ne mentionnera bien sûr que les références qui abordent la première question, mais aussi la dernière, étant donné les liens qu'elles entretiennent : dans l'esprit même de ses promoteurs ou contradicteurs, cette théorie implique la caractérisation du Conseil comme une juridiction ou une quasi-juridiction. V. les débats parlementaires cités par J. CHEVALLIER, note sous Cons. const. 23 janv. 1987, *AJDA* 1987, p. 348, R. DRAGO, « Le Conseil de la concurrence », *JCP* 1987, I, 3300. *Adde.*, Y. GAUDEMET, « Le médiateur est-il une autorité administrative indépendante ? », in *Mélanges en l'honneur de Robert Edouard Charlier*, Emile-Paul 1981, p. 117. ; C. DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droits français et communautaire*, LGDJ, 2002, p. 130s. ; D. DANET, *La nature juridictionnelle du Conseil de la concurrence*, thèse monographie, Rennes 1, 1990 et « Le Conseil de la concurrence, juridiction incomplète ou juridiction innommée », *RIDE* 1992, n° 1, p. 3 ; R. MARTIN, « La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence », *JCP* 1990, I, 3469 ; C. LUCAS de LEYSSAC, « Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ? », *Rev. jur. com.* 1992, p. 273. *Contra* d'abord et avant toute chose, la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, que l'on trouvera avec une note approuvative de J. CHEVALLIER, *AJDA* 1987, p. 348 ; J.-J. ISRAËL, « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien 1992, p. 315 ; J.-J. MÈNURET, *Le contentieux du Conseil de la concurrence*, LGDJ-PUCF, 2002. On verra là, encore, une dissension essentiellement partisane entre administrativistes et privatistes, le droit administratif rappelant que la fonction contentieuse n'est pas nécessairement juridictionnelle (cf. J.-J. MÈNURET, « Autorité de la concurrence », *J. Cl. Conc. Conso.*, fasc. 60 : « *seules des considérations formelles permettent alors de distinguer un organe juridictionnel d'un organe uniquement contentieux* » ; il n'y aurait donc pas, à suivre ce raisonnement, de fonction juridictionnelle), les privatistes rappelant cependant que la fonction juridictionnelle n'est pas nécessairement contentieuse (C. DELICOSTOPOULOS, *op. cit.*). *Adde.*, sur l'ensemble, T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz 2013.

<sup>374</sup> V. *supra* n°135.

<sup>375</sup> J.-J. MÈNURET, *op. cit.* ; P. WILHELM et L. FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles – Procédures judiciaires », *J.-Cl. Conc. Conso.* Fasc. 382, n° 15.

<sup>376</sup> Voici le texte complet de l'alinéa : « 1. Lorsque les juridictions nationales statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission. Elles doivent également éviter de prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée dans une

Commission, si elle peut avoir une valeur persuasive évidente devant les juridictions, n'a toutefois aucune autorité de chose jugée<sup>377</sup>.

Les autorités administratives de concurrence, nationales ou communautaires, ne sont donc pas sur un pied d'égalité avec les juridictions judiciaires. Ni règle de procédure, ni règle de compétence n'oblige ici à choisir entre les unes et les autres. Les rapports qui se nouent entre elles ne révèlent pas l'identité de fonctions qui les lient, mais au contraire la différence de pouvoirs attribués aux unes et aux autres. Il serait, dès lors, difficile de les qualifier de « juridictions » en ce qui concerne la compétence internationale. Si la ligne de démarcation s'estompe parfois, notamment au regard de l'objectif d'une « application uniforme du droit communautaire de la concurrence » (ce qui revient ici à dire au détriment de l'autonomie des juridictions)<sup>378</sup>, elle reste encore malgré tout inscrite dans les textes principaux organisant les rapports entre ces organes. Cette conclusion, cependant, ne peut aller sans une remarque supplémentaire : celle d'un alignement marginal, mais croissant, du système de compétence de ces organes sur celui des organes juridictionnels<sup>379</sup>.

## ***B) Le développement d'une compétence internationale sur le modèle juridictionnel***

148. **Quasi-compétence matérielle.** Tout d'abord, le partage matériel de compétence occasionne l'élaboration de règles de type règles de compétence matérielle. Ainsi, une concurrence fréquente oppose les juridictions administratives et l'Autorité de concurrence au sujet de l'application du droit de la concurrence à certaines activités de personnes publiques. Depuis les arrêts *Million et Marais*<sup>380</sup>, *Aéroport de Paris*<sup>381</sup> ou

---

*procédure intentée par la Commission. À cette fin, la juridiction nationale peut évaluer s'il est nécessaire de suspendre sa procédure. Cette obligation est sans préjudice des droits et obligations découlant de l'article 234 du traité. »*

<sup>377</sup> Un projet de directive pour harmoniser les actions civiles en matière de concurrence est cependant en cours d'examen, v. la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne, COM (2013) 404 final. Elle reprend une partie de la règle de l'article 16 précité à son article 9.

<sup>378</sup> V. les critiques sur l'appréhension par la Commission de son rôle de « premières parmi les égaux » dans le règlement n° 1/2003, J.-C. FOURGOUX, « Quel rôle désormais pour les juridictions nationales dans le cadre du règlement 1/2003 sur les règles de concurrence ? », *Rev. Lamy concurrence* 2005, n° 4, p. 123.

<sup>379</sup> M. AUDIT, « Les autorités de régulation : La confrontation des autorités nationales de régulation à la transnationalité des marchés », in *Conflits de lois et régulation économique*, M. Audit, H. Muir Watt et E. Pataut (dir.), LGDJ 2008, p. 3.

<sup>380</sup> CE 1<sup>er</sup> déc. 1997, *Lebon* 1997, p. 406, concl. J.-H. Stahl ; *JCP* 1998, I, 165, chron. J. Petit ; *Dr. adm.* 1997, comm. 372 ; *RFDA* 1997, p. 1228, concl. J.-H. Stahl ; *RDP* 1998, p. 256 ; *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, n° 15.

<sup>381</sup> TC 18 oct. 1999 : « Considérant que si dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques » (n° 3174, *Lebon* p. 469, concl. R. Schwartz ; *AJDA* 1999, 996 chron. P. Fombeur et M. Guyomar et 1029, note M. Bazex ; *D.* 2000. Jur. 607, note A. Louvaris).

encore *Centre des Monuments Nationaux*<sup>382</sup>, le juge administratif est seul chargé de vérifier l'application du droit de la concurrence aux « décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique ». Il s'agit bien d'une règle de répartition des compétences par laquelle on reconnaît implicitement que l'Autorité de la concurrence peut remplir la même fonction que le juge administratif. En revanche, dans les autres cas, la compétence du juge administratif « ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence »<sup>383</sup>. L'articulation (par la voie de l'exclusion) ne devient donc nécessaire que pour préserver le cœur de l'activité de droit public. La règle de compétence matérielle est minimale, mais elle est importante.

**149. Quasi-compétence territoriale.** Surtout, lorsque les autorités administratives nationales et communautaires se mettent en réseau, c'est bien en suivant une logique de compétence territoriale qu'elles répartissent les affaires entre elles<sup>384</sup>. Dans le cadre du Réseau Européen de Concurrence, en effet, le Règlement ne prévoyait qu'un système libéral de litispendance à l'article 13<sup>385</sup>, le considérant 18 appelant à une certaine cohérence des activités des autorités mises en réseau<sup>386</sup>. La Commission a cependant immédiatement mis en place une « division du travail »<sup>387</sup> dans deux communications, l'une sur les relations entre les autorités de concurrence<sup>388</sup> et l'autre sur la coopération entre les juridictions nationales et la Commission<sup>389</sup>. Prise pour l'application du règlement dans les deux cas, la première communication dépasse en effet l'objectif qui lui était assigné. L'introduction une

---

<sup>382</sup> TC 4 mai 2009 : « Considérant que, selon l'article L. 410-1 du Code de commerce, les règles définies au livre quatrième de ce Code, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, « s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public » ; que, dans la mesure où elles exercent de telles activités et sauf en ce qui concerne les décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, ces personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire ; qu'en matière de marchés publics, lesquels ne traduisent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, la compétence du juge administratif en qualité de juge du contrat, résultant de l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence » n° 3714 (AJDA 2009, p. 1490, note G. Eckert et p. 2440, obs. E. Glaser; JCP /2009, p. 338, concl. M. Guyomar.

<sup>383</sup> *Ibid.* C'est-à-dire, aujourd'hui, de l'Autorité de concurrence.

<sup>384</sup> M. AUDIT, *op. cit.*, p. 11.

<sup>385</sup> Article 13 : « 1. Lorsque les autorités de concurrence de plusieurs États membres sont saisies d'une plainte ou agissent d'office au titre de l'article 81 ou 82 du traité à l'encontre d'un même accord, d'une même décision d'association ou d'une même pratique, le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres autorités un motif suffisant pour suspendre leur procédure ou rejeter la plainte. La Commission peut également rejeter une plainte au motif qu'une autorité de concurrence d'un État membre la traite. - 2. Lorsqu'une autorité de concurrence d'un État membre ou la Commission est saisie d'une plainte contre un accord, une décision d'association ou une pratique qui a déjà été traitée par une autre autorité de concurrence, elle peut la rejeter ».

<sup>386</sup> Règlement précité, considérant 18 : « Afin d'assurer une attribution optimale des affaires au sein du réseau, il convient de prévoir une disposition générale permettant à une autorité de concurrence de suspendre ou de clôturer une affaire au motif qu'une autre autorité traite ou a traité la même affaire, l'objectif étant que chaque affaire ne soit traitée que par une seule autorité. Cette disposition ne doit pas faire obstacle à la possibilité, reconnue à la Commission par la jurisprudence de la Cour de justice, de rejeter une plainte pour défaut d'intérêt communautaire, même lorsqu'aucune autre autorité de concurrence n'a indiqué son intention de traiter l'affaire ».

<sup>387</sup> Terme employé par la Communication précitée, Section 2. On notera d'ailleurs la proximité du terme avec la fameuse expression de la « division du travail judiciaire » de G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> éd., PUF 1996, p. 153s., v. *infra*, n°229.

<sup>388</sup> Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence n° 2004/C 101/03, JOCE C 101/43 du 27 avril 2004.

<sup>389</sup> Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE n° 2004/C 101/04, JOCE C 101/54 du 27 avril 2004.

fois passée, en effet, la Commission se propose de répartir les affaires entre les autorités sur la base d'une appréciation d'opportunité : l'autorité est-elle « bien placée pour agir » ? Le critère aurait pu être laissé à l'appréciation de chacune des autorités. Cependant, souhaitant manifestement organiser au mieux la coordination des actions des autorités, la Commission a détaillé les critères permettant de définir cette notion. Au titre du point 8 de la Communication,

*« Une autorité peut être considérée comme étant bien placée pour traiter une plainte si les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies:*

- 1. l'accord ou la pratique a des effets directs substantiels, actuels ou prévisibles sur son territoire, y est mis en oeuvre ou y trouve son origine;*
- 2. l'autorité est à même de faire cesser efficacement l'intégralité de l'infraction; autrement dit, elle peut délivrer une injonction de ne pas faire dont l'effet sera suffisant pour faire cesser l'infraction et elle peut, au besoin, sanctionner l'infraction de manière appropriée;*
- 3. elle est en mesure de réunir, éventuellement avec le concours d'autres autorités, les preuves requises pour démontrer l'infraction ».*

Et la Communication d'insister, au point suivant, pour bien s'expliquer sur ces critères :

*« 9. Les critères susmentionnés montrent qu'il doit y avoir un rapport étroit entre l'infraction et le territoire de l'État membre pour que l'autorité de concurrence de cet État membre puisse être considérée comme bien placée. Il est fort probable que, dans la plupart des cas, les autorités des États membres où la concurrence est substantiellement affectée par une infraction seront bien placées, à condition qu'elles soient capables de faire efficacement cesser l'infraction par une intervention individuelle parallèle, à moins que la Commission ne soit mieux placée pour agir (voir points 14 et 15 ci-après).*

*10. Il s'ensuit qu'une seule autorité nationale de concurrence est généralement bien placée pour s'occuper des accords ou pratiques qui affectent la concurrence de façon substantielle essentiellement sur son territoire ».*

Les règles sont souples et la Commission n'a pas voulu établir des règles impératives de crainte d'obérer le fonctionnement nécessairement adaptable des règles de concurrence. Le critère de l'affectation substantielle de la concurrence sur un territoire est de toute façon suffisamment flou pour impliquer une certaine marge d'interprétation, donc de manœuvre. Cependant, il est remarquable que la répartition géographique ainsi opérée ressemble autant à une règle de compétence bilatérale et reproduise même pratiquement une règle d'opportunité du Règlement 2201/2003 sur la compétence et l'exécution des décisions en matière de désunion et de responsabilité parentale<sup>390</sup>. La règle de compétence se comporte en modèle.

---

<sup>390</sup> Article 15 du Règlement du Conseil n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 « À titre d'exception, les juridictions d'un État membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment qu'une juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier est mieux placée pour connaître de l'affaire, ou une partie spécifique

La spécificité de la fonction de ces autorités ne les empêche pas, une fois le critère assoupli, d'assimiler les méthodes de la règle de compétence<sup>391</sup>.

---

*de l'affaire, et lorsque cela sert l'intérêt supérieur de l'enfant: a) surseoir à statuer sur l'affaire ou sur la partie en question et inviter les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet autre État membre conformément au paragraphe 4, ou b) demander à la juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence conformément au paragraphe 5. [...] ».*

<sup>391</sup> L'importation du modèle juridictionnel, voire judiciaire, dans le contentieux des autorités de marché n'est d'ailleurs pas limité à la compétence internationale. C'est ainsi que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a expressément décidé qu'en l'absence de dispositions spéciales, les règles du Code de procédure civile constituent le droit commun du contentieux des pratiques anti-concurrentielles devant l'Autorité de la concurrence, Ass. Plén. 7 janv. 2011, *JCP* 2011, act. 43, obs. M. Malaurie-Vignal et 208, obs. B. Ruy ; *D.* 2011, p. 562, note F. Fourment.



## DEUXIEME CONCLUSION : L'ÉTAT FRANÇAIS PARTICIPE A UNE ORGANISATION DE LA JUSTICE INTERNATIONALE

150. **Participation souveraine à l'organisation internationale de la justice.** Depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, l'Etat français a progressivement limité son autonomie en matière juridictionnelle, en développant l'accès aux juridictions arbitrales, en inscrivant ses juridictions dans des réseaux internationaux qu'il ne maîtrise plus seul, voire en s'engageant à respecter certaines obligations internationales supplémentaires comme la première d'entre eux en la matière : celle qui fait de l'Etat non plus tant le maître – s'il l'a jamais vraiment été – que le débiteur d'une obligation de justice. Comme on avait déjà pu l'écrire en évoquant les travaux de Dominique HOLLEAUX, « *l'évolution historique de la notion de compétence incite à penser que le mouvement s'est fait en faveur d'un désengagement progressif de l'Etat du litige international* »<sup>392</sup>. Le traitement même de la juridictionnalité le confirme sous cet aspect : la Souveraineté de l'Etat français se traduit aujourd'hui moins dans l'accaparement et l'autonomie de son pouvoir juridictionnel que dans la participation au développement d'une organisation internationale de la justice dans les relations privées internationales.
151. **La reconnaissance des juridictions.** Si l'État français conserve globalement une pleine autonomie dans l'investiture de ses propres juridictions, on ne saurait pour autant réserver à ces seuls organes « français » l'étude d'une telle organisation. En participant à l'Union européenne, en ratifiant des conventions internationales voire, simplement, en légiférant sur le traitement des procédures arbitrales, l'État français oblige à décentrer partiellement l'analyse : il faut accepter de se désintéresser de la nature de la juridiction et de son investiture. L'important, en ce qui concerne cette organisation de la justice internationale de droit privé, se révèle tout simplement dans la prise en compte de l'activité juridictionnelle, dans sa reconnaissance par l'État sous une forme ou une autre : arbitres du commerce international, tribunaux de la Juridiction unifiée du brevet et *kronofogdemyndighet* sont ainsi des exemples des organes qui participent, selon le droit français, de la justice internationale économique.
152. **La reconnaissance par l'organisation.** On commence alors à percevoir une ébauche d'organisation, du point de vue de l'État français au moins. Il y a, d'une part, toutes les juridictions étatiques étrangères. En reconnaissant l'État étranger, l'État français s'est aussi obligé à reconnaître les institutions qui le forment et, notamment, ses juridictions. L'obligation de droit international public ainsi évoquée est assez floue, toutefois, et n'implique qu'assez peu de conséquences. Un grand nombre de juridictions, d'autre part, sont reconnues en tant que telles par des normes qui articulent leur activité avec celle du juge français. La réglementation de la concurrence internationale des juridictions, dès lors qu'elle impose un choix entre plusieurs organes, est la meilleure preuve de la reconnaissance par le droit français de cette même concurrence.

---

<sup>392</sup> E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, LGDJ 1999, p. 3

**153. Reconnaissance transfrontière ?** Toutefois, si la distinction des organes doit se faire par l'étude des normes, un nouveau problème se révèle car, là encore, le concept d'État imprime sa marque. La théorie classique de la compétence internationale présente en effet cette réglementation comme subissant une déformation particulière : elle serait limitée à la désignation d'un ordre juridictionnel étatique. Dans ce cadre, la concurrence de juridictions non étatiques serait donc inconcevable. La configuration particulière de la situation internationale en serait responsable en tant que toute réglementation internationale serait irrémédiablement contrainte par le phénomène de la frontière étatique. Encore faut-il que cette conception s'avère en droit positif. Ici encore, on peut en douter.

## TITRE SECOND

# COMPETENCE ET INTERNATIONALITE

---

**TITRE SECOND : COMPETENCE ET INTERNATIONALITE . ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

**CHAPITRE I : L'HERITAGE DE L'INTERETATISME ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

SECTION 1 : LE PARADIGME CONFLICTUALISTE DE LA THEORIE DE LA COMPETENCE INTERNATIONALE.....**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

Paragraphe 1) *L'abandon de l'argumentation conflictualiste* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2) *Le maintien d'un cadre de pensée conflictualiste* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

SECTION 2 : LA REALITE MATERIELLE DU DROIT POSITIF DE LA COMPETENCE INTERNATIONALE.....**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

Paragraphe 1) *La diversité des règles de compétence internationale*..... **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2) *La distinction de la compétence et du pouvoir juridictionnel*..... **Erreur ! Signet non défini.**

TROISIEME CONCLUSION : L'INADAPTATION DE LA THEORIE DE LA COMPETENCE AU DROIT CONTEMPORAIN.....**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

**CHAPITRE II : LE DEVELOPPEMENT D'UNE TRANSNATIONALITE .....ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

SECTION 1 : LE CARACTERE FONCTIONNEL DES CONDITIONS D'INTERNATIONALITE**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

Paragraphe 1) *La diversité des internationalités* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2) *Les fonctions des internationalités*..... **Erreur ! Signet non défini.**

SECTION 2 : LE CARACTERE EXCEPTIONNEL DE LA PRISE EN COMPTE DE L'INTERNATIONALITE.....**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

Paragraphe 1) *Le principe d'indifférence à l'internationalité* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2) *L'exceptionnelle adaptation à l'extranéité* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

QUATRIEME CONCLUSION : EN PRINCIPE, L'INTERNATIONALITE N'AFECTE PAS LA REGLEMENTATION DE LA COMPETENCE.....**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

154. **Position du problème.** La compétence *internationale* est ordinairement distinguée de la compétence *interne*. On devrait ainsi, selon certains auteurs<sup>393</sup>, la distinguer des compétences territoriale et matérielle internes qui « assurent la distribution des litiges entre les diverses juridictions de l'ordre judiciaire »<sup>394</sup>. Le caractère international de cette compétence renverrait donc à l'idée d'un seuil au-delà duquel les *règles* de compétence juridictionnelles internes doivent s'effacer, ou se coordonner, avec

---

<sup>393</sup> V. Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, spéc. p. 442s.

<sup>394</sup> Ph. THERY, *ibid.*

d'autres règles adaptées à un nouveau contexte<sup>395</sup>. Cependant, le terme international désigne également un espace juridique et politique, la société des États, dans lequel s'épanouit le droit international public. Or, ce dernier compte nombre de conventions internationales qui permettent aussi d'observer des règles de compétence d'un type distributif, sans compter même « l'espace judiciaire européen » qui contribue très largement au droit de la compétence internationale applicable en France. Seuil ou espace, voire autre chose encore, il est donc nécessaire de déterminer quel est le sens, si tant est qu'il n'y en ait qu'un, de cet adjectif qualificatif dans la meilleure acception de ce terme.

**155. Etymologie : international comme « entre États ».** Il est utile, là encore, de prendre un peu de recul historique car il faut remonter jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle pour comprendre la mutation de la pensée juridique, politique et même théologique qui permit la naissance progressive du terme « international ». Son ancêtre, le droit des gens, correspondait encore à cette époque à un ensemble de règles issues du droit naturel applicables à tous les peuples<sup>396</sup>. Or, l'évolution rationaliste de la pensée occidentale ne se satisfaisait plus de certaines incohérences présentes, non dans la notion elle-même, mais dans ses caractères<sup>397</sup>. Le renouvellement de la notion qui fut alors engagé devait permettre d'en dégager un nouveau fondement.

Parallèlement à la pensée juridique, le contexte politique avait d'ailleurs changé. Les États, en particulier dans les pays où cette doctrine se faisait jour, en France, en

---

<sup>395</sup> En ce sens P. LAGARDE, « L'internationalité du point de vue de l'ordre international », *Rev. Lamy Droit des Aff.* 2002, Supp. n° 46, p. 17.

<sup>396</sup> V. M.-F. RENOUX-ZAGAME, « La disparition du droit des gens classique », *Rev. hist. fac. dr. sc. jur.* 1987, p. 39.

<sup>397</sup> Il s'agit selon Mme RENOUX-ZAGAME (*op. cit.*) d'un phénomène interne à la théorie : la recherche d'une certaine précision de la notion de droit des gens. Le droit des gens consistait en un ensemble de règles, les *jura gentium* issues du droit naturel parce qu'elles se déduisaient de l'ordre naturel (c'est-à-dire la marque laissée par la loi éternelle sur la nature) tout en conservant une place à la raison (la relation déduction n'était pas toujours immédiate). C'était donc l'assentiment des peuples qui en confirmait le caractère naturel. Or, à la fin du XVI<sup>e</sup> début XVII<sup>e</sup> siècle, plus grand monde ne soutient la communauté entre le droit naturel et l'ordre naturel pour diverses raisons.

1/ les règles régissant les animaux ne sont pas des règles de droit. Il faut donc distinguer l'ordre naturel et le droit naturel. Le droit naturel devenait ainsi chose plus raisonnable.

2/ la raison implique de faire passer la plus grande partie des règles de droit des gens dans le droit naturel. En effet, le procédé de connaissance des *jura gentium*, qui faisait la part belle à l'observation de leur commune acceptation au sein des différentes sociétés, est peu convaincant pour les théologiens comme pour les romanistes pour lesquels la raison commence à devenir le premier élément de justification, surpassant ainsi le *consensus communis*, c'est-à-dire l'assentiment général des hommes. Si certains principes sont éminemment de droit naturel, alors tout ce qui en découle logiquement et nécessairement est du droit naturel, sans avoir besoin de cette observation.

3/ L'assentiment des nations portait auparavant valeur d'un argument de confirmation. Il révélait un accord, tacite ou explicite, des peuples, et en même temps une certaine adaptation, une « convenance » avec certaines exigences entraînées par la séparation des hommes en communautés distinctes (le raisonnement était souvent présenté ainsi : puisque tous les hommes suivent telle règle c'est qu'ils y adhèrent naturellement parce que cela leur convient). C'était ce double fondement, accord et convenance, qui justifiait la qualification de *jura gentium*. Or cet accord, initialement considéré comme l'adhésion de chacun ou de l'ensemble des hommes, ne pouvait plus être recherché dès lors que les États séparaient plus efficacement les communautés. Ce n'était donc plus l'adhésion de l'humanité mais l'accord des États qui vint donner sa force à ces coutumes, ces *jura gentium* particulières s'adressant aux peuples, aux États.

VITORIA, considéré comme le cofondateur du droit international avec GROTIUS, emploie le premier le terme de *jus inter gentes* (au lieu de *jus inter homines*) et considère que les coutumes internationales sont le fruit d'un accord virtuel entre les nations. DE SOTO ajoute que si les États sont toujours, comme on les considérait au Moyen-âge, des communautés parfaites (i.e. autonomes), ils sont membres d'une communauté universelle, communauté qui a besoin de règles.

Espagne et aux Pays-Bas, s'affirmaient de plus en plus comme les premiers acteurs du discours juridique. Ainsi, c'est chez un dominicain espagnol ayant étudié et enseigné à la Sorbonne, Francisco DE VITORIA, que l'on trouve la première altération d'un synonyme de *jus cogens*, le *jus inter homines*, droit entre les hommes, qui devient *jus inter gentes*, droit entre les peuples. L'histoire allait consolider cette évolution et le terme de droit *des gens* revint sous la plume du chancelier D'AGUESSEAU sous la forme du droit *entre les gens*<sup>398</sup>. Mais c'est à BENTHAM que l'on doit la conclusion de cette évolution. Il proposa de le remplacer par le néologisme « international » dans son *Introduction aux principes de morales et de législation*, en 1789<sup>399</sup>. Il souhaitait exclure définitivement le vocable « droit des gens », qu'il jugeait imprécis et même trompeur, par un mot qui désigne plus correctement les relations entre les nations. « L'internationalité » était née<sup>400</sup>.

**156. Développement du « droit international » comme droit « interétatique ».** Ce retour aux sources sémantiques de la notion d'internationalité nous permet de mettre l'accent sur ce qui devint l'élément central du raisonnement juridique de droit international : l'État. Le droit international était alors le droit des États comme le droit commercial était celui des commerçants. Dans son versant public, l'État était le sujet des relations étudiées. Dans son versant privé, dès le XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle, il l'était aussi, mais indirectement, puisqu'il s'agissait de déterminer la portée de sa compétence législative et juridictionnelle.

**157. L'évolution vers une perspective « transnationale ».** Aujourd'hui, cependant, la perspective aurait changé. On ne s'intéresserait plus à la portée dans l'espace de la souveraineté des États mais simplement à l'application du droit et à la possibilité de saisir une juridiction pour une bonne administration de la justice. Cette évolution du droit de la compétence internationale serait ainsi parallèle à ce qui s'est produit au sujet de l'idée que l'État français se faisait de son « monopole » de justice. Mais le sens du caractère « international » de ce droit pourrait alors avoir changé. Si

---

<sup>398</sup> D'AGUESSEAU, *Oeuvres*, Tom. II, p. 337, edit. 1773, 12mo, cité dans J. BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, New York, 1789, réed. Blackwell 1960, Introd. W. Harrison, p. 426, en note.

<sup>399</sup> « *The word international, it must be acknowledged, is a new one; though, it is hoped, sufficiently analogous and intelligible. It is calculated to express, in a more significant way, the branch of law which goes commonly under the name of the law of nations: an appellation so uncharacteristic, that, were it not for the force of the custom, it would seem rather to refer to internal jurisprudences* », (« On doit reconnaître que le terme international est terme nouveau; bien que, on l'espère, suffisamment analogue et intelligible. Il est conçu pour exprimer, de façon plus significative, la branche du droit que l'on appelle habituellement 'droit des gens' : une appellation si peu caractéristique que, s'il n'y avait la force de l'habitude, elle devrait plutôt renvoyer au droit interne »), J. BENTHAM, *op. cit.*, *loc. cit.* (les italiques sont de l'auteur).

<sup>400</sup> Bien que de manière très différente de ce que l'on entend aujourd'hui. Chez ce dernier auteur, la notion d'internationalité permettait de distinguer deux types de « doctrines », terme dans lequel il englobait ce que nous distinguerions aujourd'hui sous les termes de droit positif et de doctrine juridique : la « doctrine interne » et la « doctrine internationale ». La seconde avait la particularité de s'intéresser aux relations entre États. Dans cet esprit, le droit international serait donc issu d'un constat naturel sur la différence de nature entre d'une part les relations entre personnes, conçue comme interne à chaque État et d'autre part les rapports internationaux, c'est-à-dire entre États. En revanche, et préfigurant le particularisme du droit international privé à venir, BENTHAM n'en faisait pas le critère de distinction entre le droit local, « *le droit de tel ou telle nation ou nations en particulier* », et le droit universel, « *le droit de toutes les nations quelles qu'elles soient* ». Paradoxalement, il considérait ainsi que le droit des relations entre États, la « doctrine internationale », relevait du droit local de chaque État. BARTIN, s'il nia ensuite le rôle du droit international public dans cette répartition, ne disait pas autre chose en définissant le droit international privé comme la répartition étatique des compétences législatives et juridictionnelles, v. *infra*, n° 165s.

l'État et ses compétences ne devaient plus être au cœur de ses solutions, il ne serait plus « inter-étatique », mais autre chose de plus pragmatique, de moins abstrait. Il ne serait plus un droit « entre États » mais un droit qui cherche à proposer des solutions traversant les frontières : un droit transfrontière, c'est-à-dire « transnational ».

**158. Le maintien du caractère interétatique de la théorie.** Cela dépend toutefois de la mesure dans laquelle le droit international privé de la compétence a vraiment tiré les conséquences de ce changement de paradigme dont on a déjà observé les effets : multiplications des juridictions hors l'État, multiplication des règles de compétence transfrontières, etc. Or, il apparaît au contraire que l'État reste toujours aussi central dans la présentation classique de la compétence internationale. C'est, en effet, à ses frontières que se poserait le problème de la compétence internationale ; c'est, encore, la détermination de l'État dont les juridictions pourraient intervenir qui formerait l'objet propre des règles qui le résolvent ; c'est, enfin, le seul ordre juridictionnel de ce dernier qui devrait en être en principe la solution. Dans la théorie classique, la compétence internationale en reste ainsi à une interrogation « *interétatique* », au sens où sa réponse devrait toujours viser un État.

**159. La transformation du droit de la compétence.** Il faut donc reprendre la méthode. Passer la théorie classique de la compétence au filtre de l'histoire et du droit positif permettra de vérifier s'il y a une nécessité particulière de penser le droit de la compétence internationale par le concept d'État. Au regard du titre précédent, et de l'évolution de la politique internationale de l'État français vers un libéralisme émancipateur des justiciables, on ne sera pas surpris d'observer qu'au contraire, cette conception ne se justifie pas. Le phénomène de la frontière, ce seuil particulier, existe toujours ; mais il faut le réduire à ce qu'il est devenu pour le droit de la compétence, une exception, qui relève parfois d'une certaine politique juridique, parfois simplement d'une prise en compte de certaines extranéités. Il n'est pas, en soi, le constat d'un seuil où la compétence devrait changer de nature. L'internationalité change certainement le problème de la compétence, mais pas nécessairement ses règles. Et les nombreuses innovations juridiques de coordination des juridictions étatiques entre elles et des juridictions étatiques avec des juridictions internationales et arbitrales le montrent assez. Au regard du droit positif, l'analyse du droit de la compétence internationale doit se défaire de son héritage interétatique et publiciste (Chapitre 1) et observer, au contraire, le développement de solutions transnationales, qui transcendent les frontières (Chapitre 2).

## CHAPITRE I :

### L'HERITAGE DE L'INTERETATISME

---

160. **L'héritage bartinien.** Là encore, le problème est épistémologique avant d'être logique. Il y a en effet une raison historique à la place centrale de l'État dans la théorie de la compétence internationale qui ne relève pas, ou qui ne relève plus en tout cas, d'une explication théorique. Pour le montrer, il est nécessaire de revenir à la source de la pensée moderne de la compétence internationale, auprès de celui dont on l'a hérité : Etienne BARTIN. L'auteur auvergnat prit en effet à la théorie du conflit de lois, qu'il a aussi magistralement structurée, le cadre et les prémisses de la théorie des conflits de juridictions, et en son sein celle de la compétence internationale, qui acquit ainsi par atavisme cette fonction particulière de désigner un ordre juridictionnel, c'est-à-dire un État. Deux siècles plus tard, malgré les évolutions fondamentales subis par sa grande sœur, la théorie des conflits de juridictions conserve à l'État son importance majeure.
161. **Un héritage encombrant.** L'héritage bartinien n'est cependant plus complètement assumé en doctrine. Depuis longtemps, les auteurs ont adopté la présentation du conflit de juridictions comme d'un conflit très largement « pacifié »<sup>401</sup>. La compétence internationale ne serait pas une question de compétence de l'État, mais simplement d'intervention des juridictions. Il ne serait pas une question « conflictuelle » mais matérielle, au sens où les règles de compétence internationale résolvent directement la question posée, contrairement à une règle de conflit de lois qui se contente de renvoyer à la règle substantielle qui résout le problème. Malgré cette évolution dans la présentation, le problème de la compétence internationale reste toutefois encore aujourd'hui marqué par la conception bartinienne.

En décrivant la compétence internationale comme une réglementation destinée à déterminer quand les tribunaux *de l'État*, en général, sont compétents, la théorie classique maintient en effet une conception assez particulière du droit de la compétence, car elle relève d'un paradigme conflictuel (Section 1). Ce paradigme a un effet néfaste sur la conception de ce droit, car il relègue au rang d'exception voire occulte partiellement l'extrême variété des règles de compétence internationale dont l'unité se retrouve dans la simple finalité de la désignation d'un juge, le véritable objet de la question de compétence, interne comme internationale (Section 2).

---

<sup>401</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 121.

## Section 1 : LE PARADIGME CONFLICTUALISTE DE LA THEORIE DE LA COMPETENCE INTERNATIONALE

162. **Origine de l'expression.** Depuis Etienne BARTIN, l'expression « conflit de juridictions » est employée pour désigner l'ensemble des normes régissant le contentieux privé international, dont celles afférant à la question de la compétence<sup>402</sup>. Conçu de façon symétrique à la question de la loi applicable, les « conflits de lois », elle avait été forgée dans le contexte d'une analyse « publiciste » du droit international privé, c'est-à-dire fortement imprégnée de considérations de droit public : il s'agissait alors de déterminer la portée de la souveraineté des États.
163. **Une évolution doctrinale inachevée.** Aujourd'hui, cette perspective est assez largement abandonnée au profit d'une autre, que l'on qualifie parfois de « privatiste » car elle fait la part belle aux intérêts privés des justiciables, les considérations de souveraineté n'intervenant que marginalement. Cependant, alors que cette tendance plus moderne refuse toute portée au terme de « conflit de juridictions », elle ne semble pas avoir tiré toutes les conséquences du changement de paradigme ainsi opéré. C'est, après un rapide survol de cette évolution doctrinale (§1), un paradoxe qu'il faut dénoncer (§2).

### Paragraphe 1) L'ABANDON DE L'ARGUMENTATION CONFLICTUALISTE

164. Très conflictualiste chez Etienne BARTIN (I), la théorie de la compétence a progressivement délaissé son héritage publiciste (II).

#### I) La théorie d'Étienne BARTIN

165. **Présentation de la théorie.** C'est en 1907, dans la préface de ses *Études sur les effets internationaux des jugements*<sup>403</sup>, que BARTIN évoque pour la première fois une théorie générale du droit international privé dont les conflits de juridictions seraient le versant procédural des « conflits de lois »<sup>404</sup>. Ils avaient été nombreux, avant lui, à s'intéresser à la compétence des tribunaux français dans les litiges entre

---

<sup>402</sup> B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 384 ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 275 ; M.L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de la PRADELLE, n° 325 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 681.

<sup>403</sup> *Études*, t. 1, Paris 1907, p. III. V. plus tard, du même auteur, « Théorie générale des conflits de juridictions », *JDI* 1928, p. 5 et la synthèse dans les *Principes de droit international privé*, Paris, 1930, §119s.

<sup>404</sup> Ce dernier terme avait été adopté un demi-siècle auparavant en France par FÉLIX en traduction du « *kollizjonrecht* » de SAVIGNY, le père de la théorie européenne des conflits de lois « *Si nous avons ici à choisir entre plusieurs règles appartenant à différents droits positifs nous sommes ramenés aux limites de l'empire de chaque droit positif et aux collisions qui résultent de ces limites.* », F. K. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, trad. Ch. Guénoux, Paris 1860, réed. Ed. Panthéon-Assas, Av.-propos H. Synvet, 2002, p. 7. SAVIGNY avait été précédé dans ce rôle de synthèse par STORY, qui avait publié son *Conflict of laws* aux États-Unis en 1841.



étrangers<sup>405</sup>. Mais dès l'instant qu'il fallait analyser le problème de façon plus générale, les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle avaient recours à une règle de conflit de lois : la loi applicable à la procédure<sup>406</sup>. BARTIN, renversant le tout, fait des conflits de juridictions un problème à part, dont la loi applicable à la procédure n'est qu'un élément parmi deux autres, les effets des jugements étrangers et la compétence internationale (directe) des tribunaux français<sup>407</sup>. Pour cette dernière, il proposa de dissocier ce qu'il appelait alors la compétence générale, c'est-à-dire la compétence des juridictions françaises prises dans leur ensemble, de la compétence spéciale qui permettait de déterminer plus précisément le juge compétent au regard des règles internes de compétence territoriale et d'attribution<sup>408</sup>. Cette méthode procédait d'une analyse identique à celle du conflit de lois : dans un litige intéressant plusieurs États, il s'agissait en effet de trouver l'État compétent pour rendre la décision (compétence générale). Une fois l'État compétent déterminé, il suffisait alors d'interroger son système judiciaire pour savoir lequel de ses juges était susceptible de statuer sur la question (compétence spéciale). Confronté à une multitude d'États et de systèmes judiciaires possibles, le conflit à résoudre était donc, comme en matière législative, celui de la concurrence de compétence des États du monde. Comme l'énonçait l'auteur auvergnat, « *La question est de savoir, non plus quel est le domaine du pouvoir législatif d'un État donné, par opposition au pouvoir législatif des autres, mais quel est le domaine du pouvoir juridictionnel d'un État donné, par opposition au pouvoir juridictionnel des autres* ». À cette analyse du problème centrée sur l'État répondait naturellement une solution centrée sur l'État, et en particulier l'État français<sup>409</sup>.

166. **Caractère interétatique de la théorie.** Appelée théorie du *Grenzrecht*, c'est-à-dire « droit des limites »<sup>410</sup>, cette analyse des problèmes soulevés par les situations juridiques internationales prend comme critère l'État et son domaine de compétence : qu'est-ce qui est soumis au contrôle de tel État ? qu'est ce qui ressort de la compétence d'un autre ? L'idée sous-jacente est toujours celle d'une répartition des affaires entre les États, comme le ferait une règle de conflit de lois cherchant à déterminer le droit applicable. En ce sens, le droit des conflits de juridictions, et en particulier de la compétence internationale, est bien

<sup>405</sup> « Il n'est guère de sujet qui ait été plus souvent traité que celui de la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers [...] », R. VINCENT « De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers », *Rev. prat. dr. inter. priv.* 1890-1891, 2, p. 66.

<sup>406</sup> M. FÉLIX, *Traité du droit international privé*, Lib. Joubert, éditions de 1840, n° 125.

<sup>407</sup> V. cependant de nombreuses prémisses de cette théorie chez Ch. BROCHER, *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, Paris-Genève 1885, spéc. t. III. Bien qu'il maintienne la présentation traditionnelle d'application de la *lex fori*, Charles BROCHER avait déjà proposé la distinction compétence internationale et compétence interne (*op. cit.* p. 13s.). Comp. dans un état antérieur de la pensée de cet auteur, Ch. BROCHER, « Théorie du droit international privé », *Rev. dr. int. et de légis. comp.* 1871, p. 412 et 1873, p. 390.

<sup>408</sup> v. *infra*, n°190.

<sup>409</sup> L'auteur insistait d'ailleurs : s'il suffisait, selon lui, de déterminer le « *domaine du pouvoir juridictionnel de la souveraineté française par opposition au domaine du pouvoir juridictionnel d'un Etat étranger* », il rappelait ailleurs que le droit international privé « n'est pour [lui] que la somme, dans un Etat donné, des effets de la souveraineté de cet Etat dans l'ordre des intérêts privés », E. BARTIN, *Principes de droit international privé*, Paris 1930, §55.

<sup>410</sup> Sur le sujet, voir P. de VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, n° 8.

« interétatique » puisque ce sont les rapports entre les États, observés au prisme de leurs juridictions, que cette branche du droit cherchait à régir<sup>411</sup>.

167. **Caractère publiciste de la théorie.** Sans que l'on ait pu y voir une contradiction, cette répartition se faisait selon des règles unilatérales, c'est-à-dire des règles édictées par chaque État pour ses seules juridictions. Tout État n'ayant comme pouvoir que celui de fixer la compétence de ses propres organes, il lui revient d'établir leur champ d'intervention et, réciproquement, les limites de celle-ci. La répartition des affaires procéderait, selon cette théorie, de l'intervention idéalement harmonieuse des États en la matière<sup>412</sup>. Ce serait dans cette concurrence intelligente que les États, qu'ils s'organisent consciemment ou qu'ils s'adaptent naturellement, parviendraient à une sorte de système international des juridictions, résorbant ainsi le conflit de souverainetés. BARTIN s'inscrivait ainsi dans une conception « publiciste » du droit international privé qui remontait à la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. Dans la lignée d'un BENTHAM<sup>413</sup>, FÉLIX en France<sup>414</sup>, ASSER aux Pays-Bas<sup>415</sup> ou MANCINI en Italie<sup>416</sup> parlaient en effet du droit international privé comme l'une des deux branches du droit international, l'autre étant le droit international public<sup>417</sup>. Leur proximité tenait de l'ordre « inter-national » dans lequel ils s'inscrivaient, c'est-à-dire de la division interétatique du monde en États Nations, en ordres juridiques nationaux et souverains. En outre, il s'inscrivait alors dans une tradition plus ancienne encore en matière de compétence, la recherche du juge compétent pouvant aussi relever de la recherche du juge « naturel », dont la caractérisation avait pu relever, en particulier sous l'Ancien régime, d'une question de lien de droit public : celui du sujet à son souverain<sup>418</sup>.

---

<sup>411</sup> V. pour un exemple de présentation de la compétence internationale sous cet angle, J. JODLOWSKI, « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile », *RCADI* 1974-III, t. 143, p. 475, spéc. p. 486s.

<sup>412</sup> C'est un problème particulièrement étudié sous l'angle du conflit de lois : J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. III, Paris 1944, p.10 ; H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse Paris, 1985, spéc. p. 57s.

<sup>413</sup> Sur lequel v. *supra* n°155 et la note.

<sup>414</sup> *Op. cit.*

<sup>415</sup> G. J. W. STEENHOFF, « Asser et la fondation de la Conférence de la Haye de droit international privé », *RCDIP* 1994, p. 297.

<sup>416</sup> P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les Etats, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI* 1874, p.221 et 285

<sup>417</sup> V. encore A. LAINE, *Introduction au droit international privé*, t. I, Paris 1888, p. 1 : « *Le droit international est le droit des peuples, le droit qui leur est commun ; il s'oppose au droit national de chacun d'eux* ».

<sup>418</sup> L'histoire de la compétence juridictionnelle semble encore difficile à décrire. Aussi loin que l'on remonte, les auteurs se sont en priorité intéressés aux problèmes de recherche du droit applicable, les conflits de lois. Dans l'ancien droit, depuis la féodalité jusqu'à la Monarchie absolue, la question de la compétence du juge ressortait parfois, lorsqu'elle était justifiée de celle du pouvoir du suzerain sur son sujet, la justice étant tout à la fois un attribut et une fonction de son pouvoir. H. GAUDEMET-TALLON, *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil, Contribution à l'histoire de la compétence judiciaire internationale*, Préface P.-Cl. Timbal, PUF 1964, spéc. p. 36s. ; L. RIGAUD, « La conception nationaliste de la compétence judiciaire en droit international privé : sa persistance et ses origines », *RCDIP* 1938, p. 605 ; J. HUDAULT, « Sens et portée de la compétence du juge naturel dans l'Ancien droit français », *RCDIP* 1972, p. 27s. et 249s. Toutefois, il s'agit peut-être d'une lecture publiciste *a posteriori* sur ce qui n'est autre qu'une logique moins politique que pragmatique : le fait de se placer sous la justice du lieu où l'on traite et de protéger le commerce local. On trouve ainsi dès l'Antiquité grecque des solutions au problème de ce que l'on appellerait aujourd'hui « compétence internationale », et qui relevait surtout alors de l'interrogation de l'accès des étrangers, et surtout des non-citoyens, à la justice de la cité. V. Ph. GAUTHIER, *Symbola, Les étrangers et la*

## II) Le recul des arguments publicistes

168. **Evolution de la théorie générale du droit international privé.** Si, depuis lors, la situation de concurrence théorique des États n'a pas été niée<sup>419</sup>, elle a cependant perdu son rôle de pierre angulaire de la théorie générale du droit international privé, notamment dans le domaine des conflits de lois en France<sup>420</sup>, et ce du fait

---

*justice dans les cités grecques*, Annales de l'Est, Nancy 1972, spéc. p. 182. On citera ici l'ouvrage difficile à se procurer : « 1) en l'absence de véritable convention judiciaire, les procès entre particuliers dans la Grèce ancienne avaient sans doute lieu plus souvent dans la cité du défendeur que dans celle du demandeur. Et, dans ce cas, le demandeur s'en remettait aux magistrats et aux lois de la cité du défendeur ». L'étranger « de droit commun » était rare. L'auteur cite ici un traité entre Sardes et Ephèse qui pose bien la règle *actor sequitur forum rei*. Il ajoute « encore ce principe général s'explique-t-il, à mon avis, moins par un souci d'efficacité que par le type de situations et de relations entre les individus qui caractérisaient le monde des cités. Car si quelqu'un pouvait craindre d'être maltraité ou lésé, c'était l'étranger dans la cité où il était de passage, et non le citoyen qui était chez lui [...] 2) Dans les litiges d'ordre commercial ou entre commerçants, le principe énoncé ci-dessus perdait souvent sa raison d'être. Du moment que les biens en litige étaient saisissables sur place, le procès pouvait avoir lieu indifféremment dans la cité du demandeur ou dans celle du défendeur ». L'auteur ajoute ici l'exemple d'une loi athénienne du IV<sup>e</sup> siècle av. J.C. « 3) Enfin, en ce qui concerne les conventions judiciaires, on n'aperçoit guère d'originalité dans ce domaine. L'un des buts de ces conventions, certes, est d'ouvrir à l'étranger les tribunaux de la cité, donc d'ouvrir ces tribunaux à l'étranger demandeur. Mais un autre but est d'assurer une justice rapide et équitable pour les deux parties, sitôt le litige constaté. C'est pourquoi il semble que les litiges concernant les personnes étaient normalement portés devant les magistrats de la cité où le délit avait été constaté, quitte à recourir ensuite aux magistrats de l'autre cité pour faciliter l'exécution du jugement ». Jusqu'au II<sup>e</sup> siècle, les *symbola* (conventions entre cités) organisent ainsi la compétence internationale. Mais (p. 345), « à partir du II<sup>e</sup> siècle, tout change : les *symbola* remettent les procès des particuliers à des juges étrangers venus tout exprès pour cela. Or à cette époque, on le sait, la plupart des cités grecques – à quelques rares mais notables exceptions près, comme Rhodes et Athènes- renoncent à faire juger leurs propres citoyens par les tribunaux locaux. Ces tribunaux, on ne peut plus les réunir à cause des guerres, ou bien on ne reconnaît plus leurs décisions, faute d'un minimum de concorde sociale. Il arrive que la suspension des tribunaux se prolonge pendant plusieurs décennies, comme en témoigne Polybe pour la Béotie. Dans ces conditions, le recours à des juges étrangers permet sans doute de trouver une solution aux problèmes judiciaires, tout en apaisant les conflits sociaux, mais c'est aussi la marque de l'éclatement des communautés civiques et de leur irrémédiable décadence. Plus que tout autre chose, en effet, l'exercice de la justice symbolisait à la fois la souveraineté de la cité et la participation des citoyens aux affaires communes : Aristote ne définissait-il pas le citoyen comme celui qui participait aux délibérations et à l'exercice de la justice (Politique, III, 1275 a 23 et b 18-19) [...]. Fruit des dissensions intestines, le recours aux juges étrangers a sans doute été encouragé d'abord en Asie et dans les îles par l'administration royale, puis en Grèce péninsulaire par les magistrats romains [...] ». L'arbitrage privé restait cependant très populaire (p. 374). De plus le développement des *symbolon* est concomitant de la persistance de la pratique du droit de représailles (pas forcément physique, mais surtout pécuniaire). En conclusion (p. 377), « Facteur politique, facteur religieux : l'un et l'autre permettent d'apercevoir en filigrane les réalités économiques. Car, si l'histoire politique et la vie religieuse permettent de reconstituer le cadre dans lequel étaient conclues les conventions ou créées des institutions judiciaires originales à l'usage des étrangers, c'est finalement l'histoire économique que nous retrouvons comme toile de fond. J'ai essayé de le montrer précisément à propos d'Athènes ; je l'ai rappelé également à propos des panégyries hellénistiques, qui jouaient le rôle de foires. D'une manière plus générale, les conventions – surtout les *symbolai* – concernaient souvent des cités portuaires : la sécurité des commerçants, partant la garantie de la trophée de la cité, constituaient donc les mobiles essentiels, comme le révèle d'ailleurs explicitement Aristote dans la Rhétorique ». D'ailleurs, s'il y eut un temps une prohibition faite aux sujets du Roi de France de saisir un juge autre que celui de l'Etat français, ce n'était que dans les litiges à l'encontre d'autres sujets de ce Roi (Edit portant règlement sur les fonctions judiciaires et de police qu'exercent les consuls de France en pays étrangers, juin 1778, §2, ISAMBERT, DECRUY, JOURDAN, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Lib. Plon frères, Paris 1822-1827, vol. XXV, p. 333). Au contraire, en cette même période absolutiste, où le lien de sujétion devait pourtant être important, le même Roi de France, Louis XV, consentait à certains étrangers des privilèges de juridiction équivalents aux anciennes capitulations (v. *supra*, n°98 et la note) dans la perspective de favoriser le commerce. La faveur des intérêts privés et d'une lecture « privatiste » de la compétence – en tant du moins qu'elle favorise le commerce international – n'a certainement été jamais complètement abandonné par le législateur. En revanche, il est certain que la lecture « publiciste » a été le paradigme principal de la doctrine depuis le code napoléon au moins (v. par exemple L. RIGAUD, *op. cit.*)

<sup>419</sup> Elle opère même un retour en faveur sous l'angle de la théorie économique du droit, v. par exemple l'ouvrage tiré du colloque *Conflits de lois et régulation économique*, LGDJ 2008.

<sup>420</sup> Mais aussi en Allemagne et, de manière plus nuancée, dans les pays de Common Law par exemple, l'analyse publiciste devenant la marque des universalistes, v. J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF 1999, spéc. p.87s.

d'une évolution jurisprudentielle mais surtout d'une approche renouvelée de la matière. Ainsi, la Cour Permanente de Justice Internationale a refusé de trouver dans le droit international (public) la solution à des problèmes de droit international privé qui relevaient selon elle de la liberté des États. Malgré les clameurs de la doctrine qui restait fidèle à une présentation publiciste du problème<sup>421</sup>, elle a en effet considéré dans le célèbre arrêt *Lotus* que « *Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse à cet égard une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables* »<sup>422</sup>. L'arrêt préparait le terrain d'une autre approche, « privatiste »<sup>423</sup>, qui critiquait la théorie du *Grenzrecht* en faisant valoir deux séries d'arguments. Sur le plan pratique, d'abord, les États n'auraient le plus souvent aucune implication particulière dans les situations privées internationales<sup>424</sup>. D'autre part, sur un plan plus théorique, elle affirma la distinction entre la compétence de l'État, c'est-à-dire son pouvoir de régulation, libre de toute limite en droit international public, et les solutions que ce dernier apporte aux conflits de lois et de juridictions, c'est-à-dire sa « compétence » législative ou juridictionnelle, qui n'en sont que l'exercice<sup>425</sup>. Ramenant ainsi la question d'une transaction théorique entre puissances étatiques à une recherche de ce qui est juste et/ou pratique pour les justiciables, on quittait le conflit des droits pour entrer dans l'administration du droit.

**169. Contexte général de l'évolution du droit.** Aujourd'hui, cette analyse en termes de conflit de souverainetés n'est plus soutenue que par une minorité de la doctrine contemporaine<sup>426</sup>. En effet, l'essentiel des auteurs considère qu'elle procède d'un biais idéologique tenant à la place accordée à l'État en tant que personne publique dans la réglementation des situations juridiques<sup>427</sup>. Cette prépondérance de l'État, on le sait, n'a pas perduré. Dans un mouvement de subjectivisation du droit né au XVII<sup>e</sup> siècle et qui avait à l'origine valeur de renforcement du pouvoir de

<sup>421</sup> F. MANN, « The doctrine of jurisdiction in international law », *RCADI* 1964, I, vol. 111, p. 1, spéc. p. 35 et les auteurs cités. Sur une analyse nuancée de l'arrêt, P. de VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, n° 321s.

<sup>422</sup> CPJI, 7 sept. 1927, *Pub. CPJI*, série A, n° 10.

<sup>423</sup> P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le conflit de lois », *Droits* 1985, p. 129.

<sup>424</sup> G. KEGEL, « The crisis of conflict of the conflict of laws », *RCADI* 1964-III, t. 112, p. 91. En France, les inflexions de LEREBOURS-PIGEONNIERE et BATIFFOL en faveur d'une meilleure prise en compte des intérêts des parties les ont placés à la tête du mouvement privatiste. Ainsi P. LEREBOURS-PIGEONNIERE écrivait-il que « *Avant tout, la détermination de la compétence générale doit éviter les dénis de justice, veiller à ce que les plaideurs aient toujours une juridiction compétente à leur portée. Ce principe directeur commandé à la fois par l'intérêt de l'ordre public dans chaque Etat, -intéressé à ce que règne la paix publique- et par l'intérêt des particuliers qui préféreront toujours un tribunal désigné par les commodités pratiques à un tribunal d'une autorité juridique supérieure, mais placé trop loin pour qu'ils puissent utilement plaider devant lui* » (*Précis de droit international privé*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz 1947, n° 283). Comp., en matière de compétence internationale, le raisonnement de BARTIN pour lequel « *l'autorité de l'Etat dans l'administration de la justice [...] apparaît comme très supérieure aux convenances des justiciables* », *Principes...*, *op. cit.*, t. I, p. 357. et encore, p. 355, « *c'est pour des raisons supérieures à l'intérêt particulier des parties que ces règles ont été établies. On ne concevait pas que la volonté des parties en modifiât l'application* ».

<sup>425</sup> T. MANN, *op. cit.*, spéc. p. 19s. V. aussi P. MAYER, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979, p. 1s., 341s. et 537s.

<sup>426</sup> Et en particulier P. de VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, LGDJ 1997.

<sup>427</sup> V. notamment P. MAYER, « Le mouvement des idées... », *loc. cit.* ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 61.

commandement du souverain<sup>428</sup>, l'État a en effet progressivement été concurrencé si ce n'est remplacé, au centre du paysage juridique, par la figure de l'individu<sup>429</sup>. On lui a d'ailleurs aujourd'hui substitué, dans les démonstrations juridiques, la figure plus neutre de « l'ordre juridique » qui ne représente alors plus l'État mais l'institution juridique prise dans le cadre national<sup>430</sup>. Ce passage d'une entité de source politique à une pure abstraction juridique a dépouillé l'analyse des idées de pouvoirs et de conflit pour la (re)centrer sur celle d'intérêts privés et de prévisibilité des solutions<sup>431</sup>.

**170. Changement de paradigme particulier dans les conflits de juridiction.** Sur le plan plus spécifique du « conflit de juridictions », la constatation est encore plus vraie<sup>432</sup>. Il n'y a pas « conflit » de juridictions, au sens où les juges ou les États entreraient en compétition. Parce que chaque juge est investi par un seul État, les juridictions nationales ne pourraient puiser les règles déterminant leur intervention que dans un seul ordre juridique, celui de leur État d'appartenance. À rebours du vocabulaire classique, la doctrine qualifie donc les règles de « matérielles »<sup>433</sup>, en ce sens qu'elles résolvent directement la question de droit qui leur est posée (le tribunal est-il ou non compétent?) et non plus de règles conflictuelles, dont le sens s'est restreint à la question de savoir quel droit permettra de résoudre la question<sup>434</sup>. La nature du problème en sort cependant bouleversée. Cette « privatisation » a permis de centrer l'analyse sur les intérêts des justiciables, par une recherche de prévisibilité et d'accès à la justice, en parallèle avec l'influence grandissante des droits de l'homme en la matière<sup>435</sup>. Cela n'empêche pas de

<sup>428</sup> En particulier par les travaux de HOBBS, v. M. VILLEY, *Histoire de la pensée juridique moderne*, 2<sup>ème</sup> éd., PUF 2013, p. 570s.

<sup>429</sup> J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, 3<sup>ème</sup> éd. LGDJ 2008, p. 11s. ; J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-nation et le droit international privé*, LGDJ 2010. Il n'est pas sans intérêt de constater que le chef de file allemand, F. K. VON SAVIGNY, est considéré comme le précurseur du droit international privé moderne, P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, n° 67s.

<sup>430</sup> J. CHEVALLIER, *op. cit.*, spéc. p. 102s. ; v. sur l'apparition de la notion J. L. HALPERIN, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX<sup>e</sup> siècle », *Droits* 2001, p. 41.

<sup>431</sup> P. MAYER, « Le mouvement des idées... », *Ibid.*

<sup>432</sup> Sur le renversement de la perspective publiciste en une perspective privatiste, v. B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 389.

<sup>433</sup> F. RIGAUD, *Droit international privé*, t. I, Larcier 1977, n° 253 ; M. SIMON-DEPITRE, « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *RCDIP* 1974, p. 591 ; B. GOLDMAN, « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage international », *TCFDIP* 1966-1969, p. 119.

<sup>434</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 18 ; V. cependant, plus nuancé, D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 119, qui parle de conflit « pacifié » et P. MAYER, pour lequel il serait « théoriquement possible, mais pratiquement absurde, que cet Etat se réfère d'une façon quelconque aux normes d'un autre Etat », P. MAYER, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979, p. 1s., 341s. et 537s., spéc. p. 376. *Contra* I. SZASZY, *International civil procedure*, Sijthoff Leyden, 1967, p. 102s. pour lequel les règles de compétence internationale résolvent des conflits de « positionnement juridique subjectifs ».

<sup>435</sup> Les auteurs auxquels on doit en droit international privé les premiers pas de cette évolution sont en particulier Mme GAUDEMET-TALLON et D. HOLLEAUX qui dans leurs thèses respectives (*La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz 1965 ; *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz 1970) ont très fortement (et avec succès) combattu les postulats publicistes et unilatéralistes de ces théories. Cette thèse leur doit beaucoup. *Adde.* v. entre autres, déjà, A. PILLET, *Les conventions internationales relative à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Sirey 1913, p. VI et H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* 1973-II, t. 139, p. 75, spéc. p. 97 ; P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, spéc. p. 566. Pour une illustration plus récente d'une proposition très « privatiste », v. L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica 2008.

découvrir un intérêt de l'État derrière certaines politiques juridiques et certaines règles spécifiques de compétence internationale. Cependant, il ne s'agit alors que de résultats ponctuel, tenant à des fins extérieures à la compétence, pas d'un principe général de solution de cette dernière<sup>436</sup>. Logiquement, en passant d'une recherche de l'État compétent à celle de l'accès à la justice, l'analyse et le droit positif ont glissé de la recherche *du* juge naturel du litige, unique, à celle *des* tribunaux compétents, le pluriel facilitant cet accès. Parallèlement, le droit positif s'est fait plus tolérant, voire même promoteur de solutions extraterritoriales voire extra-étatiques, en facilitant et renforçant l'effet des clauses de choix de juridictions et d'arbitrage<sup>437</sup>.

**171. Principe de l'absence d'intérêt de l'État.** Pour comprendre cette évolution, il suffit de reprendre le constat précédent : l'État, au cours du XX<sup>e</sup> siècle au moins, a perdu intérêt à affirmer la compétence de ses tribunaux car ce n'est plus pour lui une question essentielle. Dans sa thèse sur la compétence internationale et le pouvoir de juger, M. THERY en a parfaitement fait le constat dès 1981, alors même pourtant qu'il affirmait par ailleurs l'existence d'un monopole étatique de la justice :

*« L'État trouve dans sa souveraineté le principe du pouvoir juridictionnel et son 'intérêt' ne peut, raisonnablement, aller au-delà de l'institution des tribunaux. Là se manifestent les impératifs de paix publique, et l'idée que l'État a le monopole de la solution des litiges, mais aussi l'obligation de les résoudre. Mais, pas plus que l'État n'a d'intérêt à l'application de sa loi, il n'a d'intérêt au fonctionnement, in casu, de ses juridictions »*<sup>438</sup>.

A la suite de cette affirmation certaines voix se sont élevées qui ont voulu montrer qu'à l'occasion, l'État pouvait justement développer un intérêt à offrir l'accès à ses juridictions dans telle ou telle situation<sup>439</sup>. Mais la démonstration n'intervient qu'à la marge : la Souveraineté ouvre *par exception* des cas de compétence, l'essentiel de ces derniers ne relevant pas d'une analyse en termes d'intérêt de l'État<sup>440</sup>.

---

<sup>436</sup> L'étude de M. PATAUT (*Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, LGDJ 1999) ne cherche en effet pas à renverser ce principe. Elle tend simplement à démontrer que « *l'intérêt spécifique de l'État dans le litige international conduit à l'adoption de règles particulières de compétence juridictionnelle et de reconnaissance des jugements* » (*ibid.*, p. 7). En matière de compétence internationale directe, cela l'amène à montrer qu'il existe une place pour une règle de compétence, fondée sur les articles 14 et 15 du Code civil réinterprétés, qui suivrait la solution du conflit de lois en matière d'état des personnes (*ibid.*, p. 67s.) et pour une autre fondée sur l'applicabilité d'une loi de police française (*ibid.*, p. 133s.). L'alignement des solutions de compétence juridictionnelle sur certaines solutions conflictuelles, toutefois, paraît alors bien exceptionnel, ne serait que parce que, en dehors des lois de police, seul le champ du statut personnel pourrait être atteint par cet intérêt.

<sup>437</sup> V. *supra*, n°45 s.

<sup>438</sup> Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, p. 426.

<sup>439</sup> E. PATAUT, *op.cit.*

<sup>440</sup> A titre de comparaison, le droit américain a lui aussi laissé une place éminente à des arguments de droit privé dans l'analyse *in casu* de la compétence de ses juridictions. Elle distingue ainsi les éléments ayant trait aux intérêts des parties et ceux ayant trait à des intérêts publics (v. par exemple les débats autour de la question de territorialité et du *due process*, G. BORN et P. RUTLEDGE, *International Civil Litigation in United States Courts*, 5<sup>th</sup> ed. Wolters Kluwer 2011, p. 81s., et sur le *forum non conveniens*, p. 408s.). Ces intérêts publics, toutefois, sont ambivalents : il s'agit tout autant de l'intérêt de l'État (étranger ou américain) à statuer sur le litige que de l'encombrement de ses tribunaux et des frais du procès encourus pour les citoyens américains. L'analyse ne s'arrête donc pas à des considérations de souveraineté, mais aussi de management. Le renversement est spectaculaire : ce ne sont plus les considérations de souveraineté qui influent sur des questions

Globalement, la doctrine a accepté l'idée que le droit de la compétence internationale s'intéressait principalement aux intérêts des justiciables. C'est en cela qu'elle est devenue « privatiste ».

## **Paragraphe 2) LE MAINTIEN D'UN CADRE DE PENSÉE CONFLICTUALISTE**

172. **Un nouveau tableau dans un vieux cadre.** Dans ce renversement de perspective, la science du droit international privé est restée surprenamment fidèle à la perception conflictualiste de la compétence internationale. Si, en effet, l'ordre juridique a remplacé l'État et si les intérêts privés ont largement pris le pas sur les considérations de Souveraineté, la doctrine considère toujours que les règles de compétence internationale forment un ensemble *attribuant (unilatéralement) les contentieux à l'ordre judiciaire national*. C'est ainsi le cadre du raisonnement qui n'a pas évolué : il ne résout pas le problème de la compétence comme le ferait une règle matérielle, mais se contente d'indiquer le champ d'intervention des juges français, comme une règle de conflit de lois unilatérale indiquerait le champ d'intervention de la loi française.
173. **Plan.** Être à la fois privatiste et conflictualiste, est un beau paradoxe pour la doctrine contemporaine du droit de la compétence internationale. Mais il suffit pour l'expliquer de se rappeler l'emprise de la figure de l'État dans la réflexion sur la justice internationale de droit privé. Elle est très logiquement tout aussi prégnante pour la compétence internationale. L'interétatisme est ainsi encore à l'origine de ce qui est devenu une erreur épistémologique (I). Il est cependant possible d'opter pour une approche plus ouverte, une approche transnationale, au plus grand bénéfice d'une analyse renouvelée du droit international privé (II).

### **I) L'interétatisme de la théorie des conflits de juridiction**

174. **Présentation de la doctrine.** Comme en matière de conflit de lois où l'on cherche à rattacher une situation juridique à une ou plusieurs lois nationales<sup>441</sup>, la doctrine tend encore à définir l'objet de la compétence internationale par le fait que « *la règle de compétence internationale désigne un État, ou plutôt l'ensemble des tribunaux d'un État* »<sup>442</sup>.

---

intéressant des particuliers, mais des considérations de management qui influent sur des aspects intéressants des services publics.

<sup>441</sup> En ce sens, v. l'introduction de L. d'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en matière de droit des biens*, Economica 2006, n° 1 : « *Le conflit de lois est une maladie juridique, que trop souvent on tend à confondre avec ses remèdes de droit étatique. En médecine comme ailleurs, la pertinence d'un remède dépend de l'exacte perception de la pathologie, ce qui, en droit international privé, devrait pousser à distinguer nettement le problème international du conflit de lois de ses solutions juridiques étatiques* ».

<sup>442</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 121. V. aussi P. MAYER, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », RCDIP 1979, p. 1s., spéc. p. 14 :

Le parallèle, entre la compétence des juges et l'intervention d'un État, est-il si évident? La réponse ne peut être, en réalité, que négative<sup>443</sup>.

**175. Biais étatique de la définition doctrinale.** Il faut, en effet, bien faire le départ entre problème et solutions. En suivant la méthode que nous nous sommes fixée, nous prendrons le problème dans ses éléments les plus factuels. On pourrait le présenter ainsi. Un litige international est soulevé entre deux ou plusieurs parties, qui en attendent la résolution par la voie juridique. Par hypothèse, celles-ci, du fait de leur origine ou du lieu de concrétisation de leur différend, s'interrogent sur le juge compétent. Elles pensent ou pourraient penser à différents juges d'États distincts. Il n'y a donc peut-être pas qu'un seul ordre judiciaire, un seul ensemble de tribunaux, compétent pour le résoudre. La solution semble alors s'imposer : il faut déterminer, parmi les différents ensembles de tribunaux nationaux, les différents ordres judiciaires, lequel ou lesquels seront à même d'être saisis du litige<sup>444</sup>. Il y a cependant, dans le raisonnement, un glissement qui ne s'impose pas en lui-même. Le fait, révélé par l'hypothèse elle-même, que le *problème* se présente sous la forme de la pluralité d'États (ou d'ordres judiciaires, ou la présence de frontières juridiques, etc.) n'implique pas nécessairement que la *réponse* se trouve dans un État (ou un ordre juridique national, etc.)<sup>445</sup>.

**176. L'objet de la règle de compétence : l'État ou le juge ?** Le glissement que l'on vient de mettre en exergue ne s'impose pas. En droit interne, le terme compétence juridictionnelle appelle simplement l'idée, à ce stade de l'étude encore assez

---

la compétence des tribunaux étatiques correspond à la « *déclaration d'intention* » que fait l'État « *au sujet de l'usage de ce droit* » (c'est-à-dire de son propre pouvoir juridictionnel). *Adde.*, v. encore Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 690 ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 276 ; M.-L. NIBOYET et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 380 ; Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, spéc. p. 442s. ; Ch. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *RCADI* 1961-III, t. 104, p. 159, spéc. P. 167 ; H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils et allemands*, Dalloz 1965, p. 1 ; G. BOLARD, *Essai sur l'application judiciaire du droit international privé*, Thèse dactyl. Dijon 1968 ; Ch. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage. Etude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Thèse Paris I, 2008, n° 5 ; C. ARRUE-MONTENEGRO, *Autonomie de la volonté et conflits de juridictions en droits français et panaméen*, LGDJ 2011, n° 2. V. encore, ramené à l'ordre français, E. BARTIN, *Principes de droit international privé*, t. I, §120.

<sup>443</sup> La faiblesse de cette proposition tient dans le fait qu'elle utilise non une donnée, mais un postulat. En effet, l'État est une notion juridique au moins autant que factuelle. Affirmer que la compétence des juges est une problématique d'intervention de l'État, c'est donc déjà qualifier en droit au moins une partie de la problématique. Or l'objectif étant ici pour nous de déterminer les caractéristiques de la question de la compétence internationale, il nous est impossible de partir de ce qui apparaît être un présupposé, une hypothèse que l'on aurait déjà analysée et qualifiée. En omettant donc dans un premier temps de se prononcer sur celle-ci, il est de meilleure méthode de partir d'éléments factuels. En ce sens, L. d'AVOUT, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>444</sup> « *La connaissance de ce litige, en effet, plusieurs juridictions peuvent concurremment y prétendre, plusieurs juridictions, je veux dire les juridictions de plusieurs États différents, tout de même que plusieurs lois différentes peuvent se disputer la réglementation du rapport de droit que ce litige a pour objet. Il s'agit dès lors de savoir quelle est, au regard de la France, la juridiction, française ou étrangère, qui a qualité pour connaître de ce litige, absolument comme il s'agissait, tout à l'heure, de savoir quelle est la loi, française ou étrangère, dont relève le rapport de droit que ce litige a pour objet* », E. BARTIN, *op. cit.*, §119. Comp. pour les conflits de lois, P. GOTHOT et P. LAGARDE, « Conflit de lois (Principes généraux) », *Rep. dr. int.*, spéc. n°3.

<sup>445</sup> Il faudrait même nécessairement partir d'éléments extrinsèques au problème si l'on en croit le théorème d'incomplétude de Kurt Gödel et pour autant que le droit soit un système formel, v. à ce sujet M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, PUF 2001, p. 194. J.-S. BERGE propose de résoudre ce paradoxe de l'incomplétude par la méthode comparative, v. *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz 2013, spéc. n° 35, note 1.



confuse, de l'attribution d'une certaine catégorie de litige à un *juge*<sup>446</sup>. Il n'est alors aucunement question de *l'État*. Bien sûr, le droit interne de la compétence n'a pas à traiter du problème de la pluralité d'États impliqués. Dans les litiges internes, tout, depuis le problème –le litige ou l'affaire, jusqu'à sa solution –la compétence, se passe dans un seul et même ordre juridique. Cependant, si l'on veut bien accepter les prémisses privatistes de la doctrine moderne de droit international privé, le litige international n'intéresse en principe pas l'État. Dès lors, s'il est apparu nécessaire, à ce stade, d'en faire l'élément déterminant du problème auquel la compétence internationale répond (le caractère international de l'affaire), rien n'indique qu'il le soit dans la solution de ce problème (la compétence internationale), laquelle devrait en premier lieu faire référence au juge. L'objet de la règle de compétence juridictionnelle internationale pourrait donc être, tout autant que pour les questions internes, de désigner un juge. Sa seule spécificité se trouverait simplement dans le fait qu'elle envisage un problème particulier, celui d'une situation internationale. Il faut donc déterminer s'il existe une nécessité quelconque à transformer la question de la compétence juridictionnelle en une compétence de l'État. En tout état de cause, cette conception de la matière, qu'elle soit justifiée ou erronée, prend parti sur une nature particulière de la compétence internationale : elle la présente toujours, comme BARTIN, comme une question conflictuelle.

177. **Caractère direct ou indirect de la réglementation.** La constatation est paradoxale. On présentait il y a quelques pages la définition moderne de la règle de compétence internationale comme celle d'une règle matérielle et non conflictuelle<sup>447</sup>. La règle matérielle serait en effet caractérisée par la réponse directe au problème posé<sup>448</sup>. Or, la présentation traditionnelle que nous venons de mettre en exergue attribue à la règle de compétence internationale le soin de désigner l'État, ou l'ordre juridictionnel, et non le juge. N'y aurait-il pas là au contraire un procédé *indirect* de réglementation? Pour MM. AUDIT et D'AVOUT, par exemple, la règle est matérielle (c'est-à-dire directe), car elle répond « *directement dans chaque pays à la question de savoir si les tribunaux nationaux sont compétents dans un type de situation donnée* »<sup>449</sup>. Le caractère direct se déduit alors du fait que la règle apporte une solution immédiate à la question de droit. Tout dépend alors de la manière de poser cette question. Ici, il s'agit de la compétence des tribunaux nationaux. Mais cela ne suffit pas à convaincre : pourquoi se limiter aux tribunaux « nationaux » ?

On comprend que, dans une conception publiciste, la compétence générale des tribunaux français soit une question spécifique. Elle engage en effet l'activité juridictionnelle de l'État, la portée de sa souveraineté juridictionnelle en quelque

<sup>446</sup> V. par exemple le Voc. Capitant, v° « Compétence » : « a/Ensemble des affaires dont cette juridiction a à connaître ; b/Aptitude à instruire et juger une affaire, à en connaître [...] ».

<sup>447</sup> V. *supra* n°170s.

<sup>448</sup> B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 10 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 540. Il est parfois ajouté une distinction supplémentaire tenant à la spécificité internationale de la solution, par exemple B. GOLDMAN, *op. cit.* p. 120s. (entre règles matérielles et lois de police), surtout B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 10 et n° 116 qui rappellent qu'une norme peut être étendue à l'ordre international ou spécifique à celui-ci et qu'elle peut avoir besoin ou non pour s'appliquer du renvoi par une règle de conflit.

<sup>449</sup> B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 385. V. aussi Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 18.

sorte. En revanche, dans une conception privatiste, centrée sur les intérêts des parties, il apparaît difficile de ne pas considérer que ce qui intéresse les parties, en pratique, c'est de connaître le juge compétent derrière l'ordre juridictionnel visé<sup>450</sup>. Ces mêmes parties, en effet, s'interrogent simplement sur le tribunal qui sera à même de trancher leur différend. Savoir s'il s'agit d'un tribunal allemand et non néerlandais est à l'évidence très important, mais les parties ne sauraient saisir « l'Allemagne ». L'ordre juridictionnel ne saurait signer un jugement. La question est donc de savoir quel tribunal saisir en fin de compte. Stuttgart ? Munich ? Francfort ? Il leur est ainsi nécessaire de connaître avec plus de précision la réponse à la question qu'ils se posent : quel est le tribunal internationalement compétent pour trancher mon affaire ? Si le problème de fond est la détermination d'un juge, se restreindre à celle de l'ordre juridictionnel ne répond qu'à une partie de la question. En renvoyant pour le reste aux droits de l'ordre juridictionnel désigné, la présentation classique énonce donc, non des règles matérielles et directes, mais des règles indirectes, par ailleurs de type conflictuel<sup>451</sup>.

**178. Caractère conflictualiste de la présentation.** Si la méthode matérielle répond directement à la question de fond, la méthode conflictualiste se caractérise en effet par l'application d'une règle qui renvoie à une autre règle, nationale, parmi les différentes règles nationales possibles. Le concept de règle matérielle s'est fait jour, d'ailleurs, pour qualifier les règles dont les solutions évinçaient le raisonnement conflictuel, c'est-à-dire par lesquelles on écartait la recherche du droit applicable au profit d'une solution directe du problème substantiel<sup>452</sup>. À comparer la présentation classique de la théorie de la compétence internationale à cette typologie de méthode, c'est manifestement avec la méthode du conflit de lois

<sup>450</sup> En ce sens, D. HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 339, *in fine*.

<sup>451</sup> Pour MM. MAYER et HEUZE, la compétence internationale est un procédé *indirect* car elle désigne « l'organe compétent pour édicter [la norme qui permettra de résoudre le problème] » (P. MAYER et V. HEUZE, n° 17. Les italiques, ici renversées, sont des auteurs). De même, pour M. de VAREILLES-SOMMIERES (*La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, LGDJ 1997, n° 33bis), les règles de compétence internationale règlent des questions préjudicielles ou préalables, celle de savoir quel organe peut être saisi pour obtenir une solution au fond. En réalité, ces trois auteurs s'intéressent alors à l'intégration de toutes les règles de droit international privé aux règles de procédure, qui permettent d'obtenir des décisions (c'est-à-dire des normes individuelles) au fond. La matrice de cette idée se trouve chez H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 105 et p. 119. Selon ce dernier, les règles primaires sont celles qui « *prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements* », tandis que les règles secondaires qui « *veillent à ce que les êtres humains puissent, en accomplissant certains actes ou en prononçant certaines paroles, introduire de nouvelles règles de type primaire, en abroger ou en modifier d'anciennes, ou de différentes façons, déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre* ». La distinction entre la présentation de HART et celles des auteurs précités se trouve dans le concept de règle de fond bien sûr. Si on les assimile aux commandements à direction des personnes physiques, alors les deux grilles se superposent. Si l'on place aussi dans les règles de fond les commandements à toutes les personnes juridiques, ainsi que les règles de qualification et d'interprétation, etc., alors la notion de fond prend un peu de son indépendance. La délimitation, cependant, est loin d'être nette dans la mesure où la notion même de fond n'est pas évidente à établir. Dans l'esprit des auteurs qui l'évoquent, la notion ne semble pas s'opposer à celle de forme ni à celle de preuve, comme le propose le *Vocabulaire juridique*, mais plus largement à la procédure. Quoi qu'il en soit, la typologie employée par ses auteurs est ici d'autant moins utile qu'ils sont par ailleurs d'accord pour caractériser la question de la compétence internationale comme la question de la compétence des juridictions françaises dans leur ensemble.

<sup>452</sup> H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* 1973, II, t. 139, p. 75 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 680. La distinction proposée par B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 176, renforce cette perception, la distinction des normes matérielles internationales et des règles auto-limitées ne pouvant s'appliquer au droit commun de la compétence internationale. V. aussi D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 548.

qu'elle entretient le plus d'affinités. Dès lors, en effet, qu'elle est décrite comme l'ensemble des règles attribuant compétence aux juridictions françaises *dans leur ensemble*, il faut ensuite appliquer les règles de compétence interne pour savoir laquelle est, *en particulier*, compétente. Une règle « internationale » renvoyant à une autre règle « interne », voilà bien un raisonnement conflictualiste.

**179. Proposition : de l'internationalité à la transnationalité.** Malgré l'évolution privatiste du droit international privé, malgré de surcroît la qualification de règle matérielle accordée à raison par nombre d'auteurs aux règles de compétence internationale, la *présentation* traditionnelle de la compétence internationale est ainsi clairement conflictualiste. Il faut mettre en évidence la proximité que cette théorie entretient avec celle du *Grenzrecht* que nous avons évoquée plus haut. Si la grande majorité des auteurs a abandonné la référence à l'État dans la définition de la compétence internationale, la quasi-intégralité d'entre eux maintient qu'elle a vocation à déterminer, non le juge compétent, mais l'ordre juridictionnel national dans lequel le rechercher<sup>453</sup>. Or, l'ordre juridictionnel national n'est rien d'autre que l'émanation de l'État sur le plan de la justice, comme son ordre juridique l'est sur le plan du droit<sup>454</sup>. La présentation de la compétence internationale comme celle de la vocation d'un ordre juridictionnel national à intervenir revient donc effectivement à énoncer la vocation de l'État à faire intervenir ses juridictions. Ce faisant, on conserve au droit de la compétence une coloration « interétatiste » au sens où la question n'intéresserait que les États entre eux. Cinquante ans après la transition opérée en matière de compétence indirecte grâce à Dominique HOLLEAUX, il est peut-être temps d'abandonner le « placage » de conceptions publicistes sur un problème aujourd'hui essentiellement résolu dans un paradigme privatiste<sup>455</sup>. En passant, ainsi qu'on se le propose, de la présentation conflictualiste à une présentation matérielle plus affirmée, on s'impose alors de passer de l'interétatisme à une véritable internationalité, c'est-à-dire une *transnationalité*, partiellement libérée des États.

## II) La possibilité d'une approche transnationale

**180. Intérêt de la thèse transnationaliste.** Insister sur le caractère matériel de la règle de compétence internationale permet de retirer les oripeaux de l'habillage publiciste qui encombre inutilement la théorie de la compétence. Ce n'est cependant pas le seul effet. Dès lors que se confirmerait que la règle de compétence internationale a pour objet non de désigner un État, ou un ordre juridictionnel, mais un juge, on

---

<sup>453</sup> V. les références citées à la note 165s.

<sup>454</sup> La conception institutionnelle est plus complexe, l'ordre juridique englobant tant les normes que les organes, v. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, t. 327, p. 9, spéc. p. 38s. Cependant, même dans cette présentation plus nuancée, la compétence internationale renvoie à l'État. En effet, l'ordre juridictionnel étant selon cette présentation englobé dans l'ordre juridique, conçu essentiellement comme l'ordre juridique national, la compétence internationale reste le problème de la délimitation de l'activité juridictionnelle de l'ordre juridique étatique. V. d'ailleurs, *ibid.*, p. 81.

<sup>455</sup> D. HOLLEAUX, *op. cit.* p. 343 : « Tout ceci résulte, croyons-nous, de ce que la doctrine publiciste, qui a correspondu à un certain stade du développement des règles de compétence internationale, est ensuite devenue, sauf cas particuliers, un placage artificiel de notions de droit public sur un fond de droit privé ». On reprendra donc son flambeau, sans pour autant affirmer qu'il s'agit de « droit privé » (v. sur ce point, *infra*, n° 397s.).

confirmerait l'inutilité de limiter la question au seul juge *étatique*. C'est en effet un autre intérêt d'aborder la compétence internationale par une approche matérielle : si le conflictualisme est lié à une approche interétatique, l'analyse matérielle de la compétence est, elle, liée à une approche transnationale, ouverte aux règles d'accès à tous les organes, étatique, internationaux, arbitraux, qui interviennent pour résoudre des affaires ayant des liens avec plusieurs États.

**181. Espoir universaliste.** C'est peut-être l'héritage particulariste de BARTIN sur la compétence internationale qui a imposé la simplification du problème de la compétence à celui du choix de l'État. Une chose, en effet, est d'admettre que le droit international privé est avant tout une branche du droit français. Il s'agit alors d'une profession de foi « particulariste », selon laquelle le droit international privé est fatalement destiné, en l'absence d'un rapprochement plus étroit des droits nationaux, à n'être constitué que de solutions propres à chaque ordre juridique<sup>456</sup>. Ce n'est pas ce qui est ici remis en cause, bien que l'on ne puisse nier être animé d'un certain espoir « universaliste », lequel aspire, au contraire, à une relative uniformité des solutions internationales<sup>457</sup>. Tout autre chose, cependant, est de considérer que, chaque État développant ses propres solutions de droit international privé, celles-ci ne peuvent être qu'une projection du droit interne qui lui est propre : ce serait faire abstraction de tous les phénomènes, de sources française ou internationale, qui s'appliquent uniquement aux situations internationales<sup>458</sup>. Si la tendance particulariste du droit contemporain invite à concevoir le droit international privé comme une branche de droit interne<sup>459</sup>, rien n'oblige donc à postuler que ce droit ne puisse s'intéresser qu'à ses règles et à ses organes internes.

---

<sup>456</sup> E. BARTIN, *Principes de droit international privé*, t. I, §55.

<sup>457</sup> V. B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI* 2003, t. 305, p. 9. Les premiers, spécialement des auteurs du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècle, observaient ou proposaient des systèmes de droit international privé véritablement internationaux, c'est-à-dire convenant à l'ensemble des pays du monde. On a vu des exemples éminents de cette doctrine en citant FÉLIX, ASSER ou surtout MANCINI (v. *supra*, n° 167). On pourrait rappeler les efforts des deux derniers pour créer la Conférence de la Haye, un centre de débat et de négociation pour la création de règles véritablement internationales sous forme de conventions (Sur cette période et la figure de T.M.C. ASSER qui, avec P.S. MANCINI, la domine, v. G.J.W. STEENHOFF, « Asser et la fondation de la Conférence de la Haye de droit international privé », *RCDIP* 1994, p. 297). Il s'agissait pour eux, constatant à la fois la diversité des droits qu'une certaine unanimité des besoins et des aspirations, de déterminer des solutions aux conflits de lois qui soient uniformes dans tous les États. Les seconds, particularistes, préféraient insister sur les divergences des droits positifs des différents États et au cloisonnement inhérent aux ordres juridiques nationaux (Sur l'ensemble de ces débats, v. J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF 1999). En affirmant que le droit international, branche du droit français, est une projection du droit interne, BARTIN s'inscrivait résolument dans une perspective particulariste (E. BARTIN, *ibid.*, plus spécialement sur la compétence internationale, v. le raisonnement suivi *op. cit.*, §124s.).

<sup>458</sup> Le terme de « projection » est intéressant puisque c'est un de ceux qu'a employés la jurisprudence française après l'ouverture de la justice française aux étrangers. Il rappelle ainsi que la théorie bartinienne s'est inspirée de la jurisprudence sur la compétence internationale des juridictions françaises. V. ainsi, avant même les certitudes de l'arrêt *Scheffel*, Paris, 27 janv. 1955 : *RCDIP* 1955, p. 330, note Motulsky. Sur le rapprochement entre particularisme et nationalisme, J.-L. HALPERIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>459</sup> B. ANCEL, « Droit international privé » in *Encyclopédie de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), Lamy-PUF 2003, p. 491 l'explique par « l'antériorité historique de l'ordre juridique national » sur la société internationale qui n'existerait pas en tant qu'ordre juridique distinct.

182. **Problème du champ du droit international privé.** Le droit international privé a-t-il vocation à prendre en compte des organes nationaux ? Rappelons qu'il s'agit là, dans un terme peut-être pompeux, d'une science, pas de droit positif. Le droit positif peut être de source française ou étrangère, tant qu'il est reconnu par l'ordre juridique français. Les règlements européens sont ainsi issus d'une procédure interne à l'Union européenne et s'impose au droit français au titre des traités européens et de l'article 88-1 de la Constitution. Ils font dès lors partie du droit positif français. Le droit international privé n'est qu'une construction doctrinale, un essai de synthèse et d'explication du droit positif qui a isolé un objet particulier, les relations privées internationales, et en décrit la réglementation, quelle qu'elle soit. La question, dès lors, est de savoir dans quelle mesure la *science* du droit international privé pourrait s'accommoder de l'étude de la compétence d'organes extérieurs à l'ordre juridique français.
183. **Définition téléologique du droit international privé.** Il y a dans toute division doctrinale des avantages et des risques<sup>460</sup>. Des avantages, on en trouve essentiellement et avec grand intérêt dans la compréhension de la matière : l'enseignement, la recherche, le débat bénéficient chacun à divers degrés de la délimitation d'une notion ou d'une matière. Les risques, ce sont bien évidemment l'occultation de difficultés, d'incohérence ou d'évolutions extérieures à une théorie ou une branche du droit qui seraient pourtant utiles à sa compréhension, voire à son évolution lorsqu'il s'agit de s'adresser au législateur ou au juge. Afin de les réduire, il nous semble de bonne méthode de définir les limites du champ d'étude par rapport à une problématique concrète et non en fonction de sa traduction en termes juridiques, ceux-ci étant à même d'apporter leurs propres limitations. On en a déjà vu un exemple dans le rejet de l'État de la définition de la compétence internationale. La notion ne semble pas être un élément intrinsèque de la problématique. Mais au-delà et même si l'on définit l'internationalité par référence à l'État, la problématique de la compétence internationale est à notre sens internationale *avant* d'être nationale. En admettant même l'antériorité abstraite de l'État (et donc des ordres juridiques nationaux) sur l'ordre international<sup>461</sup>, le problème de la détermination du juge ou des juges potentiels existe comme tel pour les justiciables avant d'être perçu par un ordre juridique comme une question juridique affectée d'un élément d'extranéité<sup>462</sup>. Il pourrait donc être conçu plus largement qu'au seul prisme des règles nationales et des juridictions nationales, c'est-à-dire des ordres juridiques nationaux<sup>463</sup>. C'est en sortant de ce paradigme

---

<sup>460</sup> Sur l'ensemble, v. Ch. ATIAS, *Epistémologie juridique*, Dalloz 2002, n° 186.

<sup>461</sup> B. ANCEL, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>462</sup> Le raisonnement est, il est vrai, fondé sur la *perception* du problème. Le problème apparaît en premier lieu aux parties avant d'être appréhendé par un quelconque organe du for. Si l'on pousse l'abstraction plus loin, on pourrait certainement considérer que les deux ordres conçoivent le problème de manière *simultanée*. Mais il ne faudrait pas occulter que la réglementation étatique (ou autre) aurait alors simplement pour objet d'anticiper ce problème. Sur les sens du problème de la compétence internationale, v. *infra*, n° 340s.

<sup>463</sup> Il n'y aurait d'ailleurs plus grand sens au débat entre particularisme et universalisme s'il fallait concevoir son cadre uniquement dans la multiplicité des ordres juridiques nationaux. En réalité, c'est même la raison pour laquelle, nous semble-t-il, la discussion n'a quasiment plus d'objet. Le particularisme a « vaincu » dès l'instant où le débat s'est fixé sur l'ordre juridique, lui-même fondamentalement conçu comme un système national. Il n'est d'ailleurs pas sans intérêt de constater qu'un auteur comme B. AUDIT, qui s'affirme universaliste d'intention dans son cours de la Haye (cf

national et interétatique, en optant pour une perspective transnationale (même perçue depuis le point de vue français) que l'on pourra le mieux comprendre le problème et les solutions de la compétence internationale<sup>464</sup>.

**184. Conséquence des définitions sur la compétence internationale.** Dès lors, à la question de savoir si les règles portant sur l'existence et le fonctionnement d'organes non nationaux forment une partie spéciale du droit international privé, il faut donc répondre négativement, si on le définit par ses solutions, en réduisant le droit international privé à l'étude des *règles* permettant la répartition entre les ordres juridiques nationaux des situations juridiques internationales<sup>465</sup>. En revanche, ces organes doivent être étudiés si l'on définit le droit international privé comme « *la branche du droit dont l'objet est d'apporter un règlement approprié aux relations privées présentant un caractère international* »<sup>466</sup>, ou encore, en éliminant les réglementations internationales uniformes, si l'on restreint la définition aux « *relations privées affectées par la diversité des droits nationaux* »<sup>467</sup>, puisque c'est cette diversité qui justifie l'existence de ces divers organes et la question de leur intervention.

**185. Conclusion.** Cette proposition d'ouverture de la science du droit de la compétence internationale à des réglementations et des organes traditionnellement exclus apparaît donc tant utile que nécessaire, bien qu'elle implique une certaine altération de la perception classique du droit international privé<sup>468</sup>. Cette altération se ressent

---

*supra*, note 457), n'emploie qu'assez rarement le terme d'ordre juridique dans son manuel de droit international privé.

<sup>464</sup> Cette solution n'est d'ailleurs pas sans précédent. La première phase d'ébranlement du système conflictualiste remonte en effet à la crise du conflit de loi des années 60-70, époque à laquelle les règles matérielles se sont multipliées, qu'elles soient des lois de police ou des solutions spécifiques à l'ordre international, v. H. BATIFFOL, « L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'ouest », *JDI* 1973, p. 24 ; M. SIMON-DEPITRE, « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *RCDIP* 1974, p. 591. Sur la crise des conflits de lois en général, G. KEGEL, « The crisis of conflict of laws », *RCADI* 1963-II, t. 112, p. 91 ; B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la "crise" des conflits de lois) » *RCADI* 1984-III, t. 186, p. 221.

<sup>465</sup> E. BARTIN, *op. cit.*, §6, lequel ne définit le droit international privé ainsi que du fait du postulat judiciaire qu'il utilise, v., sur ce dernier, *supra*. n° 31s. Comp. J.-P. NIBOYET, *Traité*, n° 844 : « *Le droit international privé est la branche du droit qui recherche, dans chaque cas, la loi, l'autorité ou la juridiction compétentes. C'est un droit de simple classement qui ne donne, par lui-même, aucune décision matérielle, et qui ne termine rien, mais qui se contente d'aiguiller vers une source du droit interne, vers une autorité ou vers une juridiction déterminées* ». Si NIBOYET ne le précise pas ici, c'est bien entendu aux juridictions nationales qu'il se réfère.

<sup>466</sup> B. ANCEL, *op. cit.*, *loc. cit.* ; B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI* 2003, p. 9, spéc. p. 23 et la citation de Ph. FRANCESKAKIS, p. 27 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Droit international privé*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz 1946, n° 1.

<sup>467</sup> R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Liguori Editore, 5<sup>ème</sup> éd. 1969, p. 182 ; Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi*, Sirey 1958, n° 1 ; H. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, n° 2. V. aussi D. BUREAU et H. MUIR WATT, se référant au même auteur, parle de la « *gestion de la diversité des droits* », n° 14 ou P. MAYER, plus abstrait, « *le droit international privé est le droit qui a vocation à tenir compte de la diversité des ordres juridiques à propos des relations entre personnes privées* », P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, t. 327, p. 9, spéc. p. 80. Il faut cependant tenir compte de cette définition ultérieure de la compétence internationale, qui est selon l'auteur « *un problème de droit international privé, non parce que l'un des éléments du litige est étranger à l'ordre juridique du juge saisi, mais parce que les règles de compétence internationale ont pour objet de délimiter le domaine d'activité des juridictions du for par rapport à celui des juridictions étrangères* », p. 81. Comp. D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 14, qui parlent de la « *gestion de la diversité des droits* », de sources nationales comme non exclusivement nationales.

<sup>468</sup> En ce sens, en matière de fond, v. Ch. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *RCADI* 2007, t. 330, p. 9, lequel considère que la conclusion se déduit surtout de l'évolution économique et sociale consécutives à la mondialisation.

ici comme elle se ressentait au sujet de la détermination de ce qu'est une juridiction au sens de notre étude. Il faut s'y intéresser indépendamment de l'action des États, ce qui est la définition la mieux admise du caractère transnational<sup>469</sup>. La finalité étatique du droit de la compétence internationale ne se justifie en tout cas pas, *a priori*, théoriquement. Elle ne se retrouve pas plus, en réalité, en droit positif.

## Section 2 : LA REALITE MATERIELLE DU DROIT POSITIF DE LA COMPETENCE INTERNATIONALE

186. **Deux critiques, et une nuance.** Il n'y a rien d'évident, rationnellement, à considérer que la compétence internationale ne puisse s'intéresser qu'à l'État. Cette remarque, cependant, s'oppose à une doctrine presque unanime<sup>470</sup>. La compétence internationale ne réglerait que la possibilité d'intervention des ordres juridictionnels nationaux dans leur ensemble. Pour distinguer compétence interne et compétence internationale, il faut donc pouvoir l'expliquer par une donnée particulière du problème. Or, le droit positif, là encore, est en décalage avec la théorie juridique. D'abord, les règles de compétence internationale sont bien plus diverses que la présentation traditionnelle le laisse croire : derrière la règle de compétence localisatrice générale se cachent nombre de règles spéciales et même des règles matérielles (§1). Ensuite, si le lien entre compétence internationale et solution étatique s'expliquait par une confusion historique dans la notion même de compétence, la distinction de cette notion et de celle du pouvoir de juger devrait permettre aujourd'hui de donner une meilleure compréhension du droit positif (§2).

### Paragraphe 1) LA DIVERSITE DES REGLES DE COMPETENCE INTERNATIONALE

187. **Position du problème.** La position du problème que l'on vient de présenter, internationaliste et particulariste, révèle l'existence d'un présupposé théorique : en l'absence d'autre organisation internationale, les États seuls seraient concernés par la question de la compétence juridictionnelle<sup>471</sup>. Or, si cette perspective pouvait

---

<sup>469</sup> Vocabulaire juridique, v<sup>o</sup> « transnational » : « *Qui suppose le franchissement d'une frontière ou (et) s'exerce par-dessus les frontières indépendamment de l'action des États* ».

<sup>470</sup> V. la liste des auteurs recensés à la note n<sup>o</sup> 442.

<sup>471</sup> V. par exemple B. ANCEL, « Droit international privé » in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), PUF-Lamy 2003, p. 491, spéc. p. 495 : « *Pas plus qu'il n'est en mesure de fournir la réglementation des relations privées internationales, l'ordre international ne dispose actuellement d'organes propres à assurer la sanction des droits qui en résultent. Pour obtenir le règlement des litiges d'intérêt privé, il faut donc de nouveau se tourner vers les ordres juridiques nationaux et s'adresser à leurs tribunaux dans les limites de la compétence internationale qui leur est reconnue* ».

être juste du temps de Bartin et jusqu'à récemment encore, le droit positif admet aujourd'hui nombre de solutions bousculant cette interprétation du problème de la compétence internationale. La doctrine les interprète souvent comme autant d'exceptions au principe, celui d'une compétence qui serait internationale parce qu'envisageant les hypothèses de rattachement des procès à la France et aux tribunaux français.

**188. Deux critiques possibles.** Il convient donc d'analyser la solidité de ce présupposé qui semble critiquable sous deux aspects au moins. D'une part, il n'y a rien d'évident, rationnellement, à considérer que la compétence internationale ne puisse s'intéresser qu'à l'État. Il faut donc une justification particulière pour l'expliquer. Or, comme toute construction théorique, elle doit se confronter à l'épreuve des faits ; ou plutôt, s'agissant de science juridique, à l'épreuve du droit positif. On s'intéressera donc d'abord au droit de la compétence lui-même, et à ce qui devrait en être la quintessence, le droit commun, pour savoir s'il désigne réellement un État (I). L'autre aspect qui pourrait sembler critiquable tient à l'idée selon laquelle la compétence internationale ne s'occupe que de la répartition des procès entre États. Là encore, l'affirmation doit être confrontée au droit positif pour savoir si, puisque le problème de la compétence internationale semble avoir trait à la pluralité des États et de leurs juridictions, la seule solution à retenir tient à la répartition de chaque litige à l'un ou à l'autre des États (II).

### **I) L'État comme seul rattachement : le problème de la compétence spéciale**

**189.** C'est encore à Etienne BARTIN que l'on doit la paternité d'une assimilation classique, celle de la compétence internationale et de la compétence générale (A). Abusive car trop générale, cette assimilation masque la diversité des règles de compétence internationale (B).

#### **A) La thèse de l'assimilation des compétences générale et internationale**

**190. Théorie de BARTIN : les deux degrés de compétence.** On reprendra la démonstration de BARTIN à la distinction, qu'il a proposée, des deux étapes du problème de la compétence juridictionnelle en droit international privé<sup>472</sup>. Selon cette théorie, la première étape a pour objet de déterminer quel *État* a vocation à faire intervenir ses juridictions. Il s'agit alors des règles de « compétence générale ». Ce n'est que dans un second temps que l'on s'intéresse à la recherche du *tribunal* individuellement compétent pour trancher le litige au sein des juridictions de l'État désigné, ce que BARTIN a appelé la question de la « compétence spéciale ». Suivant ce découpage, seule la première question, celle de la compétence générale, relève

---

<sup>472</sup> E. BARTIN, *Principes de droit international privé*, Domat-Montchrestien, 1930, t. I, §119s, spéc. §124. V. déjà, E. BARTIN, note sous Bourges, 19 janv. 1899, *D. P.* 1902, II, p. 57.



alors du droit international privé. Ainsi, la compétence internationale emprunterait par principe la forme de règles de compétence générale, en tant que recherche de l'État dont les juridictions sont compétentes<sup>473</sup>. Cette conception a été reprise, peu ou prou, dans de nombreux manuels ou essais<sup>474</sup>.

**191. Critique des fondements de la thèse dualiste.** Belle construction d'une question jusque là orpheline d'une analyse d'ensemble, la théorie de BARTIN reposait sur une constatation et un présupposé. La constatation, tout d'abord, c'est celle de l'existence en droit positif d'un principe dominant tout le droit de la compétence de son époque : la double règle de compétence *des juridictions françaises dans leur ensemble* fondée sur la nationalité française du demandeur ou du défendeur énoncés aux articles 14 et 15 du Code civil<sup>475</sup>. Jusqu'à la révolution provoquée par les arrêts *Patiño*, *Pelassa* et *Scheffel*, le reste du droit de la compétence internationale pouvait en effet apparaître lacunaire ou casuistique<sup>476</sup>. Le présupposé, ensuite, c'est le parallélisme entre la question du juge compétent et celle du droit applicable, la théorie des conflits de juridictions et celle des conflits de lois, l'un et l'autre soulevant des conflits de souveraineté<sup>477</sup>. Or, ces deux piliers de la construction de BARTIN prêtent le flanc à la critique<sup>478</sup>.

D'une part, la hiérarchie des systèmes de compétence a évolué au point que ce sont maintenant, par principe, les règles de compétence territoriale interne, telles qu'étendues à l'ordre international, qui fondent le droit commun de la compétence internationale des juridictions françaises. Au contraire, les articles 14 et 15 ont été relégués du stade de principe à celui de système alternatif d'abord<sup>479</sup>, subsidiaire ensuite<sup>480</sup>, et ont même perdu récemment leur statut de compétence exclusive<sup>481</sup>. Il

<sup>473</sup> E. BARTIN, *Principes de droit international privé*, §120. V. aussi J. PERROUD, « Principes de compétence pour les procès entre étrangers », *JDI* 1927, p. 561.

<sup>474</sup> J.-P. NIBOYET, t. VI, n° 1714s. ; H. SOLUS et R. PERROT, n° 386 ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 276 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 690 ; Ph. FRANCESCakis, note sous *Weiller*, *RCDIP* 1959, p. 495 ; Ch. FRAGISTAS, *La compétence internationale en droit privé*, *RCADI* 1961-III, t. 104, p. 159, spéc. p. 168 ; G. BOLARD, *Essai sur l'application judiciaire du droit international privé*, thèse, Dijon 1968, t. I, n° 106 et 116.

<sup>475</sup> E. BARTIN, *op. cit.*, §123 à 134.

<sup>476</sup> Civ. 21 juin 1948, *Patino*, *RCDIP* 1949, p. 557, note Ph. Francescakis ; *JCP* 1948, II, 4422, note P. Lerebours-Pigeonnière ; *S.* 1949, I, 121, note J.-P. Niboyet ; Civ., 19 oct. 1959, *Pelassa*, *RCDIP* 1960, p. 215, note Y. L. ; *D.* 1960, p. 37, note G. Holleaux ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 oct. 1962, *Scheffel*, *RCDIP* 1963, p. 387, note Ph. Francescakis ; *D.* 1963, p. 109, note G. Holleaux, *Grands Arrêts*, n°37.

<sup>477</sup> Un parallélisme souvent rappelé par la doctrine, v. par exemple D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.*, n° 60. Il avait cependant été précédé dans cette voie par Ch. BROCHER, lequel avait ainsi articulé à plusieurs reprises son cours de droit international privé : Ch. BROCHER, « Théorie du droit international privé », *Rev. dr. int. et de légis. comp.* 1871, p. 412 et 540, 1872, p. 189, 1873, p. 137 et 390. V. aussi, du même auteur, *Commentaire pratique et théorique du traité franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements*, Genève, 1879 et *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, 1885.

<sup>478</sup> *Comp.*, déjà, D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz 1970, p. 136s.

<sup>479</sup> Il s'agit des arrêts *Pelassa* et *Scheffel*, références citées *supra* note 476.

<sup>480</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 nov. 1985, *Sté Cognac and Brandies*, *D.* 1986, J. p. 362, note J. Prévault et I.R. p. 268 obs. B. Audit ; *JCP* 1987, II, 20810, note P. Courbe ; *JDI* 1986 p. 719, note A. Huet ; *RCDIP* 1986, p. 712, note Lequette ; *Grands Arrêts* n° 68. La jurisprudence avait cependant déjà établi une exclusion du système de la compétence nationale en présence « d'actions réelles immobilières et demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger ainsi que des demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France » ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1970, *Weiss*, *RCDIP* 1971, p. 113, note Batiffol ; *Grands Arrêts* n° 49.

<sup>481</sup> La Cour de cassation a, pour ce faire, procédé en deux temps : pour l'article 15, Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mai 2006, *Prieur*, *D.* 2006, p. 1846, chron. B. Audit et pan. 1751, obs. P. Courbe ; *JCP* 2006, 10134, note

est difficile d'y voir aujourd'hui un modèle de la réglementation de la compétence internationale<sup>482</sup>. Il faut, à tout le moins, le comparer à celui d'autres règles de compétence et en particulier celles issues du droit commun.

D'autre part, la proximité entre conflit de lois et compétence internationale, entretenue encore aujourd'hui, est partiellement trompeuse. Elle procède en effet de l'assimilation du fonctionnement de la règle de compétence, qui rattacherait une affaire à un ordre juridictionnel, à celle de la règle de conflit de lois qui rattache un problème de droit à un ordre juridique<sup>483</sup>. Or cette assimilation, déjà discutable en ce qui concerne les articles 14 et 15 du Code civil, est aujourd'hui sérieusement contestable au regard tant des règles du droit commun que de nombreuses règles de source internationale.

### ***B) La réalité de la diversité des types de règle de compétence***

192. **Fréquence des règles spéciales.** On ne peut s'épargner un rappel : un grand nombre de textes d'origine internationale organise maintenant le droit français de la compétence. Même s'ils n'abrogent pas le droit commun, ces instruments prennent assez souvent la peine de déterminer les juridictions individuellement compétentes et ne se contentent pas de renvoyer à un ordre juridictionnel<sup>484</sup>. Lorsqu'ils le font, d'ailleurs, la Cour de cassation sanctionne la saisine d'une juridiction qui, tout en faisant partie du même ordre juridictionnel, n'est pas celle qui est précisément désignée par la règle<sup>485</sup>. Certes, « souvent » n'est pas synonyme de « toujours », et

---

Callé ; *RCDIP* 2006, p. 870, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 2006, p. 1377, note Ch. Chalas ; *PA* 22 sept. 2006, p. 10, obs. P. Courbe ; *Grands Arrêts* n° 87 ; pour l'article 14, Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mai 2007, *Ferrométal*, *D.* 2007, AJ p. 1586 et chron. B. Audit, p. 2548 ; *JCP* 2007, actu. 258 obs. C. Chabert ; *RCDIP* 2007, p. 610, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 2007, p. 956, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *Gaz. Pal.* 21-22 mars 2008, p. 28, obs. M.-L. Niboyet.

<sup>482</sup> En ce sens, Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, Thèse dactyl. Paris II, 1981, n° 464, p. 446 : « Elle traduit l'archaïsme d'une hiérarchie qui comprendrait au sommet les articles 14 et 15 C.civ. et, en dessous, les critères de compétence interne ».

<sup>483</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 2, A. HUET, *J.-Cl. Droit international*, v° « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux », n° 2.

<sup>484</sup> Il arrive que tout soit une question d'interprétation. L'article 28 de la Convention de Varsovie énumère certains tribunaux devant lesquels l'action peut être portée, au choix du demandeur. Il s'agit pour la jurisprudence française d'une règle de compétence territoriale, quelque gênante qu'elle se révèle parfois à l'usage (V. sur ce problème *infra* n°551s.). Aux États-Unis, il en va très différemment : l'article 28 est interprété comme désignant non des tribunaux mais des États (ceux sur le territoire desquels se trouve un des éléments énumérés dans le texte : domicile du transporteur, lieu de destination...). La désignation, dans chacun de ces États, de la juridiction matériellement et territorialement compétente se fait dans un second temps, en application du seul droit interne. Cette approche, liée aux particularités de l'organisation judiciaire américaine (M. DE JUGLART, E. du PONTAVICE et G. MILLER, *Traité de droit aérien*, LGDJ 1989, t. II, p. 438 s. - V. cependant aussi, en Italie, Corte di cassazione, 15 juin 1993, *RFD aérien* 1994, 368), consacre une des principales divergences d'interprétation de la Convention de Varsovie.

<sup>485</sup> Le rapport Jenard y invitait clairement, v. *Rapport*, p. 22. *Adde.* Civ. 2<sup>ème</sup>, 16 mai 2012, *Europe* 2012, n° 11, chron. n° 3, obs. S. Chardenoux. Dans cet arrêt, les demandeurs assurés avaient saisi le tribunal de grande instance de Paris qui n'était au regard de l'article 9-1 du Règlement n° 44/2001 applicable, ni le tribunal du domicile des assurés, ni un tribunal de l'Etat-membre dans lequel est domicilié l'assureur. Les assurés demandaient alors à pouvoir exercer l'option en faveur du tribunal de leur domicile au moment de la contestation de la compétence par le défendeur, mais la Cour de

l'on pourrait citer de nombreux contre-exemples<sup>486</sup>. Il suffit cependant, pour l'heure, de rappeler que ces derniers abondent<sup>487</sup>. En revanche, les règles alternatives peuvent, beaucoup plus efficacement, être spéciales, et la plupart des règles de ce règlement sont « spéciales » en ce qu'elles désignent directement une juridiction en particulier<sup>488</sup>. Le phénomène est d'ailleurs confirmé par les conventions internationales et règlements européens qui n'hésitent pas non plus à procéder ainsi.

BARTIN en avait d'ailleurs saisi la raison pratique en observant que « *ce qu'il leur faut [aux plaideurs], ce n'est pas une solution académique du conflit international de juridictions, suivie d'une seconde question, étrangère à la convention, celle de la détermination de la compétence spéciale. Il faut, pour faire œuvre utile, que la convention leur donne le tout, la juridiction spécialement compétente dans l'État dont les juridictions le sont généralement* »<sup>489</sup>. Limité par l'état du droit positif au début du XX<sup>e</sup> siècle, il ne pouvait cependant généraliser sa remarque. C'est aujourd'hui ce qu'il faut faire.

**193. Présentation dualiste du droit commun.** Le droit commun lui-même, en effet, ne connaît tout simplement pas la compétence générale. Selon l'arrêt *Scheffel*, la compétence internationale de droit commun « *se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne* »<sup>490</sup>. En d'autres termes, le juge qui, dans un litige international, est territorialement compétent sur le fondement des règles du Code de procédure civile *peut en déduire* sa compétence internationale.

Il n'y a ici rien à analyser, l'affirmation semble se suffire à elle-même. Cependant, la présentation qui en est habituellement faite diffère légèrement. Elle avance en effet que l'arrêt *Scheffel* a permis la création jurisprudentielle de nouvelles règles de compétence, internationales et générales, qui reprennent le critère géographique servant à la compétence territoriale pour en faire un élément de rattachement de la situation à l'ordre juridictionnel français. Par exemple, l'article 46 du Code de procédure civile énonce que le juge compétent en matière de délit est le juge du lieu où le fait dommageable s'est produit ou celui dans lequel le dommage a été ressenti. Dans une présentation internationaliste classique, il faut donc entendre

---

cassation releva que l'assignation devant ce tribunal incompétent valait renonciation à se prévaloir de l'option.

<sup>486</sup> Ainsi le règlement n° 44/2001 dit « Bruxelles I », dont l'article 2 qui vise les juridictions *de l'Etat* du domicile du défendeur l'article 5§6, attribuant compétence aux juridictions *de l'Etat* du lieu d'enregistrement du trust, ou bien encore l'article 22 relatifs aux compétences exclusives, renvoie chaque fois aux juridictions de l'Etat dans leur ensemble. Ces trois articles posent donc de véritables règles de compétence générale et laissent le droit interne de l'Etat désigné déterminer ensuite la juridiction individuellement compétente. On verra plus tard que ce choix est en réalité lié à la nécessité d'éviter les conflits de normes avec les droits internes de la compétence des Etats membres, v. *infra* n°283s.

<sup>487</sup> On peut ici citer les articles 5, 6 et 7 du Règlement Bruxelles, les règles de compétence concernant la validité ou la contrefaçon de marque communautaire d'après le Règlement n° 207/2009 ou encore en matière de responsabilité du transporteur aérien dans les conventions de Montréal et de Varsovie (Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 avr. 1975, *RFD aérien* 1975, 293).

<sup>488</sup> Comp. les règles de compétence instituées en diverses matières : articles 5 en ses cinq premiers paragraphes ; les règles spéciales (assurance, 9 à 12 ; consommateurs, 15 et 16 ; travail, 18 à 20) ; les règles de compétence dérivées des articles 6 et 7.

<sup>489</sup> E. BARTIN, *op. cit.*, §156.

<sup>490</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 oct. 1962, *Scheffel*, cité *supra*, note 476.

que l'ordre juridictionnel français est compétent dès lors que le dommage ou le fait dommageable s'est réalisé en France.

**194. Réalité unitaire du droit commun.** Cependant, comme le faisaient déjà remarquer Jean FOYER et Dominique HOLLEAUX, il y a une certaine dose d'artifice à vouloir dissocier la règle de compétence internationale de la règle de compétence territoriale interne, celle-ci n'étant simplement que la lecture « internationale » de celle-là<sup>491</sup>. Le plus souvent, elles s'appliquent même « *sans égard au caractère international du litige* »<sup>492</sup>. Hormis un exemple maintenant assez ancien et justement critiqué de la Cour d'appel de Paris<sup>493</sup>, il n'existe aucune décision, à notre connaissance, dans laquelle le juge ait appliqué cette méthode dualiste, règle générale puis règle spéciale<sup>494</sup>. Et pour cause : quel intérêt pratique pourrait-il y avoir à « capter » le litige international sur le fondement d'un texte, et à le répartir dans l'ordre judiciaire interne sur un autre ? Imaginons, avant l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles, un accident subi à Paris par un américain suite à la conduite très insouciant d'un toulousain. L'américain agit en réparation à Paris, où il réside. On aurait mal compris que le juge parisien constate sa compétence internationale sur le fondement de l'article 42 du Code de procédure civile parce que le défendeur est domicilié à Bordeaux, et ensuite sa compétence territoriale sur le fondement de l'article 46 du même Code parce que l'accident s'est produit à Paris. Il pourrait tout aussi bien faire les deux sur le seul fondement de ce dernier article.

Les chefs de compétence internationale fondés sur ces textes sont logiquement ceux de compétence interne : ils ne peuvent fonctionner que dans les hypothèses où ces critères se produisent sur le sol français. Ils ne peuvent donc « capter » que

---

<sup>491</sup> J. FOYER, note sous *Stanton*, Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 oct. 1967, RCDIP 1968 p. 105. Dans le même sens D. HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 230 ; P. BELLET, « La détermination du tribunal compétent en droit international privé », *Études de droit contemporain, Travaux de l'Institut de Droit comparé*, t. XXX, Ed. Cujas 1966, p. 216 ; H. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, t. II, n° 673-1. *Contra* G. BOLARD, *Essai sur l'application judiciaire du droit international privé*, thèse Dijon, 1968, p. 229 ; Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, n° 463s.

<sup>492</sup> *Ibid.* p. 111. On pourrait ajouter que la pratique judiciaire elle-même tend à assimiler les situations internationales aux situations internes. V. la formulation des arrêts eux-mêmes qui parlent d' « *extension à l'ordre international des règles internes de compétence* » -en refusant l'adaptation- Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 janv. 1981, RCDIP 1981, p. 331, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1981, p. 360, note A. Huet ; voire énoncent que « *en droit français la compétence internationale est régie par les règles internes de compétence territoriale* » Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 oct. 1982, Bull. I, n° 300 ; Soc. 20 oct. 1983, RCDIP 1985, p. 99, note H. Gaudemet-Tallon, JDI 1984, p. 338, note P. Rodière.

<sup>493</sup> Paris, 27 avr. 1983, JCP 1986, II, 20542, obs. P. Courbe. Dans cet arrêt, en effet, la cour d'appel confondait l'usage de l'article 14 du Code civil et des compétences de droit commun. L'erreur de l'arrêt était ainsi d'appliquer l'article 14 du Code civil sans raison. L'arrêt *Stanton* précité, note *supra*, appliquait aussi dans le même temps l'article 14 du Code civil comme une règle de compétence générale et l'article 59 du Code de procédure civile (c'est-à-dire de la compétence du juge du domicile du défendeur), en tant que compétence spéciale. Mais elle se prononçait par là plus sur le rapport entre les deux systèmes de compétence, de droit commun et fondé sur la nationalité, qu'elle n'opérait une confusion entre eux.

<sup>494</sup> D. HOLLEAUX remarque aussi dans sa thèse à propos de l'ancien article 420 C.P.C. qui attribuait compétence au juge du double lieu de conclusion et d'exécution du contrat entre commerçants que la jurisprudence ne considérait pas que ces deux éléments de rattachement cumulatifs pouvaient attribuer compétence aux juridictions françaises dans leur ensemble si ces deux rattachements se réalisaient dans deux lieux distincts dans le territoire français. Elle n'admettait alors la compétence des juridictions françaises que lorsque les deux rattachements se réalisaient précisément au même endroit (D. HOLLEAUX, *op. cit.* p. 392).

des litiges pour lesquels les règles de compétence interne s'appliqueront<sup>495</sup>. La compétence interne absorbant par instant la compétence internationale, cette dernière ne cesse pas d'exister. Simplement, elle ne développe aucune règle spécifique et se contente d'emprunter celles de la compétence interne<sup>496</sup>. Seules les solutions sont puisées dans le droit interne.

195. **Critique doctrinale de la confusion.** « *Serait-ce que la doctrine ne doit plus distinguer là où le juge ne distingue pas ?* » C'est en ces termes qu'un auteur a annoncé une défense du point de vue contraire. Pour M. THERY, en effet, on ne peut renoncer à l'idée que la règle de compétence internationale a, contrairement à la règle de compétence interne, la fonction spécifique de rattacher le litige à un ordre juridictionnel<sup>497</sup>. Il tente de corroborer la réalité d'un fonctionnement successif de règles de compétences, internationale puis interne, à l'aide d'un exemple jurisprudentiel précis<sup>498</sup>. Il s'agit d'une série d'arrêts rendus par les juridictions françaises dans le cadre de contentieux entre nationaux français dans le contexte de l'indépendance de divers pays d'Afrique occidentale française et du Maghreb<sup>499</sup>.

Ainsi, dans une affaire *Carabiber*, la Cour de cassation a confirmé la compétence des juridictions françaises contre un défendeur se prévalant de celles de la jeune République de Guinée. Le problème, contractuel, provenait d'une clause attribuant juridiction aux « *tribunaux compétents du département de Conakry* ». Si, au moment de la passation du contrat, Conakry était en Afrique Orientale Française, la ville était à l'époque du litige devenue capitale de la République de Guinée. On pouvait donc s'interroger sur les tribunaux compétents, guinéens ou français, selon que l'on faisait prévaloir la ville (Conakry) ou l'État auquel on s'était, probablement, référé. Le choix de la Cour fut le suivant : « *lors de l'acceptation de la clause précitée, l'administration de la justice à Conakry appartenait à des tribunaux français et [...] la clause*

<sup>495</sup> Pour être précis, il est possible d'imaginer une hypothèse dans laquelle deux règles de compétence pourraient se combiner pour jouer l'une sur le plan international, comme une compétence générale, l'autre sur le plan interne comme une compétence spéciale. Il faudrait pour cela que l'extension des règles de compétence interne à l'ordre international s'accompagne d'une modification des qualifications retenues. Dans le cas où l'une des compétences serait plus extensive dans l'ordre international que dans le droit interne, et réciproquement qu'une autre serait plus restrictive dans l'un que dans l'autre, il serait possible de n'obtenir la compétence des juridictions françaises que sur le fondement de l'une des règles de compétence, et la compétence interne sur le fondement de l'autre. Cependant, outre que l'hypothèse soulève plusieurs conditions dont la simultanéité ne s'est pas rencontrée en pratique, la jurisprudence s'attache indirectement à l'écartier en s'appliquant à conserver dans l'ordre international les qualifications du droit interne, v. sur le domicile, Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 nov. 1981, *Dame Fries*, JDI 1982, p. 926, note Wiederkehr, et, sur la question du report d'une donation immobilière à l'occasion d'une succession, Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 déc. 1996, *Bentchikou*, RCDIP 1997, p. 318, note B. Ancel ; JDI 1997, p. 1020, note M. Revillard. La solution pourrait évoluer grandement si la qualification devait en cette matière suivre celles retenues pour les règles de conflit de lois. V. pour une telle proposition A. HENRY, *Qualifications et conflit de juridictions*, thèse Reims, 2005. L'évolution du droit de l'Union européenne, en particulier, pourrait aller en ce sens. V. T. AZZI, « 'Bruxelles I', 'Rome I', 'Rome II' : regards sur la qualification en droit international privé communautaire », D. 2009, p. 1621.

<sup>496</sup> Une autre présentation pourrait être envisagée : Il serait en effet possible de considérer qu'une telle solution nie, *de facto*, la spécificité internationale du litige dès lors qu'un critère ordinaire de compétence est réalisé sur le territoire français. Ce serait pourtant alors faire fi des adaptations des règles internes, v. *infra* n° 295s.

<sup>497</sup> V. Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, p.447s.

<sup>498</sup> *ibid.*

<sup>499</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mars 1963, *Carabiber* ; RCDIP 1964, p. 529, note H. B. ; JDI 1964, p. 112 obs. J.-B. Sialelli ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 janv. 1962, RCDIP 1964, p. 529, note H. B. ; Lyon, 8 mars 1962, *Gaz. Pal.* 1962, II, 104 ; Aix, 22 mai 1963, *Gaz. Pal.* 1963, 2, 320 ; Civ.1<sup>ère</sup>, 9 déc. 1964, *Gaz. Pal.* 1965, 1, 245.

*d'attribution de compétence n'avait pour résultat que de déroger à l'application de l'article 59 du C.P.C. qui désigne la juridiction compétente parmi les tribunaux français ».*

Selon M. THERY, il y a dans ce choix de l'État français au lieu de la ville guinéenne un rappel de l'objet véritable de la compétence internationale : l'État dont les juridictions peuvent statuer. Le choix de la Cour pourrait ainsi être expliqué par la nature propre du problème traité par la clause. S'agissant d'une décision de la Cour de cassation, dont on ne peut que tenter de comprendre la conception de la compétence internationale, on ne saurait réfuter ce qui est une interprétation. Cependant, on pourrait proposer une autre interprétation qui nous semble exiger moins de l'arrêt. La Cour, dans cette espèce comme dans les autres citées, intervient en effet non pour interpréter une *règle* de compétence mais bien la *clause* d'un contrat. Il est donc plus vraisemblable que ce n'était pas l'esprit de la règle de compétence que la Cour recherchait, mais simplement la volonté des parties à l'époque de la convention<sup>500</sup>. On peut d'ailleurs supposer que les parties, qui n'avaient certainement pas prévu, du moins dans cette clause, la décolonisation à venir, comptaient sur des tribunaux français sans avoir besoin de le préciser. La clause attributive de juridiction était au moment de sa rédaction une clause de compétence *interne*. En l'absence d'une telle volonté des parties, elle n'aurait pu devenir, par l'effet de la création de l'État de Guinée, une clause de compétence *internationale*<sup>501</sup>. Il était dès lors logique que la Cour de cassation l'interprète comme telle, et lui restitue la valeur interne qu'elle ne pouvait avoir perdue<sup>502</sup>. D'autres arrêts résolvant la même question l'avaient d'ailleurs explicitement résolue sous cet angle<sup>503</sup>.

**196. Enjeux particuliers mais fonction identique des compétences internes et internationales.** La critique de M. THERY n'est pas entièrement injustifiée. Le problème de l'internationalité soulève des enjeux d'une importance singulière par rapport à ceux qui se retrouvent en droit interne. On ne saurait, toutefois, lire dans le jeu du droit commun de la compétence un rattachement à l'État ou à son ordre

---

<sup>500</sup> En ce sens, J.B. SIALELLI, obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mars 1963, *JDI* 1964, p. 112 : « *Les tribunaux, par interprétation de ces clauses, considèrent que, conçues pour régler un simple problème de compétence territoriale, elles ne peuvent comporter renonciation à l'article 15 du Code civil* » (nous soulignons).

<sup>501</sup> Ce qui, par ailleurs, ne diminue pas la valeur pratique accordée à la nationalité des tribunaux, bien au contraire : la Cour a aussi par-là jugé, si l'on veut bien croire qu'elle a hiérarchisé les considérations, que les parties devaient porter plus d'importance à la nationalité des tribunaux qu'à leur localisation. Mais il ne s'agit ici toujours que d'une interprétation de la volonté des parties et du contexte économique de la concurrence des juridictions, pas des règles de compétence elles-mêmes.

<sup>502</sup> Par ailleurs, la jurisprudence semblait à l'époque loin d'être fixée sur l'interprétation des clauses attribuant compétence générale aux tribunaux d'un Etat étranger, sans préciser le juge spécialement compétent. À plusieurs reprises, les juridictions du fond, appuyées par la Chambre sociale qui avait eu à en connaître, avaient décidé qu'une telle clause était « *ambiguë et insuffisante à caractériser la renonciation à l'article 14 du Code civil* », se voyant ainsi privée de tout effet : Soc., 23 mai 1973 ; *RCDIP* 1974, p. 354, 2<sup>e</sup> esp., note P. Lagarde. V. encore Rouen, 30 sept. 1961 ; *JDI* 1962, p. 1022, obs. J.-B. Sialleli et Aix-en-Provence, 15 juin 1972, *D.* 1972, p. 756, note R. Rodière ; *RCDIP* 1973, p. 350, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rép. Commaille* 1973, p. 539, note J. Boyer et p. 617, note G. Droz ; *DMF* 1974, p. 47. De manière générale, la doctrine était très critique de cette jurisprudence qui confondait condition de forme et de fond de la clause attributive ainsi que les conditions de renonciation au bénéfice de l'article 14 C.civ.

<sup>503</sup> V. par exemple, Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 janv. 1962, *op. cit.*, énonçant que « *les juges du second degré ont souverainement admis qu'à défaut de toute clause contraire impliquant renonciation au bénéfice de l'article 15 du Code civil, les parties avaient entendu uniquement déroger aux règles de compétence ratione loci sans pour autant écarter la compétence des juridictions françaises* ».

juridictionnel qu'elles ne portent pas. Cela est impossible : il ne peut y avoir de fonction particulière d'une réglementation si cette réglementation n'est pas en elle-même spécifique. Si le droit commun de la compétence internationale *est* le droit commun de la compétence, il ne peut avoir d'autre fonction qu'il n'en a déjà en droit interne.

Sans doute, la compétence du juge français entraîne une série de conséquences importantes dont la moindre n'est pas celle du rattachement à l'ordre juridique français et notamment ses règles de procédure et de conflit de lois. Pour faire de cette conséquence une fonction de la réglementation, toutefois, il est nécessaire d'altérer la réglementation pour l'adapter à cette fonction, ce que le droit français, jusqu'à présent, a refusé par principe<sup>504</sup>. Pour la plupart de ces règles, il n'y a pas rattachement à l'État, mais à un juge. Les règles de droit commun ne sont ainsi pas des règles de compétence générale, mais des règles de compétence spéciale.

**197. Impossibilité d'assimilation systématique des compétences internes et internationales.** Il ne paraît donc pas possible d'assimiler *de manière systématique*, à l'instar de BARTIN, la compétence internationale à une compétence générale, comme on le fait encore parfois<sup>505</sup>. Le problème de compétence nécessite toujours, *in fine*, de déterminer le juge compétent, et non pas seulement un ordre juridictionnel. Que l'on pense par exemple à ces règles de compétence, dénommées règles « purement internationales », qui ne fonctionnent que lorsque le critère de rattachement choisi par la règle de compétence ne se réalise pas en France : il ne vient à l'idée de personne de considérer que la compétence du juge saisi par le demandeur dans le respect de la bonne administration de la justice, qui est alors son dernier recours, soit une règle de compétence interne. Ce sont, tout autant que les autres, des règles de compétence internationale<sup>506</sup>. Par définition, elles répondent en effet à un problème spécifique de compétence internationale. Il est possible, en revanche, de voir qu'il y a alors dissociation entre d'une part une compétence générale, inscrite dans les textes –comme l'article 14 du Code civil- ou d'anciens principes –comme le déni de justice- et d'autre part une compétence spéciale à déterminer. La conséquence est claire.

**198. Conclusion.** Il apparaît non seulement nécessaire de dissocier compétence internationale et compétence générale mais encore d'aller au-delà et de dissocier les caractères généraux ou spéciaux et la compétence elle-même. C'est par un abus de langue que l'on parle de compétence générale ou de compétence spéciale. On devrait plutôt parler de *règle* de compétence générale et de *règle* de compétence spéciale<sup>507</sup>. La compétence internationale pose ainsi un *problème* qui se résout par

---

<sup>504</sup> C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains auteurs contestent la solution de la jurisprudence *Scheffel* elle-même : la compétence internationale nécessiterait, pour ces auteurs, une réglementation entièrement adaptée. V. ainsi V. HEUZE, « Conflits de juridictions et contrats internationaux », *Dict. Joly contrats internationaux*, L. IX, « Conflits de juridictions et contrats internationaux », n° 17s.

<sup>505</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 121 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 692 ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 276.

<sup>506</sup> V. *infra*, n°298.

<sup>507</sup> Ou mieux encore, de chef général de compétence ou de chef spécial de compétence, certaines règles en ouvrant plusieurs, comme par exemple l'article 19 du Règlement Bruxelles I, ouvrant une

différents types de règles, générales si elles renvoient à un ensemble de juges, spéciales si elles désignent directement le juge. Il n'y a pas de « nature » de la règle de compétence internationale à ce sujet, et il n'y a de fonction particulière qu'en ce qu'elle répond à un problème particulier, pas d'une manière particulière. Si BARTIN pouvait assimiler compétence générale et internationale au début du XX<sup>e</sup> siècle, le droit positif a évolué vers des solutions à la fois plus variées et plus précises. Plus variées, car les règles spéciales de compétence se sont développées ; plus précises car elles forment aujourd'hui la plus grande part des solutions, y compris dans le droit commun sur lequel s'appuie pourtant une part de la doctrine classique.

On savait déjà que les principes de solution des règles de compétence internationale reposent bien plus sur une vision de la compétence pragmatique et privatiste que dogmatique et publiciste<sup>508</sup>. La question du ressort naturel de la compétence semble le confirmer. On pourrait approfondir cette analyse en observant le jeu et l'importance de la question de la compétence matérielle internationale et le fait que l'État, pris cette fois-ci au sens de territoire, n'est pas le seul objet de la règle de compétence internationale.

## II) Le territoire de l'État comme seul rattachement: le problème de la compétence matérielle

199. **Position du problème.** La compétence d'attribution traite du problème de savoir « quels sont, en fonction de la nature des rapports juridiques en cause, de l'objet du litige et de son importance, voire même de la qualité personnelle des plaideurs, l'ordre, la nature et la catégorie de juridiction qu'il faut saisir »<sup>509</sup>. Or cette catégorie de compétence ne semble pas intéresser les questions relevant du droit international privé, puisqu'il est assez souvent considéré que les litiges internationaux se rapprochent des litiges internes en raison de leurs éléments tenant aux lieux : « *il s'agit, dans les deux cas de localiser les relations juridiques quant à la juridiction compétente, de désigner un tribunal en fonction des éléments de rattachement présentés par la situation. Or, le meilleur procédé de localisation semble être le recours aux rattachements retenus par les dispositions internes de compétence territoriale* »<sup>510</sup>. La compétence internationale aurait donc pour objet de répartir géographiquement les litiges. Les États, ou les ordres juridictionnels, se trouvant en concurrence, la compétence

---

alternative entre la compétence des juridictions de l'Etat membre du domicile de l'employeur (général) et celle de la juridiction du lieu où est accompli habituellement le travail (spécial).

<sup>508</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, n° 395s. ; H. BATIFFOL, « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », in *Mélanges offerts à R.D. Kollwijn et J. Offerhaus*, 1962, p. 55, spéc. p. 65 ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica 2008, p. 165s.

<sup>509</sup> H. SOLUS et R. PERROT, n° 7.

<sup>510</sup> A. HUET, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux, Principe de l'extension à l'ordre international des règles de compétence territoriale interne », *J.-Cl. dr. int.*, fasc.581-20, n° 10 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDÉ, n° 669 ; H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands*, Dalloz 1965, n° 41 ; G. COUCHEZ, « Les nouveaux textes de la procédure civile et la compétence internationale », *TCFDIP* 1977-1979, p. 124 ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, n° 388. V. cependant F. RIGAUX, note sous Bruxelles, 11 déc. 1965, *Rev. crit. jurisp. belge* 1970, p. 7.



internationale aurait pour cause cette concurrence et permettrait de déterminer les hypothèses où les juges du for pourraient se reconnaître compétents. Comment alors intégrer à ce modèle les hypothèses de règle de compétence internationale qui opèrent une répartition non pas géographique mais en fonction d'une certaine nature de la matière en cause ? Inconnu il y a peu<sup>511</sup>, il semble que ce type de règle puisse être amené à se développer.

200. **Exemple de l'OHMI.** Certaines conventions ou règlements européens proposent en effet des systèmes internationaux de compétence intégrant des autorités *ad hoc*. Pour l'ordre juridique français, c'est un texte issu du droit européen de la propriété intellectuelle qui en fournit l'exemple, le règlement sur la Marque communautaire que l'on a déjà évoqué au moment d'étudier cet étrange organe international hybride qu'est l'Office de l'harmonisation du marché intérieur<sup>512</sup>. Le règlement n°207/2009 organise en effet un triple système de compétences<sup>513</sup>. Pour toute action portant sur la déchéance ou la nullité de la marque communautaire, le seul organe compétent est en effet, et à l'exclusion de tout autre, l'autorité communautaire spécialement créée par le règlement, l'OHMI. Au titre des articles 51 à 53 du règlement, l'Office est le seul à pouvoir connaître de ce type d'action, sauf à ce qu'elle soit soulevée reconventionnellement dans une action en contrefaçon. Ces dernières doivent quant à elles être soumises à des « tribunaux des marques communautaires », juridictions nationales spécialement désignées comme telles par leur État<sup>514</sup>. Le reste des actions possibles, enfin, est laissé aux juridictions nationales de droit commun<sup>515</sup>. Cette répartition entre trois « ordres » de juridiction ressemble fortement à des règles de compétence attributive, telles qu'on les trouve

---

<sup>511</sup> En réalité, la nouveauté provient surtout de la répartition explicite des compétences entre des tribunaux différents dont certains ont été institués pour les besoins d'une certaine réglementation. Des tribunaux spéciaux ont en effet été institués bien avant dans certaines matières (on pense par exemple aux tribunaux institués pour la navigation sur le Rhin, v. J.-P. NIBOYET, « Les tribunaux pour la navigation du Rhin et la juridiction de la Commission centrale du Rhin », *RGDIP* 1923, p. 5).

<sup>512</sup> D'autres textes ont organisé les mêmes rapports de compétence matérielle en droit européen, il s'agit du règlement sur les dessins et modèles et du règlement sur le certificat d'obtention végétale qui ont pris modèle sur l'ancien règlement n° 40/94 sur la marque communautaire. Une nouvelle génération est sans doute en train de se produire avec l'Accord sur la Juridiction unifiée du brevet qui crée par ailleurs directement quatre juridictions (trois juridictions spécialisées de première instance et une chambre d'appel). Il est vrai que les rapports de compétence matérielle internationaux étaient jusqu'à présent surtout des questions d'articulation de textes (comme avec la Convention pour la navigation sur le Rhin, précitée *supra*). Ce n'est qu'avec la création de véritables juridictions spécialisées internationales que la question pouvait se poser. Pour un exemple d'articulation plus flexible en droit de la concurrence entre juridictions nationales et Commission européenne, v. *supra*, n° 147.

<sup>513</sup> Règlement du Conseil n° 207/2009 du 26 février 2009, *JOUE L* 2009 79/1 remplaçant le Règlement 40/94 du 20 décembre 1993, *JOCE* 1993 L 11/1. Sur les aspects de droit international privé du règlement 40/94, non modifiés par la consolidation de 2009, v. A. HUET, « La marque communautaire : la compétence des juridictions des Etats-membres pour connaître de sa validité et de sa contrefaçon », *JDI* 1994, p. 623 ; E. PATAUT, « Compétence internationale et contentieux des marques : entre droit international privé et droit communautaire », *Gaz. Pal.* 28 oct. 2005, p. 5 et « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? » in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen*, Dalloz 2004, p. 31, spéc. p. 43s.

<sup>514</sup> Article 95 à 105 du Règlement n° 207/2009. On notera plus tard que ces tribunaux, bien que nationalement investis, disposent de pouvoirs territoriaux transnationaux (CJUE, 12 avr. 2011, *DHL Express*, Aff. C-235/09, *Europe* 2011, Comm. 228 par L. Idot, dans lequel la Cour de justice considère que l'injonction prononcée par le tribunal des marques communautaires parisien, juridiction du domicile du défendeur, s'étend à tout le territoire de l'Union). En France, il n'y en a qu'un : le tribunal de grande instance de Paris (art. R. 211-7 du Code de l'organisation judiciaire).

<sup>515</sup> Article 106 du règlement n° 207/2009.

en droit interne de la compétence<sup>516</sup>, mais elles le font de manière internationale, puisqu'elles considèrent les différents États membres comme un seul et même territoire. Il s'agit bien de règles de compétence internationale. Ces règles, cependant, ne désignent pas un tribunal ou un ordre judiciaire en fonction de leur localisation, mais en fonction de leur qualification. Il s'agit donc véritablement ici de distinguer selon le problème de droit, et non la localisation de ses éléments ; il s'agit de déterminer la matière du litige, non le ressort dans lequel il sera jugé. Il s'agit de compétence internationale matérielle, d'attribution, et non géographique<sup>517</sup>.

**201. Supranationalité de la compétence matérielle.** L'internationalité, dans ce type de règles de compétence, n'a donc rien de conflictuelle. Ces règles de compétence ne cherchent pas à renvoyer à un État. Au contraire, elles traitent l'ensemble des États-membres comme un espace commun divisé en trois ordres matériels avant même la répartition entre les ordres judiciaires nationaux. La raison de ce traitement est d'évidence. La question de la marque communautaire, par exemple, ne relève en effet plus immédiatement des ordres juridiques nationaux mais du droit de l'Union européenne. Or ce dernier est substantiellement international. Plus précisément encore, il est « supranational », c'est-à-dire d'une source hiérarchiquement supérieure aux sources nationales<sup>518</sup>. Il naît d'une institution internationale, qui impose ses règles à l'ensemble des ordres juridiques nationaux qui y participent. L'internationalité procède donc ici non du constat de la multiplicité des ordres juridiques, et de la nécessité de déterminer une solution parmi les différentes solutions nationales, mais plutôt de l'existence d'une solution commune à ces divers ordres juridiques. De l'internationalité comme multiplicité des ordres juridiques, on passe donc ici à l'internationalité comme solution par-delà les ordres juridiques. D'aucuns appellent cela l'internationalisation<sup>519</sup>. On pourrait là encore qualifier la solution de transnationale.

**202. Transnationalité d'un droit matériel uniforme.** La transnationalité joue déjà, en vérité, dans les règles de compétence tirées des autres règlements de l'Union européenne. L'article 2 du Règlement Bruxelles I se pose en effet comme une règle de source supranationale, d'abord édictée dans une convention internationale, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, ensuite dans ce texte de nature communautaire. La différence majeure, cependant, tient à ce que les règles issues

---

<sup>516</sup> A. HUET, *op.cit. loc. cit.* ; E. PATAUT, *op. cit., loc. cit.*

<sup>517</sup> Bien entendu, ces règles n'ont pas une valeur universelle, et le découpage matériel auquel elles procèdent ne s'applique qu'au sein de l'Union européenne. Il faut alors soulever le problème de l'application de ce système de règles dans des contentieux impliquant des États tiers par leur localisation, leur partie, etc. Cependant, d'une part, en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle européens, la protection étant territoriale, le problème n'a que peu de chance de se poser à l'extérieur de l'Union européenne. D'autre part, le fait qu'il existe un conflit de normes de compétence non résolu par ces règles de compétence internationale-ci n'implique pas qu'elles ne soient pas des règles de compétence internationale. La réflexion conduirait en effet à nier la valeur de règles de compétence internationale au Règlement n° 44/2001. V. *infra*, n° 733s.

<sup>518</sup> *Vocabulaire juridique*, v° « Supranational » : « *Qualificatif appliqué à une institution internationale regroupant deux ou plusieurs États, qui indique qu'il y a eu un transfert de compétences des États aux organes de cette institution, de telle sorte que celle-ci dispose en certaines matières d'un pouvoir de décision s'exerçant directement sur les États eux-mêmes ou sur les particuliers ressortissants de ces États* ».

<sup>519</sup> V. le dossier « L'internationalité », *op. cit.* et les interventions de P. LAGARDE, Ph. KAHN et C. WITZ.

du règlement sont de source supranationale, mais restent localisatrices. Le problème qu'elles ont à résoudre est celui de la localisation plurielle de la situation juridique. Au contraire, il n'y a pas forcément de dissociation dans l'espace des divers éléments de la situation lorsque les règles précitées du règlement n°207/2009 vont jouer. Il s'agit avant tout de déterminer quel « ordre » de juridictions est compétent pour traiter d'une question relative à la marque communautaire. La raison d'être de cet ensemble de règles, leur internationalité, n'est donc plus l'ambiguïté de la localisation du litige, mais la source même du droit concernée : la marque *communautaire*. Indifférente aux frontières, du moins celles des États membres qu'elle essaye précisément de gommer, la marque communautaire (et ses règles de compétence) relève ainsi elle aussi d'une perspective transnationale bien plus que d'une perspective interétatique.

203. **Conclusion.** On a longtemps conçu la compétence internationale comme une question de conflit de souverainetés. Cette conception est encore aujourd'hui, en creux, dans une théorie de la compétence internationale qui maintient qu'elle a pour finalité d'attribuer les litiges aux États. Ce n'est cependant, en définitive, qu'une présentation pédagogique qui masque une réalité plus complexe, mais plus banale. La compétence internationale rassemble en effet des règles multiples et diverses, certaines répartissant les litiges sans tenir compte des États comme au sein de l'espace judiciaire européen, d'autres attribuant les litiges à tel ou tel juge sans que leur appartenance à un ordre juridictionnel rentre en ligne de compte. Présenter la compétence internationale comme la question de la compétence de l'ordre juridictionnel français n'est donc, au mieux, qu'un moyen commode d'évoquer l'ensemble des règles de compétence internationale s'adressant aux juridictions françaises. La description, cependant, est fautive tant dans sa généralité, puisque cette compétence peut s'adresser à des juridictions étrangères, que dans l'observation scientifique, la règle de compétence internationale, y compris celle de droit commun, ne tenant pas toujours compte de l'unité juridictionnelle de l'État.

## Paragraphe 2) LA DISTINCTION DE LA COMPETENCE ET DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

204. **Inévitable glissement.** L'une des difficultés les plus importantes que l'on rencontre au moment de définir la notion de compétence internationale provient de la confusion longtemps entretenue entre d'une part l'habilitation du juge à intervenir pour tel type de litige, que caractérise la compétence, et d'autre part l'habilitation du juge à juger précisément, c'est-à-dire le pouvoir de juger<sup>520</sup>. Si la distinction intellectuelle est relativement facile, elle est cependant fortement troublée en pratique par la faible importance que requiert la seconde de ces

---

<sup>520</sup> V. déjà D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz 1970, p. 338s. V. par exemple P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979, p. 1s., 341s. et 537s., spéc. p. 9.

notions, qui se rencontre assez peu comme telle, et par la similitude des effets concrets : un juge qui a compétence pour juger n'est-il pas ainsi habilité à juger certains types de litige ? D'ailleurs, il est même fréquent que les recours fondés sur l'absence de pouvoir juridictionnel prennent la forme du contredit, en principe réservé aux recours sur la compétence. « *Toute violation des règles de compétence renferme un excès de pouvoir* », disait DUPIN aîné en 1847<sup>521</sup>.

205. **Un glissement prétorien.** C'est ici que prennent toute leur ampleur les travaux déjà évoqués de M. THERY, dans lesquels l'auteur, au travers d'une étude de droit international privé, démontre la distinction entre un pouvoir de juger institutionnel, touchant au pouvoir régalien de justice, et une compétence fonctionnelle et donc malléable, s'adaptant au phénomène de la frontière<sup>522</sup>. Toutefois, alors même que nombre d'auteurs ont adopté cette distinction<sup>523</sup> et que Cour de cassation l'avait évoqué dès 1892<sup>524</sup>, la jurisprudence maintient le flou des notions, participant ainsi à la coloration étatiste de la compétence internationale. C'est donc ici par une analyse critique de la jurisprudence qu'il faut procéder, en développant la distinction proposée par M. THERY. Un retour sur la notion de pouvoir juridictionnel (I) permettra de mieux révéler l'ombre qu'elle projette sur le droit positif de la compétence internationale (II).

## I) Notion de pouvoir juridictionnel

206. Le pouvoir juridictionnel – ou pouvoir de juger – est une notion assez étroite. Il se définit essentiellement autour de la fonction même du juge, sa fonction principale du moins, celle que d'aucuns ont caractérisé par cette formule latinisante : « dire le droit et trancher les litiges »<sup>525</sup>. Mais ce cœur n'est pas suffisant dès lors que l'on parle d'un véritable pouvoir. Par ailleurs, si c'est une notion qui a trouvé sa source dans des problématiques de droit public interne au XVIII<sup>e</sup> siècle, elle a trouvé à s'employer en droit judiciaire privé et se trouve aujourd'hui au cœur des problèmes de compétence en droit international privé. Cette double altération, par le temps et le domaine, ne concourt pas à sa clarté. Pour faire œuvre utile, il est donc nécessaire de partir de ses manifestations en droit interne (A), puis d'en tirer une notion (B) avant d'en vérifier la pertinence en droit international privé (C).

---

<sup>521</sup> DUPIN, *D. P.* 1847. 1. concl. 177.

<sup>522</sup> Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, ainsi que les nombreuses notes de l'auteur à la revue trimestrielle de droit civil qui seront régulièrement citées par la suite. V. aussi Ch. CHARRUAULT, « L'excès de pouvoir du juge civil », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 857 ; M. SANTA-CROCE, « De la limitation des voies de recours à la délimitation de l'excès de pouvoir », in *Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz 1999, p. 467 ; N. FRICERO, « L'excès de pouvoir en procédure civile », *RGDP* 1998, p. 17 ; F. KERNALEGUEN, « L'excès de pouvoir du juge », *Justices* 1996, n° 3, p. 151 et v° « Excès de pouvoir », *Dictionnaire de la justice*, PUF 2004 ; G. BOLARD, « L'appel nullité », *D.* 1988, chron. p. 177 et *Justices* 1996, n° 1, p. 119. Adde. L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, n° 203 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, 2<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2012, n° 387s.

<sup>523</sup> En particulier la doctrine processualiste qui évoque maintenant nommément la notion dans manuels et traités : S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, n° 1472, L. CADIET et E. JEULAND, n° 106. V. aussi M.-L. NIBOYET et A. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 530s.

<sup>524</sup> Req. 26 avr. 1892, *D. P.* 1893, I, 162.

<sup>525</sup> D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ 1994.

### **A) La notion en droit positif interne**

207. **Superficialité des textes, flou de la jurisprudence.** La notion de pouvoir juridictionnel et ses avatars n'apparaissent presque jamais dans les textes, sinon parfois pour évoquer les tribunaux ou leur intervention<sup>526</sup>. L'acte fondateur de cette notion y voyait pourtant un autre sens. Elle semble naître sous les débuts du Consulat, à l'article 27 de la loi du 27 ventôse an VIII sur l'organisation des tribunaux qui attribue « *au tribunal de cassation, section des requêtes, la connaissance de la dénonciation, et, s'il y a lieu, l'annulation des actes par lesquels les juges auraient excédés leurs pouvoirs* »<sup>527</sup>. L'article met en œuvre la volonté de réorganiser les pouvoirs à la suite de la faillite du Directoire afin de brider les tribunaux pour qu'ils n'empiètent pas sur les pouvoirs, celui de l'exécutif en particulier. Si la loi du 27 ventôse an VIII a été abrogée par l'article 15 de l'ordonnance de 1958 sur l'organisation des tribunaux, la notion de pouvoir juridictionnel se retrouve de manière déformée dans la jurisprudence judiciaire qui sanctionne « l'excès de pouvoir du juge », une qualification qui ouvre un recours en nullité immédiat à l'encontre de la décision qui en serait entachée. Cette arme procédurale, par ailleurs prétorienne, est à l'évidence d'une grande utilité pour la jurisprudence. Certainement trop toutefois : couteau-suisse de la recevabilité immédiate des recours, elle a été utilisée dans des hypothèses qui n'ont plus rien à voir avec le cœur de la notion de pouvoir juridictionnel. Une fois écartés tous les emplois qui ne font que servir d'habillage à d'autres notions pour permettre des recours efficaces (1), on pourra plus facilement

---

<sup>526</sup> A s'en tenir aux divers codes en vigueur, l'expression « pouvoirs juridictionnels » n'apparaît qu'une fois, au pluriel, pour qualifier les « *organismes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs juridictionnels ou législatifs* » de l'article L.124-3 Code de l'environnement, c'est-à-dire les organes qui ne sont pas soumis à l'obligation de communication d'information relative à l'environnement. D'autres codes, cependant, utilisent des termes approchant, surtout liés à l'idée de « pouvoir judiciaire » ou de « pouvoir de l'autorité judiciaire ». Le nouveau Code de justice militaire, issu d'une réforme effectuée par la voie d'une ordonnance n° 2006-637 en date du 1<sup>er</sup> juin 2006, utilise d'abord de manière récurrente l'expression « *autorités militaires qui exercent les pouvoirs judiciaires* » pour qualifier les différents tribunaux militaires (Une expression assez proche est aussi trouvée dans l'ancien code du service national, articles L.149-2 et 149-5). On retrouve ici le modèle d'attraction judiciaire dont on parlait au premier chapitre. Le Code de l'action sociale et des familles, selon une formule plus alambiquée, évoque régulièrement la réserve des « *pouvoirs reconnus à l'autorité judiciaire* », il s'agit en réalité à chaque fois de rappeler que la personne visée, que ce soit le citoyen ou le détenteur d'un pouvoir particulier, peut se voir imposer une décision par la justice. En réalité, on voit qu'il s'agit soit de qualifier un organe par ses pouvoirs, soit de rappeler la possible intervention de la justice. Dans ce dernier cas, d'ailleurs, le terme de « pouvoir » est parfois employé pour ne pas confondre avec le pouvoir d'intervention d'un autre organe, alors qualifié de « compétence » (Ainsi les articles L. 121-4, L.222-1 et L. 223-1 du Code de l'action sociale et des familles). S'il n'est ainsi pas forcément d'une utilité nulle, le pouvoir juridictionnel (ou judiciaire) ainsi défini est quand même peu concluant.

<sup>527</sup> Sur cette loi, v. J.-L. HALPERIN, « L'Empire hérite et lègue » in *La Révolution de la Justice, Des lois du Roi au droit moderne*, Ph. Boucher (dir.), JP de Monza 1989, p. 211. V. cependant, l'Édit de Saint-Germain en Laye du 21 février 1641, qui pose déjà les bases de la séparation des pouvoirs et de l'interdiction faite au juge civil d'empiéter sur les pouvoirs de l'administration (on sait avec quel succès jusqu'à la Révolution en tout cas), « *Faisons très expresse prohibitions et défenses à notre cour de parlement de paris et à toutes nos autres cours de prendre, à l'avenir, connaissance d'aucunes affaires concernant l'Etat, administration et gouvernement d'icelui que nous réservons à notre personne seule, si ce n'est que nous leur en donnions le pouvoir et commandement spécial par nos lettres patentes, nous réservant de prendre sur les affaires les avis de notre cour et parlement, lorsque nous le jugerons à propos pour le bien de notre service* » (cité par Ch. CHARRUAULT, *op. cit.* p. 857).

mettre à nu cette dernière et évoquer toutes les hypothèses où aucune autre notion ne saurait s'imposer<sup>528</sup> (2).

### 1. *L'excès de pouvoir comme habillage processuel d'autres notions*

208. **Exclusion de l'assimilation à la fonction juridictionnelle.** En premier lieu il est nécessaire d'exclure les jurisprudences qui assimilent totalement fonction et pouvoir juridictionnels. Si l'organe détenteur du pouvoir juridictionnel en exerce la fonction, il n'est en revanche pas vrai d'affirmer qu'exercer la fonction en donne nécessairement le pouvoir. Il suffit que l'exercice de la fonction juridictionnelle ne soit pas reconnu<sup>529</sup>. Les arrêts qui exigent, par exemple, de vérifier « *la volonté d'accorder un pouvoir juridictionnel* » pour qualifier un organe de juridiction arbitrale ou de juridiction administrative ne sont ainsi pas très éclairants<sup>530</sup>. Au mieux, ils informent sur la nature essentiellement juridictionnelle de ce pouvoir, c'est-à-dire sur l'idée que ce pouvoir consisterait dans l'exercice d'une activité particulière, celle de la fonction juridictionnelle. On passe alors d'une notion floue, le pouvoir juridictionnel, à une autre, la fonction juridictionnelle, sans être mieux renseigné sur l'un ou l'autre.
209. **Exclusion des questions de procédure.** Par ailleurs le pouvoir de juger ne saurait être non plus assimilé à une façon de rendre la justice, c'est-à-dire une procédure. Pendant une certaine période, la Cour de cassation a en effet souhaité sanctionner la violation des principes fondamentaux de la procédure par l'ouverture du recours pour excès de pouvoir. Après une longue tradition en ce sens<sup>531</sup>, l'arrêt de la Chambre mixte du 28 janvier 2005 semblait avoir coupé court à cette voie de recours<sup>532</sup>. La Chambre commerciale puis la Deuxième chambre civile ont pu paraître y revenir<sup>533</sup>, sanctionnant pour excès de pouvoir des juridictions du fond ayant statué sans que le débiteur ait été, pour l'un, entendu ou appelé, pour l'autre entendu alors qu'il bénéficiait de l'aide juridictionnelle. La même Chambre

---

<sup>528</sup> Comp. M. SANTA-CROCE, *ibid.*, qui évoque des questions spécifiques de pouvoir de juger et d'autres qui permettent d'écarter les limitations à l'exercice des voies de recours.

<sup>529</sup> V. *supra*, n° 117s.

<sup>530</sup> Sur l'octroi du pouvoir juridictionnel à des entités administratives, v. Com. 13 mars 1990, *Bull.* n°76 ; Soc. 27 oct. 1982, *Bull.* n°587 ; sur l'octroi du pouvoir juridictionnel aux arbitres par des parties privées, v. par exemple Civ. 2<sup>ème</sup>, 25 mai 1962, *Bull.* n° 470 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 avr. 1972, *Bull.* n° 91.

<sup>531</sup> L'arrêt de principe en ce sens datait du 15 février 1957 (Civ. 2<sup>ème</sup>, 15 févr. 1957, *Bull.* n° 153. Une partie importante de la doctrine plaide et plaide toujours en ce sens, v. entre autres S. GUINCHARD, « Le droit à un procès équitable, droit fondamental », *AJDA* 1998, n° spécial juil.-août, p. 119 ; L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* n° 636, 15 mars 2006, p. 3).

<sup>532</sup> Ch. mixte, 28 janv. 2005, *JCP* 2005, I, 125, obs. S. Amrani-Mekki ; *Procédures* 2005, comm. 87, obs. R. Perrot ; *Dr. et pat.* 2006, p. 103, obs. S. Amrani-Mekki ; *D.* 2005, p. 386, obs. V. Avena-Robardet et 2006, p.545, obs. P. Julien et N. Fricero.

<sup>533</sup> Com., 16 juin 2009, sur le fait de statuer sans que le débiteur ait été entendu ou appelé (, *D.* 2009, p. 2521, note J. Théron ; *JCP* 2009, 369, chron. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> nov. 2009, p. 19, obs. D. Voinot ; *RTDCiv.* 2009, p. 576, obs. R. Perrot ; *Procédures* 2009, n°280 par B. Rolland) et Civ. 2<sup>ème</sup>, 24 juin 2010 (*Gaz. Pal.* 17 oct. 2010, p. 20, obs. N. Fricero), sanctionnant la décision rendue sans que le débiteur ait été entendu alors qu'il bénéficiait de l'aide juridictionnelle. La Première chambre civile maintient cependant le refus de principe (Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2009, pourvoi n° 08-11697), la Chambre commerciale poursuivant sa jurisprudence (Com. 8 janv. 2013, *Procédures* 2013, comm. 111 par B. Rolland ; *Gaz. Pal.* 24 mai 2013, p. 32 chron. J. Théron ; *Rev. proc. coll.* 2013, n° 2, p. 39, note P. Cagnoli).

commerciale a cependant refusé de voir un excès de pouvoir dans la violation du principe de loyauté et de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>534</sup>, ou celle de l'obligation de motivation<sup>535</sup>. Il est vrai que la violation du principe de la contradiction est alors plus grave. On ne saurait cependant se départir de l'idée qu'il y a là encore abus de langage.

En effet, on peut certainement comprendre que le fait de statuer sans que le défendeur ait été appelé ou, sachant qu'il bénéficie d'un représentant, sans entendre ce dernier, constitue pour le juge une violation grave de ses devoirs. La chose est même habituellement qualifiée de violation du principe de la contradiction, un principe fondamental du droit du procès<sup>536</sup>. Cependant, cette règle est inscrite à l'article 14 du Code de procédure civile<sup>537</sup>, la charge d'en contrôler le respect est attribuée au juge par l'article 16 suivant<sup>538</sup> et, surtout, la violation de cette règle entraîne la nullité du jugement selon l'article 114 du même Code<sup>539</sup>. En d'autres termes, la qualification de cette violation d'excès de pouvoir vient se superposer, voire se surimposer à des qualifications et un régime déjà établis. Le choix jurisprudentiel d'attribuer à la violation du principe du contradictoire la qualification d'excès de pouvoir semble alors en dire plus long sur l'importance que la jurisprudence a souhaité attribuer à ce principe qu'à la notion de pouvoir juridictionnel elle-même : il ne s'agissait pas pour elle d'incorporer certains principes directeurs du procès (et pourquoi alors s'arrêter à celui-ci ?) à la notion de pouvoir juridictionnel mais simplement de faire subir à la violation de certains d'entre eux la sanction de l'excès de pouvoir. Là encore il est ainsi nécessaire, pour se permettre de définir la notion, d'écarter cette manifestation de son régime<sup>540</sup>.

**210. Exclusion des questions de compétence territoriale interne.** Bien évidemment, on ne saurait de même associer pouvoir juridictionnel et compétence territoriale. La compétence peut certainement être, encore que de manière très vague, associée au pouvoir juridictionnel comme une de ses modalités d'exercice. On ne saurait cependant, sauf à perdre toute ambition d'en vérifier les sens respectifs, les associer totalement. Ainsi, on peut espérer que les décisions de la Deuxième chambre civile de la cour en date du 9 juillet 2009<sup>541</sup> et du 8 juillet 2010<sup>542</sup>, qui ont sanctionné pour excès de pouvoir la violation de l'article R. 311-3 du COJ (ancien R. 212-2 du COJ), qui énonce que « *sauf dispositions particulières, la cour d'appel connaît de l'appel des jugements des juridictions situées dans son ressort* », ne feront pas longtemps jurisprudence. Si le terme de compétence territoriale n'était pas

<sup>534</sup> Com., 8 mars 2011, *Procédures* 2011, comm. 178 par B. Rolland.

<sup>535</sup> Com., 8 nov. 2011, et 7 sept. 2010, *Procédures* 2010, comm. 368 par R. Perrot; Com., 28 janv. 2010, *JCP* 2010, n° 223, note Arbellot.

<sup>536</sup> S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2013, n° 468s.

<sup>537</sup> « *Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* ».

<sup>538</sup> Article 16 C.P.C. : « *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer [...] le principe de la contradiction* ».

<sup>539</sup> Article 114 C.P.C., v. L. CADIET et E. JEULAND, n° 521 ; J. BORE, « *Pourvoi en cassation* », *Rep. proc. civ.*, n° 406.

<sup>540</sup> Par ailleurs, la Chambre commerciale comme la Deuxième chambre civile ont toutes les deux eu l'occasion d'affirmer la distinction des questions. Il semblerait que leur jurisprudence est en train de changer, v. Com. 26 janv. 2010, n° 08-13989 et 08-21330 (deux arrêts) ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 mars 2011, n° 10-15.120 et Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 févr. 2012, *JCP* 2012, 314.

<sup>541</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 9 juil. 2009, *RTD Civ.* 2010, p. 370.

<sup>542</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juil. 2010, *D.* 2011, p. 632 chron. J.-M. Sommer et L. Leroy-Gissinger.

prononcé, c'était pourtant de cela qu'il s'agissait puisque pour la dernière affaire, par exemple, c'était la cour d'appel d'Amiens qui avait été saisie sur recours d'une décision du tribunal des prud'hommes d'Arras, au lieu de celle de Douai<sup>543</sup>. S'il y a bien un cœur du concept de compétence, c'est celui de la compétence territoriale<sup>544</sup>. Sur le plan notionnel, l'emploi du terme de pouvoir juridictionnel est donc malheureux<sup>545</sup>. Compétence interne et pouvoir juridictionnel sont bien deux choses différentes.

---

<sup>543</sup> Comme dans l'affaire du 9 juillet 2009, la Cour de cassation s'attaque en effet à la sanction de la saisine d'une cour d'appel dont ne dépend pas la juridiction de première instance dont la décision est ainsi attaquée. La procédure ayant mené à l'espèce était complexe et la question se posait devant la Cour de cassation sous une double équation. Pour reprendre la seule procédure, une salariée avait saisi le tribunal des prud'hommes d'Arras contre un établissement d'enseignement organisé en association. Le tribunal des prud'hommes avait dans un premier temps renvoyé les parties à se pourvoir devant la juridiction administrative, estimant que la cause ne relevait pas des juridictions judiciaires. La demanderesse présenta alors un contredit devant la Cour d'appel dont relève le tribunal d'Arras : la Cour d'appel de Douai. Cependant, l'association émit à cette occasion la demande spécifique visée à l'article 47 du C.P.C. qui permet de « délocaliser » l'affaire devant une juridiction limitrophe lorsqu'un juge ou un auxiliaire de justice est intéressé à la solution du litige. La Cour d'appel de Douai accueillit cette exception et renvoya l'affaire devant la Cour d'appel d'Amiens. Celle-ci une fois saisie de la question de compétence se prononça en faveur de la compétence des juridictions judiciaires et renvoya devant le conseil des prud'hommes d'Arras. Le problème auquel fut confronté la Cour de cassation émane du deuxième appel, sur le fond cette fois-ci, interjeté par la demanderesse. Celle-ci, prenant acte de la première procédure sur la compétence, décida en effet de saisir directement la Cour d'appel d'Amiens, laquelle, considérant qu'elle n'avait pas été saisie régulièrement, annula son acte d'appel. En effet, la cour d'appel d'Amiens n'avait été auparavant désignée par renvoi de la cour d'appel de Douai qu'au sujet de la seule question de la compétence matérielle des juridictions judiciaires. Il y avait donc pour la Cour de cassation une double question à résoudre. Il lui fallait, d'une part, déterminer si le renvoi opéré par la cour d'appel de Douai sur le fondement de l'article 47 pour répondre à une question de procédure s'étendait ensuite au recours contre la décision rendue au fond. D'autre part, parce que la demanderesse estimait par ailleurs qu'il s'agissait d'une question de compétence et non de forme des actes de procédure, il lui fallait qualifier la sanction applicable à la saisine d'une cour d'appel violant ainsi l'ancien article R. 212-2 du COJ qui énonçait la compétence des cours d'appel pour les recours formés à l'encontre de jugement pris par les juridictions de leur ressort. À la première question, la cour répond de manière restrictive mais assez littérale, considérant que « *la cour d'appel d'Amiens a épuisé sa saisine résultant de l'arrêt de renvoi de la cour d'appel de Douai* ». À la seconde, la cour apporte une réponse plus surprenante : « *Qu'en statuant ainsi, alors que le moyen tiré du défaut de pouvoir juridictionnel de la juridiction saisie, elle-même tenue de vérifier la régularité de sa saisine, constitue une fin de non-recevoir, la cour d'appel a violé [les articles 114 et 117 du C.P.C., sur la nullité des actes de procédure, et 122 du C.P.C., sur la définition des fins de non-recevoir]* ».

Si l'on comprend, au visa des articles 114 et 117 du C.P.C. respectivement sur les hypothèses de nullité de forme et de fond, qu'aucun texte n'édicte une nullité en l'espèce, il est plus difficile de s'abstraire de la conviction que rien ne justifie la qualification d'absence de pouvoir juridictionnel.

<sup>544</sup> La question est d'ailleurs traitée dans ces termes pour les cours administratives d'appel. Le livre III du code de justice administrative traite dans son entier de « la compétence », et le chapitre II du premier titre, intitulé « compétence territoriale », énonce pour ces mêmes cours que « (l)orsqu'il n'en est pas disposé autrement par les dispositions de la section 2 du présent chapitre ou par un texte spécial, le tribunal administratif territorialement compétent est celui dans le ressort duquel a légalement son siège l'autorité qui, soit en vertu de son pouvoir propre, soit par délégation, a pris la décision attaquée ou a signé le contrat litigieux », (Article R. 312-1 code de justice administrative. V. d'ailleurs à ce sujet Ph. THERY, note précitée). Il ne semble pas qu'il y ait une quelconque raison de principe de traiter ainsi différemment l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

<sup>545</sup> L'incohérence provient peut-être de la situation très spéciale dans laquelle se trouvait la cour d'appel. Celle-ci avait été saisie sur renvoi de la cour normalement compétente sur le fondement d'une demande de la défenderesse d'obtenir le renvoi à une juridiction limitrophe sur le fondement de l'article 47. Or la Cour de cassation a eu l'occasion de juger que ce renvoi n'était pas une exception d'incompétence (Civ. 2<sup>ème</sup>, 15 févr. 1995, D. 1995, IR p. 72 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 févr. 2003, D. 2003, IR, p. 737 ; JCP 2003, IV, 1622 et Gaz. Pal. 10-11 oct. 2003, obs. E. du Rusquec). Elle n'en reste pas moins une exception de procédure (Soc. 5 déc. 2006, Bull. n° 368). Cependant, si l'on peut très bien comprendre que l'article 47 du C.P.C., introduisant une dérogation particulière pour « *convenance, délicatesse et impartialité* » (A. LE BAYON et J.-M. DESPAQUIS, « Compétence territoriale en matière civile », J.-Cl. proc. civ. fasc. 211, n° 169) ait besoin de s'émanciper de la rigueur des exceptions de compétence (notamment la condition d'introduction de l'exception *in limine litis*),



- 211. Exclusion des questions de compétence matérielle interne.** De même, la notion de compétence matérielle ne saurait être confondue avec celle de pouvoir juridictionnel<sup>546</sup>. Ainsi, dans l'arrêt *Voies navigables de France*, la Cour de cassation évoque « *l'excès de pouvoir du juge judiciaire, caractérisé par la méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs* » pour répondre au grief d'irrecevabilité du pourvoi tiré de l'incompétence du juge judiciaire soulevé avant que ce dernier n'ait statué au fond. La qualification d'excès de pouvoir, ici encore, permet de recevoir immédiatement le pourvoi malgré la lettre de l'article 607 du Code de procédure civile. Au fond, cependant, la Cour de cassation valide la décision de la cour d'appel qui « *en a déduit à bon droit que le litige relevait de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* »<sup>547</sup>. La violation alléguée était celle d'une règle de compétence, le recours qualifié quant à lui d'excès de pouvoir. La confusion des notions est donc bien, là encore, consommée. Cependant, la distinction est assez simple. Elle ne peut être faite qu'au bénéfice de la compétence, laquelle est la mieux définie des deux dans un sens qui, en l'occurrence, recouvre l'espèce abordée.
- 212. Spécificité de l'incompétence judiciaire pour un litige administratif.** Il est vrai qu'il est difficile de ne pas voir dans les rapports entre ordre judiciaire et ordre administratif des rapports de pouvoir. C'est après tout pour organiser les rapports entre les trois pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif que la notion a été développée. L'ordre administratif découlant historiquement de l'administration, c'est-à-dire du pouvoir exécutif, il est logique que la Cour de cassation associe régulièrement la « *méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs* » et l'excès de pouvoir du juge. Le texte même de l'arrêt *Voies navigables de France*, cependant, expose clairement la confusion des termes. Pour retrouver une certaine cohérence, il faut peut-être passer par un affinement de leur emploi. Si compétence et pouvoir juridictionnel ont bien deux sens différents, il n'est cependant pas impossible de concilier leurs violations respectives : excès de pouvoir et incompétence. Pour cela, il faut d'abord bien comprendre que le principe de la séparation des pouvoirs, s'il apparaît depuis longtemps dans la jurisprudence de la Cour pour sanctionner les juges du fond qui outrepassent leurs fonctions, a perdu depuis des années sa valeur positive autonome. Il faut se rappeler en effet que ce principe servait à l'origine, en ce qui concerne les juridictions, à encadrer son activité de manière à ce qu'elles n'empiètent pas sur le gouvernement de la 1<sup>ère</sup> République<sup>548</sup>. Cette règle, un principe fondamental pour les révolutionnaires, fut rapidement reprise par les articles 4 et 5 du Code civil : le juge ne légifère pas. Dans ses rapports avec le pouvoir législatif, dès lors, le débat s'est concentré sur ces deux articles du code qui

---

il reste que la question posée ici était celle de la qualification du recours contre la décision d'incompétence territoriale de la cour d'appel fondée sur l'article R. 212-2 du COJ, et non sur l'article 47 du C.P.C.

<sup>546</sup> J. BORE et L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz Action, 2003/2004, n° 73.31.

<sup>547</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 févr. 2001 ; *Gaz. Pal.* 9-10 oct. 2002, p. 51, obs. A. Perdriau; *Procédures* 2001. Comm. 80, obs. R. Perrot. V. aussi Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 2003, *Gaz. Pal.* 30 oct. 2004, p. 16, note E. du Rusquec; *RJDA* 2004, n° 5, p. 599.

<sup>548</sup> V. supra n° 207.

bornent l'office du juge<sup>549</sup>. Le principe ne conservait alors une véritable force positive que dans les rapports avec l'administration. Dans ces rapports, cependant, la création et le développement d'un ordre juridictionnel spécial pour l'administration devait créer un lien de compétence entre les deux ordres, de compétence d'attribution. Le Tribunal des conflits, créé pour remédier aux conflits entre ces deux ordres de juridiction, traite ainsi d'un point de vue technique des conflits de compétence et non de séparation des pouvoirs<sup>550</sup>. La séparation des pouvoirs est donc devenue, en ce qui concerne le juge judiciaire, un principe plus qu'une règle<sup>551</sup>. Il justifie d'amender le régime de la compétence en ouvrant de manière dérogatoire un recours immédiat<sup>552</sup>, mais il s'agit bien toujours de compétence<sup>553</sup>.

**213. Cas de la voie de fait du juge.** On pourrait encore arguer à l'encontre de cette analyse l'existence d'une ancienne jurisprudence sur la voie de fait du juge. Dans une série d'affaires datant pour l'essentiel du XIX<sup>e</sup> siècle, la Cour de cassation avait en effet sanctionné des décisions des juges du fond ayant procédé, par voie d'affirmations générales ou de sanctions de type disciplinaire, à des voies de fait à l'encontre du justiciable<sup>554</sup>. Cette jurisprudence se rapprochait par ailleurs des décisions dans lesquelles la Cour sanctionnait les juges du fond pour avoir émis des opinions sur l'activité du gouvernement<sup>555</sup>. Cependant, là encore, les mêmes problèmes ont changé de traitement. D'une part, alors que les décisions portant critique de l'action du gouvernement peuvent être traitées par la voie de la sanction disciplinaire du magistrat mieux que par l'annulation de la décision, celles qui insultent ou diffament sont maintenant sanctionnées par la voie de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>556</sup>. Il n'est alors nul besoin, une fois encore, d'avoir recours à la notion d'excès de pouvoir du juge. La rédaction

---

<sup>549</sup> Ainsi, l'exemple de violation de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire donné par J. BORE, *op. cit.* n° 381, l'arrêt Civ. 2<sup>ème</sup>, 18 oct. 1961, *Bull.* n° 662, porte-t-il sur la violation de l'article 5 C.civ. Il est vrai qu'il fut précédé de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 30 janv. 1883, *S.* 1883, I, 111, interdisant au juge judiciaire de se prononcer sur le règlement des assemblées législatives de la III<sup>e</sup> République. Un tel règlement, cependant, relève de la *compétence* du Conseil constitutionnel, v. en dernier lieu Conseil Constitutionnel, décision DC n° 2009-581 du 25 juin 2009, *Rev. fr. dr. constit.* 2009, p. 789, obs. S. de Cacqueray.

<sup>550</sup> Sur ce Tribunal et son histoire, v. Trib. Conflit, *Rapport 2005*, Doc. fr. 2006, et notamment les contributions de P. PACTEAU et de B. BACHELIER.

<sup>551</sup> Lorsque la Cour de cassation indique qu'elle reçoit immédiatement le pourvoi du fait de « [l']excès de pouvoir caractérisé par la méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs », elle n'évoque d'ailleurs pas la « violation » d'une règle, mais la « méconnaissance » d'un principe.

<sup>552</sup> Le régime procédural de l'exception de compétence judiciaire fondé sur la compétence des juridictions administratives reste en effet celui des exceptions d'incompétence visée aux articles 74s. du Code de procédure civile. Le fait que le juge judiciaire ne puisse ensuite renvoyer au juge administratif comme il peut le faire pour une simple incompétence matérielle judiciaire n'est en effet pas spécifique à cette situation : il ne peut par exemple non plus le faire en cas de compétence du juge répressif selon l'article 96 du même code. Or, il serait à tout le moins surprenant d'évoquer le rapport juge judiciaire-juge répressif en termes de pouvoirs : il s'agit pour l'essentiel des mêmes juges.

<sup>553</sup> En ce sens, Ph. THERY, note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mai 2010, *RTD Civ.* 2010, p. 808.

<sup>554</sup> J. BORE, *op. cit.* n° 382.

<sup>555</sup> *Ibid.* n° 381. V. aussi Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 janv. 1980, *Bull.* n° 25, sanctionnant sur pourvoi du Ministère public un jugement ayant « estimé qu'il était nécessaire, pour la solution du litige que la politique gouvernementale en matière de chômage soit exposée à sa barre par le Chef du gouvernement ou son mandataire ».

<sup>556</sup> V. par exemple l'inénarrable arrêt du 14 septembre 2006, dans lequel la Cour de cassation sanctionnait la décision d'un juge de proximité qui avait débouté une demanderesse en invoquant son quotient intellectuel « égal à la surface de sa caravane », une surface qu'elle jugeait par ailleurs avec sévérité... Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 sept. 2006, n°04-20524.

d'un jugement coléreux reste la rédaction d'un jugement. La colère du juge a-t-elle quelque chose à voir avec son pouvoir? Toutes ces notions de fonction juridictionnelle, de compétence, de procédure et de procès équitable sont dotées de règles positives. Il faut réduire corrélativement le champ du pouvoir juridictionnel. Ce dernier n'en disparaît pas pour autant car il reste des hypothèses d'excès de pouvoir irréductibles à d'autres notions.

## 2. *L'excès de pouvoir mis à nu*

214. **Les pouvoirs de la Cour de cassation.** Il y a bien un ensemble de règles que l'on ne saurait qualifier d'autre chose que de pouvoir juridictionnel. Il s'agit des quelques règles, rares mais importantes, qui démembrent les pouvoirs entre les juges. En tout premier lieu, il est difficile de ne pas penser au second alinéa de l'article L. 411-2 du COJ : « *La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire* ». Ainsi, la Cour ne connaît que des violations du droit par les juridictions du premier et second degré, non des faits et de leur interprétation. Il serait difficile, ici, de soutenir qu'il s'agisse de simple compétence. Dans l'acception la plus simple de cette dernière<sup>557</sup>, on devrait en effet imaginer qu'une autre juridiction de ce type étudierait, elle, seulement les faits. L'idée semble suffisamment incongrue pour la balayer d'un revers de pensée<sup>558</sup>. Par ailleurs, aucune règle de compétence, même matérielle, ne cloisonne ainsi l'activité des juridictions. En réalité, cette limitation de l'activité de la juridiction de cassation n'est que le pendant de sa raison d'être institutionnelle : maintenir l'unité d'interprétation du droit français. Une telle mission serait en effet moins efficace, sinon impossible, s'il fallait à la Cour rentrer dans chaque cas et étudier les faits. Dès lors, il s'agit bien de pouvoirs au sens de moyens mis à la disposition de la Cour de cassation afin d'accomplir sa mission.

215. **Les pouvoirs du juge des référés.** On prendra ici un autre exemple non controversé, le juge des référés<sup>559</sup>. Le juge, ou plutôt devrait-on dire les juges du référé, sont les différentes juridictions habilitées à rendre des ordonnances de référé c'est-à-dire, pour citer l'article 484 C.P.C., « *une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires* ». Il existe notamment deux conditions pour que le juge puisse rendre une telle ordonnance : l'urgence et l'absence de contestation sérieuse<sup>560</sup>. Il arrive parfois que la doctrine ou la jurisprudence parle à ce sujet de compétence ou d'incompétence du juge des

---

<sup>557</sup> En droit interne, v. par exemple J. HERON et T. LE BARS, n° 948 ; L. CADIET et E. JEULAND, n° 106.

<sup>558</sup> Non qu'il soit impossible d'envisager une juridiction qui se contenterait de clarifier certains faits, un peu comme le juge de la mise en état évacue certaines questions de procédure avant le jugement sur le fond. Cependant, un tel juge ne saurait agir sans déterminer au préalable quelles sont les règles de droit applicables, pour pouvoir préciser les éléments de faits pertinents. Ce qui est l'essentiel du travail du juge...

<sup>559</sup> J. HERON et T. Le BARS, n° 402; L. CADIET et E. JEULAND, n° 638.

<sup>560</sup> V. pour le président du tribunal de grande instance, les articles 808 et 809 du Code de procédure civile, 848 et 849 pour le président du tribunal d'instance, 872 et 873 pour le président du tribunal de commerce, 893 et 894 pour celui du tribunal des baux ruraux et R. 516-30 et 31 du Code du travail pour le conseil des prud'hommes.

référé<sup>561</sup>. Il ne s'agit cependant pas de compétence au sens strict<sup>562</sup>. En effet, l'habilitation à rendre des ordonnances de référé est accordée à de très nombreuses juridictions : président de la cour d'appel, du tribunal de grande d'instance et d'instance, du tribunal de commerce, du conseil des prud'hommes pour n'évoquer que les hypothèses judiciaires. Or, pour départager ces différents juges, c'est à la compétence matérielle séparant les différents sous-ordres de juridictions que l'on fait appel. Par ailleurs, pour déterminer, au sein du sous-ordre désigné, la juridiction territorialement compétente, il faut encore passer par les règles de compétence *ratione loci* ordinaires, celles des articles 42 et suivants C.P.C. par exemple. Ces règles étant identiques que l'on demande jugement au fond ou en référé, on n'aura toujours pas résolu la question de savoir si, oui ou non, l'ordonnance de référé peut être rendue. Comme pour l'habilitation de la Cour de cassation, il s'agit en réalité de pouvoirs. En effet, il ne s'agit pas de déterminer un juge habilité et l'on peut même avancer qu'en réalité l'organe importerait peu. Il s'agit plutôt de savoir *si* le juge des référés peut intervenir, c'est-à-dire si un juge peut intervenir *en la forme du référé*. Si la réponse devait être négative, par exemple si les conditions de l'urgence ou de l'absence de contestation ne devaient être remplies, il n'y aurait pas lieu de se tourner vers une autre juridiction : le remède du référé ne pourrait être obtenu.

**216. Essai de systématisation.** En droit interne et lorsqu'elle est prise de manière autonome, la question du pouvoir juridictionnel fait ainsi référence à une habilitation à *faire* des actes particuliers. Elle concerne donc moins le domaine dans lequel une juridiction peut intervenir que le type de décision qu'elle peut rendre. Le tribunal de grande instance, de prud'hommes ou de commerce possèdent ainsi globalement le même pouvoir juridictionnel. Tous trois (comme d'autres) peuvent dire le droit et trancher le litige, c'est-à-dire rendre une décision ayant autorité de chose jugée pour mettre fin à un différend. On retrouve ici la définition du *Vocabulaire Capitant* : pouvoir juridictionnel plein, opposé aux pouvoirs juridictionnels provisoires ou du droit. On y trouve aussi la distinction de CORNU et FOYER, pour lesquels « [a]vant de rechercher à quelles contestations s'étend la juridiction d'un juge (problème de compétence), il importe de déterminer de quelles prérogatives il est investi pour la connaissance et la décision des causes (questions de pouvoir et de juridiction dont la solution commande l'autorité de ses décisions) »<sup>563</sup>. Cependant, on peut trouver d'autres exemples à partir des précédents et voir que ce pouvoir varie plus que cela.

<sup>561</sup> J. NORMAND, chron. RTD Civ. 1984, p. 781.

<sup>562</sup> V. dernièrement Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 oct. 2012, JCP 2012, act. 1195, dans lequel la Cour de cassation, statuant sur la confirmation par une Cour d'appel statuant en la forme des référés d'une décision empiétant sur une procédure en cours au fond, énonce « *Qu'en statuant ainsi, alors que la contestation de l'existence même du droit opposé aux autres indivisaires relevait de la compétence exclusive du tribunal que ceux-ci avaient saisi, la cour d'appel, statuant en la forme des référés, a excédé ses pouvoirs relatifs aux seules modalités d'exercice des droits indivis et violé les textes susvisés* ». Ainsi la confusion dans les qualifications (« la contestation relevait [...] de la compétence exclusive du tribunal ») n'entraîne pas pour autant une modification de la sanction (« la cour d'appel [...] a excédé ses pouvoirs »).

<sup>563</sup> CORNU et FOYER, p. 162. Cette affirmation leur permet d'ailleurs d'introduire le « *premier principe de l'ordre judiciaire* », celui de la distinction des juges du droit et des juges du fait, subdivisés en tribunaux à juridiction définitive (juges du fond) et « *juges à juridictions non définitives* », c'est-à-dire les juges du provisoire. On remarquera l'exact parallèle avec les exemples précédents du cœur de la notion.

On peut prendre de nombreux exemples dans le domaine des procédures collectives, où la présence de juges non professionnels et l'exigence d'activités proches de la direction d'entreprise multiplient les hypothèses de limitation expresse de leurs pouvoirs et donc les opportunités d'excès de pouvoir. Ainsi, si le président du tribunal de commerce dispose de pouvoirs spécifiques, il ne saurait se substituer au tribunal de commerce en formation collégiale lorsqu'un texte ne l'indique pas expressément, en particulier pour la nomination d'un juge aux fins d'enquête sur l'entreprise faisant l'objet d'une procédure collective<sup>564</sup>. Le juge-commissaire ainsi nommé, par ailleurs, bénéficie de certaines prérogatives dont certaines lui permettent de rendre des décisions de type juridictionnel, notamment l'acceptation de l'inscription des créances au passif. Il s'agit, là encore, de pouvoir juridictionnel, et les dépassements en sont sanctionnés par un recours pour excès de pouvoir<sup>565</sup>. Moins spécifiquement, le juge dispose d'un pouvoir de décision dont il ne saurait se soustraire au prétexte de l'opposition du Ministère public, par exemple lors de la nomination d'un administrateur judiciaire<sup>566</sup>. En alternant les hypothèses jurisprudentielles de violation des pouvoirs et les questions visées par les textes, on pourrait encore citer le pouvoir du bâtonnier dans les contestations entre avocats qui ne comprend pas celui de limiter les pièces transmissibles à la juridiction judiciaire<sup>567</sup>, les pouvoirs spécifiques du juge d'appui de désigner un arbitre pour la partie défaillante<sup>568</sup> ou encore les conditions de mise en œuvre des instruments liés à la maîtrise de l'instance comme les astreintes<sup>569</sup>. C'est ainsi, enfin, que l'on peut comprendre le gracieux comme une diversification des pouvoirs juridictionnels du juge<sup>570</sup>. En revanche, le choix d'octroyer à une seule cour d'appel

<sup>564</sup> V. Reims, 14 mars 2011, *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 157 par Ch. Delattre.

<sup>565</sup> V. par exemple, Com., 5 oct. 2010, *Gaz. Pal.* 8 janv. 2011, p. 31, obs. D. Voinot; *Rev. proc. coll.* 2011 n° 2, p. 36, obs. P. Cagnoli, sur l'excès de pouvoir commis par un tribunal de commerce de refuser la recevabilité d'une opposition par le débiteur placé en liquidation à une ordonnance du juge-commissaire de vendre un bien immobilier lui appartenant. En cette matière, l'appel nullité reste en effet ouvert.

Il ne faut toutefois pas confondre ces recours, qui entrent parfaitement dans la notion de pouvoir de juger et son excès, avec ceux qui avaient un temps permis aux cours d'appel et à la Cour de cassation de contrôler les décisions des juges commissaires malgré la limitation prévue par l'ancienne législation des procédures collectives (G. BOLARD, « Les voies de recours » *in les innovations de la loi sur le redressement judiciaire*, *RTD Com.* 1986, n° spécial, t. II, p. 55). Ainsi, malgré l'abrogation de différents articles limitant les recours, on observe encore des jurisprudences rendues sur le fondement des anciens textes qui usent de l'excès de pouvoir comme d'une voie de recours ouverte lors d'une simple violation de la loi au fond. Ainsi, dans l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 22 mai 2012, la Cour a confirmé un arrêt d'appel rendu sur un recours en appel nullité qui avait jugé « qu'en refusant de reconnaître à la banque le bénéfice des prérogatives attachées à son droit de rétention, lequel constitue un droit réel opposable à la procédure collective, sur trois des véhicules litigieux, le juge-commissaire et le tribunal avaient commis un excès de pouvoir », Com. 22 mai 2012, *D.* 2012, p. 1398, obs. A. Lienhard.

<sup>566</sup> V. par exemple, Com., 31 janv. 2012, *D.* 2012, p. 857, note Th. Montéran et p. 1218, obs. F. Arbellot ; *JCP É* 2012, 1162, note Ph. Pétel ; *Procédures* 2012, comm. 124 par B. Rolland ; *Rev. proc. coll.* mars 2012, comm. 24 par Ch. Lebel ; *Gaz. Pal.* 2 mai 2012, p. 17 note Ch. Bidan.

<sup>567</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 déc. 2011, *RTD Civ.* 2012, p. 148, obs. R. Perrot ; *Procédures* 2012, Alerte 12 par C. Bléry et Comm. 41 par L. Weiller ; *Gaz. Pal.* 2 mars 2012, p. 45, note S. Amrani-Mekki et 24 juin 2012 p. 16 note A. Lizop.

<sup>568</sup> Articles 1451 à 1453 du C.P.C.

<sup>569</sup> V. par exemple Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 avr. 2009, *D.* 2010, p. 1307, obs. A. Leborgne ; *RTD Civ.* 2009, p. 575 et *Procédures* 2009 n° 6, p. 15, obs. R. Perrot. La jurisprudence a ensuite changé d'orientation en ce qui concerne le point particulier de cet arrêt, c'est-à-dire la possibilité pour un juge de l'exécution de condamner le débiteur à des dommages et intérêts au stade de la liquidation (v. A. LEBORGNE, *op. cit.*), mais cela ne change en rien le fondement retenu pour le recours : l'excès de pouvoir.

<sup>570</sup> V. d'ailleurs déjà une affirmation identique dans la doctrine allemande du *Gerichtsbarekeit in H. BAUER, op. cit.*, n° 6. Le problème consécutif n'est alors plus de dissocier compétence et pouvoir de juger, mais bien pouvoir juridictionnel et pouvoir d'administration.

en France certains types de recours particuliers n'évoque pas, dès lors qu'il s'agit en réalité d'un recours de type classique sans pouvoirs spéciaux, une question de pouvoir juridictionnel mais simplement une compétence matérielle exclusive<sup>571</sup>. À l'aune de ces exemples, on peut comprendre la différence fondamentale entre compétence et pouvoir juridictionnel, celle qui existe entre le « quand » et le « comment », c'est-à-dire la possibilité d'intervention d'une part, les moyens d'intervention d'autre part. On pouvait déjà, intuitivement, énoncer que pouvoir et compétence forment tous deux des conditions d'intervention d'une certaine autorité. Mais, une fois les hypothèses d'utilisation de la compétence et du pouvoir clarifiées en droit interne, il est nécessaire d'en mieux cerner la raison si l'on veut se servir de cette distinction pour les situations internationales. À ce stade, c'est alors vers la théorie du droit qu'il faut se pencher.

### **B) Essai de rationalisation**

217. **Présentation.** S'il paraît possible de distinguer compétence et pouvoir dans le cas concret, les deux notions sont, elles, plus rebelles à la systématisation. Les raisons sont connues, ce sont celles-là mêmes qui nous ont engagé sur cette voie en début de chapitre : leur proximité, en particulier par leur fonction, qui relève toujours d'une idée d'habilitation. M. THERY l'avait déjà relevé dès 1981 : « *là réside l'équivoque des définitions proposées : elles conduisent à confondre le pouvoir qu'a toute juridiction instituée de statuer sur le bien fondée d'une prétention avec le domaine d'activité qu'assigne le législateur à chacune d'elles* »<sup>572</sup>. Pour appuyer cette affirmation, on voudrait proposer de remonter à la notion qui provoque les confusions de l'une avec l'autre : la notion d'habilitation. Étudiée par M. TUSSEAU dans sa thèse sur *la norme d'habilitation* (1), la notion avère et précise en effet de manière éclairante la distinction théorique de M. THERY et la distinction empirique du « faire » et du « quand » ébauché dans l'étude du droit positif (2).

#### **1. Présentation de la théorie de M. TUSSEAU**

218. **Précautions d'analyse.** M. TUSSEAU est le premier, semble-t-il, à avoir proposé en France une théorie de la norme d'habilitation<sup>573</sup>. Cette thèse ne saurait trouver en quelques lignes une description fidèle. Très riche, elle forme un tout complet, décrivant tant un concept que les outils et instruments de mesure à même de servir à celui-ci ; en bref, une véritable théorie du droit au sens large. Il faudrait, pour éviter toute trahison, présenter successivement la pensée de l'auteur sur ce que doit être et faire une science du droit, sur ce que peut être un concept de norme et la manière de l'isoler, sur ce que, ensuite, chacune des théories du droit (impérativisme, normativisme, empirisme ou comportementalisme, entre autres)

---

<sup>571</sup> Com., 21 févr. 2012, n° 11-13.276, *RTD Civ.* 2012, p. 566, note Ph. Théry ; *Gaz. Pal.* 15 mai 2012, p. 146 note L. Mayer, sur la compétence exclusive de la cour d'appel de Paris pour statuer sur les recours à l'encontre des décisions sur des pratiques anticoncurrentielles.

<sup>572</sup> Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, p. 9.

<sup>573</sup> G. TUSSEAU, *La norme d'habilitation*, Dalloz 2006.

apporte à cela d'éclairant et d'obscurcissant. La suite de nos développements devra faire l'économie de ces nombreux apports. Cette réserve faite, cependant, il ne paraît pas impossible de présenter directement le cœur même du concept, la norme d'habilitation.

219. **La notion de norme dans la théorie de M. TUSSEAU.** Avant de définir la notion de norme d'habilitation, M. TUSSEAU définit d'abord la norme elle-même comme, en général, « *la portion de signification que la théorie juridique décide de composer à partir des divers énoncés produits par les acteurs du normatif* »<sup>574</sup>. En d'autres termes, la « norme » serait une construction scientifique, un concept plus qu'un constat, permettant de caractériser, au-delà de la variété des règles, une manifestation du droit. Ainsi, de la même manière que le vent, l'attraction magnétique ou le frottement de la route sur le pneu de la voiture représentent pour le physicien une « force » et ses effets, de même un juriste peut voir dans une limitation de vitesse routière, le devoir de fidélité des époux ou l'obligation pour une banque de constituer des fonds propres ce qu'il appelle une « norme de conduite ». La démarche est identique en ce qu'il s'agit bien, dans les deux cas, de la description d'un phénomène abstrait par la détermination de certains critères communs à ses manifestations naturelles. Par ailleurs, pour individualiser une norme, il faut lui reconnaître une structure particulière. Ainsi, pour conserver son unité, celle-ci dispose d'un domaine et d'un effet. Elle est toujours « *conditionnelle ou hypothétique* »<sup>575</sup>.
220. **La notion de norme d'habilitation.** La « norme d'habilitation » est alors ce type particulier de norme qui permet à un acteur de produire d'autres normes. On comprend alors en quoi le rapprochement avec la notion de compétence devient évident. Bien entendu, l'emploi de cette théorie descriptive ne saurait avoir par elle-même une vocation prescriptive. Si l'usage que la Cour de cassation fait des notions respectives de compétence et de pouvoir de juger ne correspond pas à l'analyse qui va suivre, elle ne saurait pour autant être considérée comme *contra legem*. En revanche, il n'est pas interdit de penser qu'une plus grande intelligibilité des notions employées par la Cour concourrait à une meilleure application des règles et des principes de procédure civile et de droit international privé. On va donc détailler plus précisément le contenu.
221. **Les quatre éléments de la norme d'habilitation : le destinataire.** Pour M. TUSSEAU, la norme d'habilitation se traduit par un destinataire, un objet, un domaine d'intervention et, enfin, un type de produit normatif<sup>576</sup>. Le *destinataire*, tout d'abord, n'est autre que l'acteur habilité<sup>577</sup>. Il peut s'agir d'un organe comme d'un ensemble d'organes (qu'il appelle alors « *organe complexe* ») qui seront les auteurs des normes à venir. Il a en effet préalablement démontré que les théories dites « réductionnistes », pour lesquelles les normes d'habilitation n'existent que pour participer à la création de normes de conduite (et donc que les seuls destinataires

---

<sup>574</sup> *Op. cit.* p. 46, ce qui permet à l'auteur de distinguer la norme de la disposition, « *un fragment de texte non interprété* » (par exemple l'article d'une loi), et de son énoncé, « *la signification dont sont à première vue revêtues certaines dispositions* ».

<sup>575</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>576</sup> *Ibid.*, p. 292s. et 323s.

<sup>577</sup> *Ibid.*, p. 293 et 323s.

sont les individus sujets de ces futures normes), sont très peu efficaces en ce qu'elles ne fournissent pas « *des outils fonctionnels en vue du traitement scientifique de l'ensemble des énoncés des acteurs du droit* »<sup>578</sup>.

**222. Les quatre éléments de la norme d'habilitation : l'action.** Outre le destinataire, la norme d'habilitation comprend la définition d'une *action*<sup>579</sup>. Celle-ci peut prendre les formes les plus variées : une parole (le vote en commission parlementaire, l'injonction de l'agent de police), un écrit (signature d'une convention, désignation d'un mandataire), voire même simplement un comportement particulier (la remise d'une chose pour former un contrat réel)... Il s'agit dans tous les cas de savoir *comment* l'acteur peut intervenir pour produire la norme. M. TUSSEAU signale à cet effet qu'il existe une difficulté particulière en ce qui concerne la procédure que l'acteur doit suivre à cette occasion. Cette partie de la norme peut être des plus simples comme des plus complexes ; il suffit par exemple de se rappeler la variété et le nombre des règles de procédure civile applicables à l'instance de droit commun. Il peut donc être difficile d'envisager que toutes ces règles, parfois très hétérogènes, définissent aussi l'action<sup>580</sup>. À suivre l'auteur, cependant, l'exclusion de celles-ci comportent plus de problèmes que d'avantages, en particulier pour la valeur de la norme d'habilitation. Pour M. TUSSEAU, en effet, la norme d'habilitation n'aurait qu'une valeur incantatoire, ou à tout le moins incomplète, en l'absence totale de référence à la procédure à suivre<sup>581</sup>.

**223. Les quatre éléments de la norme d'habilitation : le champ d'application.** Ensuite, la norme d'habilitation ancre l'action du destinataire dans un *champ d'application*, c'est-à-dire « *le type d'activités ou de phénomènes qu'elle habilite à réguler, en considération ou en vue desquels elle rend possible la production de normes* »<sup>582</sup>. Il faut ici surtout éviter de confondre la norme d'habilitation et la norme qu'elle a permis de

---

<sup>578</sup> *Ibid.*, p. 62s., spec. p. 119. Considérer l'habilitation comme une simple condition de validité de la norme de conduite revient en effet à tout ramener à cette dernière. Or les normes d'habilitation ont leur unité propre, et surtout permettent seules de décrire le phénomène des pouvoirs. Comp. la critique de la théorie « objectiviste » par O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », in *La compétence, Travaux de l'AFDA*, Litec 2010, p. 5, spéc. p. 22s. Ainsi, la conception holiste de P. DE VAREILLES-SOMMIERES (*La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, LGDJ 1997, p. 41s.), qui propose d'étudier l'applicabilité des normes sous l'angle de la compétence de l'Etat de les produire (règle ou décision), est alors prise à revers. Ce dernier auteur justifiait sa problématique par l'idée que la dissociation de la norme « compétemment » produite et de l'organe compétent pour la produire n'était, du strict point de vue de la règle de compétence, qu'une question de présentation. Les deux analyses précitées, tout au contraire, justifient la dissociation, dans une certaine mesure, de la compétence et de la norme produite. Elles peuvent par ailleurs se prévaloir de la simple observation que la détermination de l'organe (voire de l'Etat, dans la pensée de M. DE VAREILLES-SOMMIERES) n'est qu'une étape, mais une étape nécessairement antérieure, pour le justiciable comme pour le législateur qui en répartit les fonctions, à celle de l'énonciation de la norme.

<sup>579</sup> *Ibid.*, p. 294s. et 327s.

<sup>580</sup> V. à ce sujet les développements que l'auteur consacre à l'opinion de J. FERRER BELTRAN, *op. cit.* p. 295.

<sup>581</sup> *Ibid.*, p. 296. On ajoutera, pour notre part, qu'en ce qui concerne l'activité juridictionnelle, la procédure est le plus souvent considérée comme un élément qui relève de son essence même. Certains droits, en effet, refusent de voir une juridiction lorsque des garanties minimales de procédure ne sont pas suivies (v. par exemple la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sur laquelle R. KOVAR, « La notion de juridiction en droit européen », in *Liber Amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 607). On pourrait peut-être alors envisager, pour coller au plus près de notre propos, de discriminer entre les normes de procédure fondamentale qui entreraient dans cet élément de la norme d'habilitation, et ceux qui n'en relèvent pas.

<sup>582</sup> *Ibid.*, p. 299 (dont est tirée la citation) et 332s.



produire. Le champ d'application est celui que l'acteur peut investir et réguler par le biais de sa production normative. Le domaine même des normes ainsi produites sera d'abord délimité par la norme d'habilitation, avant d'être limité par la volonté de l'auteur ou les circonstances amenant à sa décision. Il n'est par ailleurs pas sans intérêt de noter que cette délimitation initiale par la norme d'habilitation prend la forme de divers critères *ratione personae* (pour les individus soumis au pouvoir de l'acteur), *temporis* (lorsque l'habilitation est temporaire), *loci* (territorial, lorsqu'un certain territoire est soumis au pouvoir de l'acteur), *materiae* (le plus commun, correspondant dans les termes de l'auteur à un « domaine de la réalité » juridique), etc<sup>583</sup>. Pour éclairer cet élément par des exemples, le champ d'application de l'habilitation du pouvoir exécutif correspond, selon l'article 37 de la Constitution française, à tout ce qui n'est pas accordé au pouvoir législatif ; celui de l'habilitation du Préfet de Haute-Savoie lui interdit d'intervenir en dehors de ce département, ou bien encore l'habilitation accordée aux parents de représenter leurs enfants s'interrompt à la majorité de ces derniers.

224. **Les quatre éléments de la norme d'habilitation : le champ de réglementation.** Enfin, et peut être plus important, la norme d'habilitation doit indiquer quel type d'énoncé déontique, c'est-à-dire tout simplement de norme, l'acteur est habilité à produire. C'est ce que M. TUSSEAU appelle le *champ de réglementation* de la norme d'habilitation<sup>584</sup>. Il les classe en quatre catégories : normes prescriptives (obligation ou interdiction), normes permissives, normes d'habilitation ou normes d'abrogation, mais toutes les normes peuvent se retrouver dans ce champ<sup>585</sup>. Ayant en effet préalablement défini le titulaire de l'habilitation, l'action habilitée et le domaine de l'habilitation, il restait à poser, concrètement, les normes mêmes que l'auteur est habilité à produire. Ainsi l'habilitation du pouvoir exécutif et du préfet leur permet de prendre des actes réglementaires, celle des parents de prendre des actes juridiques (contrats ou autres) pour leurs enfants<sup>586</sup>. Il suffit, à chaque fois, de se rappeler qu'il s'agit de normes, ou plus simplement (et quelque peu synthétiquement) de règles telles qu'elles s'infèrent de textes ou d'actes.

<sup>583</sup> On peut encore en envisager d'autres, comme par exemple un principe de subsidiarité d'action.

<sup>584</sup> *Ibid.*, p. 300s. et p. 340.

<sup>585</sup> *Ibid.*, p. 340. Il cite par ailleurs en exemple, p. 300 de son ouvrage, des décisions et normes enjoignant un comportement, celles le prohibant, les décisions d'incompétence ou d'habilitation.

<sup>586</sup> Il n'est pas toujours facile de distinguer les deux derniers éléments de la norme d'habilitation, champ d'application et champ de réglementation. En particulier, le champ d'application *ratione materiae* pourrait paraître faire doublon avec ce dernier. Pour en rester à notre domaine, qu'est-ce qui distingue, par exemple, l'habilitation du juge commissaire à admettre une créance à la procédure collective et celle d'une collectivité locale à admettre la participation d'une entreprise à un projet immobilier ? S'agit-il essentiellement d'une distinction matérielle (du champ d'intervention), ou plus fondamentalement deux décisions d'une nature différente, relevant de deux champs de réglementations distincts ? Là comme ailleurs (V. sur l'idée d'une « nature » du juridictionnel, v. *supra* n° 135) c'est qu'il ne faut pas penser en termes de nature de ce critère. M. TUSSEAU, d'ailleurs, ne l'emploie pas lui-même. Il emploie plus volontiers celui de « type de signification normative » (*Op. cit.*, p. 300, p. 340) ou de « pouvoir » (*Op. cit.*, p. 342). Et en effet, le champ de réglementation et le champ d'application de la norme d'habilitation ne se définissent dans sa construction non pas tant de manière ontologique que de manière fonctionnelle. Le champ de réglementation permet surtout de classer les normes produites dans une hiérarchie (*Op. cit.*, p. 300 et surtout p. 448s.) alors que le champ d'application permet, de son côté, d'organiser la coordination des normes entre elles (*Op. cit.*, p. 418s.).

## 2. Application critique

225. **L'acteur habilité : la juridiction.** Ainsi qu'on l'a déjà laissé entendre, l'acteur habilité est alors sans conteste le juge ou l'arbitre. Pour ce dernier, la norme d'habilitation est alors un complexe de règles (normes légales et conventionnelles autorisant l'arbitrage, convention d'arbitrage, éventuellement règlement d'arbitrage) se cristallisant au moment de la mise en œuvre de la convention d'arbitrage. Dans tous les cas, l'important n'est pas tant l'investiture que la reconnaissance de la possibilité de produire une norme, en l'occurrence une décision juridictionnelle<sup>587</sup>. À suivre cette doctrine, il faut donc accorder une importance toute particulière à l'organe et moindre au destinataire de la norme qu'il va produire. Il s'ensuit que le justiciable doit disparaître un temps de l'analyse afin de mieux comprendre la distinction compétence et pouvoir.
226. **L'action habilitée : le droit applicable à la procédure.** L'action habilitée est sans doute la partie la plus difficile à circonscrire. Cependant, le concept est utile pour dissocier l'action des autres éléments. En effet, elle permet de bien définir les problématiques de procédure, lesquelles, sans y être insensibles, sont détachées des questions de l'investiture de l'acteur et de sa détermination, de même qu'elles n'ont pas vocation à intervenir sans filtrage préalable dans les questions du domaine d'intervention ou du produit de l'intervention du juge. C'est ainsi par exemple que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui tantôt use de la notion autonome de tribunal pour déterminer le champ d'application de l'article 6§1 de la Convention éponyme, tantôt s'en sert pour vérifier que la situation incriminée n'en est pas une violation, nous paraît fortement critiquable<sup>588</sup>.
227. **Le champ d'application : la compétence.** Le rapport direct de cette théorie avec notre problème se noue au stade du champ d'application. Il apparaît en effet qu'il correspond, pour un organe juridictionnel, à sa compétence<sup>589</sup>. Il a déjà été fait mention du fait que l'ensemble des questions qui posaient un problème de champ d'intervention du juge, un « quand », apparaissait comme un problème de compétence. Il faut insister sur ce point. Confirmant ici la dichotomie empirique précédente, l'ensemble des règles permettant au juge de savoir quand il peut mettre en œuvre sa fonction forment en effet un tout dont l'autonomie est suffisante pour qu'elle soit analysée globalement. Ainsi les règles de compétence matérielle et géographique doivent-elles être étudiées ensemble pour comprendre le domaine d'intervention de la juridiction concernée.

---

<sup>587</sup> Sur la question de la compétence comme reconnaissance de la fonction juridictionnelle, v. supra n°93s.

<sup>588</sup> F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ADRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 5<sup>ème</sup> éd., PUF 2009, p. 281s.

<sup>589</sup> Dans un article postérieur, Guillaume TUSSEAU a complètement assimilé compétence et norme d'habilitation. Reprenant à son compte l'analyse objectiviste de DUGUIT, il pose que « le terme 'compétence' sera compris comme désignant la faculté de produire des actes juridiques ou des normes, opposé à la faculté de ne réaliser que des actes 'matériels', i.e. des actes dépourvus de la signification de norme » (G. TUSSEAU, « L'indisponibilité des compétences », *La compétence, Travaux de l'AFDA*, Litec 2010, p. 101, spéc. p. 103). La raison tient au fait qu'il prend ici la notion de compétence dans son sens de droit public, celui que le *Vocabulaire juridique* énonce comme « l'ensemble des pouvoirs et devoirs attribués et imposés à un agent pour lui permettre de remplir sa fonction » et « l'aptitude à agir dans un certain domaine ». Cette « compétence »-là est donc beaucoup plus vaste que celle que l'on retient en droit privé.

228. **Le champ de réglementation : le pouvoir juridictionnel.** Il n'est enfin pas surprenant que M. TUSSEAU parle de « pouvoir » pour évoquer l'objet du champ de réglementation. S'il faut en effet qualifier la partie de l'habilitation d'un organe qui varie en fonction des décisions que peut prendre cet organe, ce terme revient inmanquablement : pouvoir judiciaire, pouvoir législatif et pouvoir exécutif se dissocient certainement en tout premier lieu, en droit au moins, par le type d'acte que chacun peut rendre. Le champ de réglementation de l'habilitation des juges français correspond donc à leur pouvoir de juger. En termes plus pragmatiques, on peut ainsi distinguer les questions de savoir qui peut juger (investiture), comment (procédure), quand (compétence) et pour quoi faire (pouvoir).
229. **La distinction des notions, sanctions doctrinales.** Il faut alors critiquer la définition, pourtant classique, de la compétence comme « *division du travail judiciaire* », proposée par CORNU et FOYER<sup>590</sup>. L'image renvoie, notamment, à l'exemple d'Adam SMITH évoquant les gains de productivité obtenus par la spécialisation des ouvriers dans la fabrication d'épingles<sup>591</sup>. À comparer la justice à ces épingles, chaque ouvrier, chaque juge, devrait alors participer d'une justice universelle et abstraite, apportant chacun sa part de travail pour la construction de cette justice. Ce n'est pas le cas : il rend la justice dans chaque affaire, fabrique seul une épingle ; il exerce pleinement le pouvoir de juger, et non une part de ce pouvoir. Ici encore, il faut enjoindre à peser les mots, pour séparer deux notions si proches l'une de l'autre.

La conception de la compétence comme « champ de mise en œuvre du pouvoir » rejoint ainsi les travaux de M. THERY. Pour cet auteur, la compétence est « *essentiellement une notion fonctionnelle, qui permet, lorsque plusieurs organes sont investis d'un pouvoir identique, de désigner celui qui va l'exercer concrètement [...]. La compétence se distingue ainsi des questions qui se rapportent à l'existence de ce pouvoir et à la manière de l'exercer* »<sup>592</sup>. La définition fonctionnelle de M. THERY lui a successivement valu le ralliement d'auteurs processualistes<sup>593</sup>, publicistes internes<sup>594</sup> et internationaux<sup>595</sup>. La

<sup>590</sup> G. CORNU et J. FOYER, p. 153s. V. aussi, très clair sur cette conception, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Les cours de droit, fasc. I, 1980, p. 167 : « *On a vu, en première année, que le pouvoir juridictionnel se fragmente en une multitude d'organes qui concourent à l'administration de la justice, chacun dans son propre domaine* ».

<sup>591</sup> V. E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz 2008, n° 300. D'autres que des juristes se sont toutefois appropriés l'image, et l'on n'affirmera pas, par exemple, que les deux grands auteurs s'étaient inspirés de SMITH plutôt que de DURCKHEIM (*De la division du travail social*, PUF 1991, disponible sur [www.gallica.fr](http://www.gallica.fr)).

<sup>592</sup> Ph. THERY, v° « Compétence », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), PUF Lamy 2003. V. encore, sa thèse, *op. cit.*, p. 430. Il est vrai que dans cette dernière, l'auteur nuance la fonction de répartition entre organes en ce qui concerne la compétence internationale. Il énonçait en effet que « *la règle de compétence internationale n'a pas pour objet de préciser quel tribunal parmi d'autres, sera apte à trancher le litige. Faute d'une organisation judiciaire internationale la règle se limite à déterminer quels liens doit présenter avec le for la situation litigieuse pour que ses tribunaux statuent* » (p. 442, il souligne). Au regard des développements de ce titre, cependant, nous serons amenés à en critiquer la réalité.

<sup>593</sup> L. CADIET et E. JEULAND, n° 106 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, n° 1472. Consécration suprême, peut-être, la distinction est portée au *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, au v° « Compétence » : « *Aptitude à instruire et juger une affaire, à en connaître ; se distingue du pouvoir juridictionnel en ce sens que, dans les limites de la même compétence, un juge peut avoir le pouvoir de trancher le litige au fond, un autre le seul pouvoir de lui donner une solution provisoire* ». On voit toutefois que le *Vocabulaire* adopte une perception inversée à celle que nous présentons au moins.

jurisprudence elle-même s'en est emparée, avec plus ou moins de bonheur on le sait<sup>596</sup>.

**230. La distinction des notions, exemple.** Un exemple tiré de l'ouvrage même de M. TUSSEAU nous servira de guide de réflexion. L'auteur évoque un souverain, *Rex*, qui décide de déléguer certains de ses pouvoirs pour mieux encadrer l'arrivée de nouveaux sujets, plus jeunes et plus turbulents que ceux dont il avait l'habitude<sup>597</sup>. Parmi les organes qu'il habilite se trouve un juge, *Judex* et deux ministres, *Minister 1* et *Minister 2*. Les deux ministres sont en charge de régir l'un le domaine de la connaissance scientifique, l'autre celui de la jeunesse. Tous les deux bénéficient donc du même « pouvoir », celui de régir (réglementer, réguler) un domaine particulier de l'activité du royaume. Ils ont, dès lors, le même champ de réglementation, d'ailleurs très vaste puisque *Rex* n'indique pas spécialement les actes qu'ils pourront prendre. En revanche, c'est bien au niveau du champ d'application de leurs normes d'habilitation que les conflits vont naître : qu'est-ce qui relève de la « compétence » de *Minister 1*, qu'est-ce qui relève de la « compétence » de *Minister 2* ? C'est le problème qui va évidemment se poser pour l'éducation scientifique de cette jeunesse. À ne considérer ainsi que le gouvernement, on oublie *Judex*. Ce dernier, par contraste aux deux autres, dispose d'un pouvoir très différent. Il ne s'agit pas de « régir » un domaine particulier mais de « prononcer, conformément aux normes produites par *Rex* [les deux ministres seront nommés plus tard] les sanctions qu'elles prévoient en cas de violation »<sup>598</sup>. Il y a donc entre les normes d'habilitation des ministres et de ce dernier une véritable différence de champ de réglementation : leurs pouvoirs, le type de normes qu'ils peuvent produire, seront assez radicalement différents. Et surtout, puisque *Judex* est seul dans son rôle, nul besoin de raisonner ici en termes de champ d'application des énoncés habilitants, c'est-à-dire, au sens où on l'a précédemment évoqué, de compétence<sup>599</sup>.

---

<sup>594</sup> V. O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », in *La compétence, travaux de l'AFDA*, Litec 2010, p. 5, spéc. p. 17s.

<sup>595</sup> J. COMBACAU, « Conclusions générales », *Les compétences de l'Etat en droit international*, Pédone 2005, p. 306.

<sup>596</sup> Cf. *supra*, n° 207s.

<sup>597</sup> G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 11s.

<sup>598</sup> *Ibid.*

<sup>599</sup> Il est peut-être possible d'aller plus loin dans l'analyse. Plus on remonte haut dans la pyramide des pouvoirs, en effet, plus il semble difficile de distinguer entre champ de réglementation et champ d'application des normes d'habilitation des organes. Ainsi, dans un Etat proposant une répartition égalitaire des pouvoirs constitutionnels, comme aux Etats-Unis, les rapports entre les pouvoirs de la Cour Suprême et ceux de l'Administration relèvent bien mieux du conflit de champs d'application que de celui de champs de réglementation (G. TUSSEAU aborde ainsi par exemple le rapport entre les compétences fédérales et celles des Etats fédérés, *op. cit.* p. 588. Cependant, la norme d'habilitation n'étant qu'une construction doctrinale, certains emplois argumentatifs de l'énoncé habilitant placent compétence fédérale et compétence fédérée dans un rapport hiérarchique, c'est-à-dire de pouvoirs, *op. cit.* p. 606). Le champ d'application permet de répartir entre des organes différents un pouvoir qui n'est donc perçu comme identique que parce qu'il est encore, à ce stade, peu ou pas discriminé. En d'autres termes, la compétence juridictionnelle est entre les juridictions ce que la compétence de droit constitutionnel est entre les organes de l'Etat et ce qu'est entre les Etats la compétence de droit international public : une répartition du travail entre organes théoriquement égaux en termes de pouvoirs. En revanche, la « compétence » des juridictions est pour le droit constitutionnel une question de pouvoir, de pouvoir juridictionnel. Ainsi la question change de

En matière internationale, la question devient évidemment plus complexe. Il n'y a plus une seule organisation des pouvoirs mais plusieurs, voire des centaines, lesquelles voient leurs normes se heurter au gré du mouvement des justiciables. Il faut alors maintenant vérifier l'applicabilité de cette théorie générale, issue de l'analyse du droit positif français et d'une transcription de la théorie de M. TUSSEAU, à la question de la compétence internationale.

### C) Vérifications de droit international privé

**231. Invention de la notion en droit international.** Le premier à avoir évoqué la notion de pouvoir juridictionnel comme une notion autonome dans la doctrine française est Hubert BAUER, dans sa thèse sur la compétence des tribunaux civils en droits français et allemand<sup>600</sup>. C'est toutefois M. THERY qui l'a analysé et popularisé en la définissant comme le pouvoir que l'État délègue aux juridictions de trancher les litiges<sup>601</sup>. Elle serait ainsi de l'essence même de la juridiction, c'est à dire en tant qu'organe de l'État, et ne serait pas altérée par le phénomène de la frontière, mais simplement limitée par la souveraineté étrangère<sup>602</sup>. Malgré ces travaux, il existe en droit international privé une tendance plus forte encore qu'en droit interne à assimiler compétence et pouvoir juridictionnel. En effet, et pour reprendre les réflexions précédentes, il ne saurait y avoir de « quand » en matière de compétence internationale, puisque l'on s'intéresse uniquement à un « si » : celui de savoir *si* l'État français met ses juridictions à disposition du demandeur. À l'aune d'une vision quelque peu renouvelée de la distinction entre la compétence et le pouvoir et grâce à l'appui théorique de la thèse de M. TUSSEAU (1), il devient clair qu'au regard du droit positif, le dernier bastion d'une vision publiciste de la compétence doit tomber (2).

#### 1. L'apport de la thèse de M. Tusseau

**232. Règle d'habilitation et droit étranger applicable.** Il faut d'abord évaluer la portée de la thèse de M. TUSSEAU dans le contexte international. Elle ne saurait en effet nous servir sans nuance. Bien que l'auteur ait couvert de larges pans du droit, il ne semble pas avoir pris en compte les problématiques causées par le phénomène

---

nature suivant qu'elle est perçue au niveau même où elle opère, ou bien à un niveau supérieur qui assimile l'ensemble des organes entre lesquels elle opère.

<sup>600</sup> H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils et allemands*, Dalloz 1965. L'auteur y décrit une notion du pouvoir de juridiction proche d'une vision quasi-politique de pouvoir étatique, *op. cit.*, n° 6. *Adde.* I. SZASZY, *International civil procedure, A comparative study*, Sijthoff 1967, p. 290s. L'histoire récente de la notion peut certainement être retracée jusqu'en Allemagne, où le terme de *Gerichtsbarkheit* évoque ainsi « le pouvoir général de statuer qui, découlant de la souveraineté étatique, a été conféré par l'État à ses tribunaux », BGH 24 sept. 1957, J. Z. 1958, p. 241, note Steindorf, cité par H. BAUER, *Ibid.*

<sup>601</sup> Ph. THERY, *op. cit.*, p. 33 : « Le juge est un délégué. Il faut éviter d'oublier qu'il tient sa fonction de l'État qui l'institue. Et, c'est dans sa souveraineté que ce dernier puise le droit de rendre la justice ». Dès lors, la première conséquence est que « les tribunaux institués par l'État ont, en France, le monopole du pouvoir juridictionnel – La seconde, que ce pouvoir est régi par la loi du for qui, à ce titre, doit seule être prise en considération pour définir la place tenue par le juge dans l'ordre juridique dont il dépend », p. 36.

<sup>602</sup> *Op. cit.*, p. 155s. Et ce contrairement à la compétence, notion fonctionnelle car s'adaptant au phénomène de la frontière pour créer un type de règle *ad hoc*, des règles de rattachement.

de la frontière, et en particulier la possibilité d'appliquer des lois d'États différents. Or, l'élément « action » de la norme d'habilitation, qui comprend la procédure et les fondements de sa décision, devrait être le réceptacle théorique des conflits de lois, ce qui pourrait ouvrir la boîte de Pandore : potentiellement, les lois du monde entier seraient alors partie de la norme d'habilitation. Sans entrer dans cette discussion, M. TUSSEAU semble des deux maux – du foisonnement et du vide – choisir le moindre : l'intégration totale, pour une question d'efficacité. En ce qui concerne notre problème, la conséquence est troublante. L'habilitation du juge national peut-elle alors émaner partiellement de l'ordre juridique étranger? Même si la décision est un pur produit du for, elle a cependant nécessité l'application (ou la prise en compte) de règles étrangères. Pour le tribunal arbitral, la question est d'autant plus délicate que l'identification d'une source unique de la norme d'habilitation est très difficile : si la doctrine se réfère parfois à un ordre juridique arbitral, plus rarement à un ordre juridique étatique, elle envisage le plus souvent un ensemble composite de plusieurs d'entre eux<sup>603</sup>. Quelle que soit la conception retenue, le tribunal arbitral considérera fréquemment les nombreuses législations, internationales comme nationales, qui pourraient s'appliquer au stade de la reconnaissance de la sentence. On peut donc se demander dans quelle mesure le concept dégagé par M. TUSSEAU s'adapterait à une telle pluralité des sources normatives.

233. **Applicabilité du concept d'habilitation.** La remarque n'est cependant pas dirimante pour l'analyse. D'une part, le problème de l'application par le juge investi par un État de règles édictées par un autre n'est pas nouveau. Cela renvoie à la fonction de la règle de conflit de lois, qui soit désigne une règle étrangère applicable, soit sert de véhicule coercitif à l'élément rationnel de celle-ci. Cela n'a pas empêché le principe de la prise en compte du droit étranger<sup>604</sup>. D'autre part, et quelle que soit la réponse à cette question, M. TUSSEAU évoque la possibilité de se contenter, pour couvrir l'ensemble des règles servant à fonder la création de la norme produite, d'une « référence aux énoncés procéduraux »<sup>605</sup>, ce en quoi on pourrait parfaitement comprendre les seules règles de conflit de lois<sup>606</sup>. Le concept même de règle d'habilitation n'étant utile qu'à la description du droit positif, le phénomène de la frontière ne remet pas en cause ses éléments. Rien ne semble empêcher, dès lors, d'utiliser le concept de norme d'habilitation en matière de

---

<sup>603</sup> Le lecteur reconnaîtra ici les trois conceptions du droit de l'arbitrage international développées par E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff 2008.

<sup>604</sup> L'alternative à l'idée d'une application directe de la règle étrangère n'est en réalité nécessitée que par l'affirmation de l'exclusivisme de l'ordre juridique du juge, c'est-à-dire le refus par tout ordre juridique de reconnaître comme droit ce qui ne découle pas de lui-même. Or, comme le relèvent MM. MAYER et HEUZE (P. MAYER et V. HEUZE, n° 85) : « Appliquer une règle substantielle, ce n'est d'ailleurs pas lui obéir, mais simplement faire un syllogisme dont la majeure est constituée par la proposition en laquelle la règle s'énonce, et la mineure par les faits de l'espèce ; toute proposition de forme normative peut constituer la majeure du syllogisme, sur l'ordre du législateur du for, et cet ordre est opportun dès lors que la proposition est le contenu de la règle en vigueur dans le pays étranger où la relation est localisée ».

<sup>605</sup> *Ibid.*, p. 296.

<sup>606</sup> G. TUSSEAU évoque d'ailleurs à titre d'exemple de norme d'habilitation celle de l'autonomie de la volonté (*Ibid.*), habilitant les individus, dans certaines limites, à produire leurs propres normes contractuelles. À considérer cet exemple sous l'angle du droit international privé, on voit bien les possibilités d'intervention de lois d'origine diverses au stade même de l'élaboration du contrat (*locus regit actum* pour la forme, loi de la nationalité pour la capacité, loi du contrat pour les conditions du consentement etc.).

compétence juridictionnelle internationale<sup>607</sup>. Au contraire, il est notamment utile à l'explication du sens de la réglementation de la compétence internationale<sup>608</sup>.

234. **Application du concept à la compétence internationale.** Au regard de notre objet d'étude, la conclusion est alors double. D'une part, la compétence internationale s'intègre dans une notion plus large, celle d'habilitation, qui explique les difficultés à la distinguer parfois de la procédure que le juge doit suivre et du

<sup>607</sup> On ajoutera une remarque ayant trait à la définition donnée par M. TUSSEAU de la norme que l'acteur habilité peut émettre. Il évoque en effet cette dernière comme nécessairement conditionnelle. Or, Selon une thèse bien reçue dans la doctrine, en particulier celle de droit international privé, une décision juridictionnelle est en effet une norme particulière car justement non conditionnelle (P. MAYER, *La distinction des règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz 1973, p. 48 : « La structure de toute norme qui n'est pas une règle doit être conforme au schéma suivant : elle ordonne catégoriquement que tel effet juridique B se produise, ou ne se produise pas. En effet, en tant qu'elle est une norme, elle est impérative. Et en tant qu'elle n'est pas une règle, l'ordre qu'elle promulgue n'est pas rattaché à un présupposé. Nous proposons d'appeler ces normes catégoriques des décisions »).

La valeur de l'affirmation, cependant, est pour cette recherche sans pertinence à deux titres. D'une part, le domaine même dans lequel cette notion de décision a été ainsi forgée, la réception des décisions étrangères, marque sa limitation : il ne s'agit que de savoir à quelle catégorie de norme étrangère appliquer la méthode de réception des conflits de juridictions. L'utiliser pour décrire le phénomène de la compétence ne saurait emporter l'adhésion. D'autre part, la définition que M. TUSSEAU retient ne l'empêche pas d'évoquer l'existence de normes « concrète[s] ou abstraite[s] selon l'étendue des comportements qu'elle[s] règle[nt]. Une norme régissant un comportement, déterminé dans le temps et l'espace, est concrète. Une norme qui régit un type de comportement, dans un nombre indéterminé de circonstances, est abstraite » (G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 326). Dès lors, dans le système de l'auteur, un jugement, de même qu'une décision administrative sont des normes (p. 327).

<sup>608</sup> Mais pas seulement. On peut aussi s'intéresser aux dissociations entre actions (c'est-à-dire procédure) et champ de réglementation, c'est-à-dire pouvoir de juger. Ainsi lorsque, en 1905, la Cour de cassation fut confrontée à la question des mariages de juifs russes, elle dut répondre à la surprenante question de savoir si elle pouvait, comme un rabbin en Russie, procéder au mariage de juifs russes selon le droit mosaïque (Civ. 29 mai 1905, *RCDIP* 1905, p. 518 ; *JDI* 1906, p. 1006 et *S.* 1906, 1, p. 161, note Pillet ; Civ. 30 oct. 1905, *JDI* 1906, p. 410). Elle se déclara dans un premier temps pour la question de l'incompétence, dans un second pour l'irrecevabilité de la demande. Peu d'auteurs ont été convaincus par ces choix. Le juge français, juge de la résidence des époux, était compétent, et tirer *a posteriori* une incompétence de l'impossibilité d'appliquer le droit russe paraît à tout le moins étrange. L'irrecevabilité peut, elle aussi, sembler suspecte. La recevabilité joue en effet sur les caractères de la demande plus que de son fondement et la demande en divorce n'avait, en tant que telle, rien d'original. À relire ces arrêts à la lumière de la thèse de M. TUSSEAU, on peut envisager une troisième solution. Le problème ne venait en effet ni du pouvoir du juge français, ni de sa compétence. En réalité, il venait de l'action que son propre droit international privé lui demandait de suivre : prononcer un divorce comme un rabbin russe. Cette action était décrite par le droit russe, mais ce qui choquait le plus l'ordre juridique français n'était pas tant les solutions elles-mêmes que certaines exigences procédurales du droit applicable, qui réclamait que le juge français se comporte en rabbin. C'est donc bien la procédure et non la compétence ou le pouvoir de juger qui était en cause. F. RIGAUX (*La théorie des qualifications en droit international privé*, Larcier, 1956, n° 262s.) fait remarquer que le problème pourrait plutôt se poser en terme de domaine respectif des règles de forme et de fond, d'une part, et de règles de conflit et matérielles d'autre part. La procédure comme les formes du divorce religieux n'étaient pas à suivre : ce sont des règles matérielles de procédure, et le droit français avait vocation à les écarter au titre de sa compétence de *lex fori*. Le fait que fond et forme soit religieux n'empêche pas le juge de dissocier l'un et l'autre et d'appliquer respectivement le droit étranger à l'un (cause et sanctions du divorce) et le droit français à l'autre (procédure). Par ailleurs, l'auteur ajoute que, du moins à partir des années 1920, le droit autrichien, qui divisait encore les statuts de ses ressortissants en fonction de leur confession, ne reconnaissait le mariage confessionnel obtenu à l'étranger qu'à la condition que le ministre du culte qui y avait procédé était reconnu comme officier d'état civil par son propre ordre juridique. Ainsi les motifs, très clairs, d'un arrêt de la cour suprême autrichienne : OGH, 20 sept. 1927, *Zeitschrift* 4, 105 : « suivant la nouvelle conception la célébration religieuse du mariage n'est juridiquement rien de plus qu'un acte civil qui, accessoirement, revêt une forme religieuse. Il en résulte que le pasteur étranger (*Ausländische Seelsorger*) n'officie valablement qu'au cas où il est un fonctionnaire compétent dans l'ordre juridique où il agit ». Pour prendre un exemple plus moderne, l'analyse de la distinction de la procédure et du fond permettrait au juge français, tout en suivant sa procédure (et notamment l'obligation de conciliation), de prononcer un divorce portugais selon lequel il n'est justement pas besoin de procédure lorsque les époux se sont mis d'accord sur les éléments essentiels du divorce (principe du divorce, le versement de pensions alimentaires à l'époux qui en a besoin, l'exercice de l'autorité parentale à l'égard des enfants mineurs, l'attribution de la résidence familiale et le régime qui s'appliquera pendant l'instance de divorce à ces trois éléments).

pouvoir juridictionnel qui lui est octroyé. Les différents éléments de cette notion, toutefois, permettent de rétablir les frontières notionnelles : la compétence relève du champ d'application de l'habilitation, elle a pour fonction d'établir les hypothèses dans lesquelles le juge peut intervenir. Le pouvoir de juger, lui, correspond pour le juge au champ de réglementation qui lui a été octroyé et qui est identique pour tous les juges : il a pour fonction d'établir ce que le juge peut faire, produire des jugements, c'est-à-dire des décisions juridiques obligatoires. En bref, la compétence répartit des affaires entre des organes édictant des normes d'un même type ; ils ont le même pouvoir de juger.

D'autre part, l'hypothèse du juge national comme mètre-étalon, choisie initialement pour des raisons pragmatiques, est véritablement la meilleure, puisque ce qui intéresse alors l'étude n'est pas lié à l'organe qui statue ou au détail des décisions qu'il rend mais plutôt au pouvoir général qui lui a été attribué. On en revient ainsi à l'analyse de M. THERY, qui associe le pouvoir juridictionnel à ce pouvoir délégué et conditionné par l'État qui institue le juge. Cette analyse rejoint par ailleurs en outre celle de M. GAILLARD, qui définit le pouvoir comme la prérogative attribuée par le droit objectif d'émettre des actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui<sup>609</sup>. C'est ici le point principal, mis en valeur par la notion d'habilitation : le pouvoir juridictionnel est celui d'émettre des jugements, des décisions juridiques obligatoires pour les parties à l'instance, et ce pouvoir sans être parfaitement uniforme<sup>610</sup>, est toutefois répandu au-delà des seules juridictions étatiques.

La généralisation de la distinction opérée par M. THERY au travers de la grille conceptuelle proposée par M. TUSSEAU corrèle parfaitement la discrimination intuitive que l'on a faite précédemment au sein des hypothèses légales de « pouvoir juridictionnel ». Cette dernière notion, renvoyant à l'idée de champ de réglementation, ne concerne vraiment que les différents pouvoirs intrinsèques du juge : celui de rendre un jugement. Il n'est en rien modifié, d'ailleurs, par la diversité récente des actes qu'il peut prendre : décision gracieuse, d'incorporation d'une dette à la procédure collective ou de désignation d'un tuteur, tous participent des pouvoirs du juge qui modifient la matière juridique. En revanche, toutes les règles qui contribuent à la délimitation de ce pouvoir, que ce soit par une répartition entre les juges ou même par une délimitation unilatérale de son activité, participent du champ d'application de leur habilitation, c'est-à-dire de leur domaine d'intervention.

---

<sup>609</sup> E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica 1985, qui énonce plus précisément que le pouvoir (pour l'opposer au droit subjectif) est une prérogative finalisée, qui ne se confond dès lors jamais totalement avec son titulaire puisque la fin est posée par la règle légale, qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui (n° 213s.)

<sup>610</sup> Selon M. THERY, la raison se trouve dans l'idée de litige : « Parce qu'il est réduit au schéma premier d'une confrontation, qui peut n'être que virtuelle, entre deux prétentions, et que cette confrontation est un cadre apte à recevoir toutes les applications pratiques, le litige reste, à travers toutes les formes qu'il peut emprunter, une notion abstraite. Se calquant alors sur son objet, la fonction juridictionnelle contentieuse lui emprunte ce caractère abstrait : la solution d'un litige est, en soi, une solution indépendante des règles appliquées ». (*op. cit.*, p. 101). Le « pouvoir général » des juridictions serait ainsi potentiellement universel, alors que les « pouvoirs attribués », correspondant à la matière gracieuse, serait plus difficilement fongibles (v. globalement, *op. cit.*, p. 90s.).



235. **La compétence internationale, véritable compétence.** L'apport majeur de la thèse de M. TUSSEAU est ainsi de permettre de s'écarter du paradoxe traditionnel de la compétence internationale, selon lequel la compétence, définie par l'idée d'une alternative entre plusieurs organes, ne saurait être conçue dans un espace international divisé entre États souverains qui ne peuvent assurer que l'incompétence de leurs juridictions sera compensée par la compétence d'autres juridictions. Pour sortir de ce paradoxe, il suffit d'écarter l'idée selon laquelle l'alternative doit être positive. La raison même de la limitation unilatérale (ou même multilatérale) de la compétence internationale des juridictions d'un État (ou de plusieurs d'entre eux) tient simplement dans l'idée que leurs juridictions n'ont pas à traiter toutes les affaires et tous les litiges du monde... parce qu'ils relèvent d'autres juridictions, d'autres États. En revanche, pas plus qu'elles ne limitent le pouvoir de l'État (ou de l'organisation internationale) qui les a édictées, les règles de compétence internationale ne limitent le pouvoir des juridictions qui en sont destinataires : ce dernier reste essentiellement de trancher des litiges en droit, et accessoirement de prendre certaines mesures. Le fait qu'elles ne puissent le faire sans un rattachement à leur ressort géographique et matériel n'altère pas le sens de ce pouvoir, mais simplement les occasions de le mettre en œuvre.

## 2. Critique de la doctrine classique

236. **Intervention des juridictions étatiques et mise en œuvre du pouvoir de l'État.** La tendance de la doctrine majoritaire à rapprocher compétence internationale et pouvoir de juger s'explique du fait de l'assimilation de *l'intervention* des juridictions étatiques à la *mise en œuvre* par l'État de son pouvoir juridictionnel<sup>611</sup>. L'analyse découle des travaux de M. MAYER sur la notion de compétence en droit international privé et public<sup>612</sup>. Si l'on souscrit à la distinction des notions qu'opère l'auteur, on ne peut abonder dans le même sens quant à cette conclusion particulière.

237. **Démonstration de M. MAYER.** En effet, sans pour autant assimiler la compétence des juridictions étatiques à la compétence de l'État, qui en dispose à sa guise, l'auteur énonce que les règles de compétence internationale ne sont pas de véritables règles de compétence, car elles « *tendent à restreindre à certains litiges le pouvoir de juridiction des tribunaux de l'État qui les édicte, mais sans que ce soit en vue de l'attribuer aux tribunaux d'autres États* ». M. MAYER tire cette conclusion de l'analyse des trois éléments constitutifs de la compétence qu'il retient pour les besoins de sa démonstration : tout d'abord une « *qualité reconnue à [...] une autorité ou un organe* », ensuite la définition de « *ce que peut faire l'autorité ou l'organe* », enfin l'existence d'une « *pluralité d'organes ou d'autorités et la répartition des pouvoirs entre eux* ». L'auteur précise à ce sujet que la répartition n'implique pas nécessairement l'absence de cumul ou de lacune. Toutefois, les cumuls ne sauraient être qualifiés de compétence tant que l'on n'envisage pas au moins corrélativement l'exclusion de certains organes. Quant

---

<sup>611</sup> V. HEUZE, « Conflits de juridictions et contrats internationaux », *Dict. Joly Contrats internationaux*, n° 2.

<sup>612</sup> P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979, p. 1, spéc. p. 13s.

aux lacunes de compétence, elles ne sauraient être autres qu'accidentelles, du fait de la disparition du rattachement, comme par exemple dans la protection diplomatique des apatrides.

Dans cette analyse, la troisième condition, la répartition, ferait défaut à la compétence internationale : puisqu'elles ne s'adressent qu'aux juridictions nationales, ces règles ne sauraient répartir au-delà, alors que cela devrait être le but d'une compétence « internationale ». On aurait pu opposer à cela l'idée selon laquelle les règles de compétence peuvent parfois ne reconnaître de pouvoir à aucun organe. Toutefois, M. MAYER fait remarquer que cela ne devrait être qu'une hypothèse accidentelle, alors qu'en matière de compétence internationale, il s'agit de l'effet normal de l'incompétence.

238. **Critique de la démonstration.** On répliquera, tout d'abord, que l'analyse ne vaut que si l'on envisage le *droit* de la compétence internationale dans l'abstrait. À reprendre au contraire les développements précédents, sur les *règles* de compétence de *droit commun* elles-mêmes, la conclusion serait inverse : pour ces dernières, l'absence de répartition est en effet accidentelle, puisqu'elles n'ont effectivement pas été conçues pour répondre au problème de la compétence internationale<sup>613</sup>.

Plus fondamentalement, il faut remarquer que M. MAYER a choisi comme troisième condition la répartition, qui relève d'une fonction des règles de compétence, et s'attache pour le démontrer au jeu de la règle de compétence dans sa singularité. La règle de compétence de droit commun, prise isolément, ne saurait avoir d'effet répartiteur dès lors qu'elle est de source nationale : elle ne peut répartir qu'entre ses propres juridictions nationales, alors que le problème de la compétence internationale interroge potentiellement l'ensemble des juridictions du monde. Toutefois, à n'observer que ce dernier, on en oublie que tel est aussi le cas en droit interne. Les règles de compétence matérielle subdivisant l'ordre judiciaire, par exemple, désignent chacune un et un seul ordre de tribunaux, prud'homal, de commerce, etc. Elles ne sauraient donc, sous cet aspect, répartir. En revanche, la répartition existe bel et bien entre toutes les juridictions judiciaires, y compris les juridictions de droit commun, grâce à l'existence concurrente d'autres règles de compétence, qui s'articulent avec elles. La répartition n'est donc pas nécessairement un effet direct de la règle, mais un effet global de l'ensemble des règles. Or on pourrait observer la même chose dans l'espace international : les règles de compétence internationale des différents États du monde n'ont de raison d'être que parce que ces différents États, et donc leurs différentes juridictions, existent. On retrouve, ici, la même fonction. Sans doute, l'articulation n'est alors pas toujours une articulation normalisée, organisée de concert entre les États. Toutefois, ceci ne semble pas nécessaire<sup>614</sup>. La meilleure preuve en est peut-être

---

<sup>613</sup> V. *supra*, n° 193s.

<sup>614</sup> D'ailleurs, une véritable organisation peut même s'épanouir sans que ses acteurs soient en rapport ; une analogie devrait suffire à le démontrer. Prenons un exemple des sciences de la vie. L'écosystème est, selon le *Petit Robert*, « [l']unité écologique de base formée par le milieu et les organismes animaux, végétaux et bactériens qui y vivent ». Le concept est apparu dans les années 1930 pour expliquer précisément l'organisation qui se crée naturellement dans un certain milieu, A. TANSLEY, *The Use and Abuse of Vegetational Concepts and Terms*, 284 *Ecology* 16,3 (Jul. 1935), disponible sur

que lorsque cette absence d'articulation provoque un déni de justice, le droit français comme de nombreux autres droits reconnaissent alors la compétence d'un « for de nécessité »<sup>615</sup>, pour pallier la défaillance du système<sup>616</sup>. On ne saurait ainsi tirer argument de l'imperfection de cette répartition<sup>617</sup>.

239. **Conclusion.** En définitive, on a peut être oublié l'avertissement de M. MAYER à l'entrée même de son article : il ne souhaitait pas se prononcer sur la distinction du pouvoir de juger et de la compétence<sup>618</sup>. La pensée de l'auteur a d'ailleurs évolué, et il ne défend plus aujourd'hui aussi fermement cette disqualification<sup>619</sup>. Or, comme le démontre la distinction des éléments de la notion d'habilitation, il ne faut pas attribuer à l'un des éléments la fonction de l'autre : la fonction de répartition relève de la notion de champ d'application, c'est-à-dire de compétence (juridictionnelle), tandis que la fonction même de l'organe, le pouvoir dont il est investi, relève du champ de réglementation, c'est-à-dire, du pouvoir juridictionnel.

## II) Conséquences sur le droit positif

240. Les règles posant le pouvoir juridictionnel ont pour fonction d'établir les normes que le juge est habilité à produire, ce qu'il peut faire, tandis que celles posant sa compétence juridictionnelle intervient pour départager les juges disposant du même pouvoir en indiquant les hypothèses dans lesquelles chacun peut alors intervenir. Cette dichotomie permet de clarifier des confusions de régime en droit de l'arbitrage international (A) et dans celui de la compétence judiciaire internationale (B).

---

[www.karljaspers.org/files/tansley.pdf](http://www.karljaspers.org/files/tansley.pdf). Il englobe ainsi dans un ensemble très composite des êtres, des choses et des phénomènes aux caractères physiques très différents et fonctionnant tous selon des lois chimiques et biologiques sans rapport direct les unes avec les autres. Pour autant, le concept lui-même est utile pour mettre en valeur l'équilibre qui se crée naturellement entre ces différents éléments par l'évolution et l'adaptation des différents éléments les uns aux autres. Ainsi, sans volonté, sans principe supérieur sinon celui de la coexistence, avec une adaptation unilatérale de chacun des éléments aux contraintes provoquées par les autres, cet ensemble très disparate parvient à s'organiser. Serait-ce que les hommes se trouveraient incapables de décider entre eux ce que la nature fait sans conscience ? La question n'appelle sans doute pas de réponse définitive ; mais on pourra remarquer, déjà, que le droit français adapte ses règles de compétence de droit commun à la concurrence étrangère dans certaines matières : droit réel immobilier, voies d'exécution entre autres<sup>614</sup>. V., les exemples *infra* n° 307s. Les règles de compétence unilatérales, comme les bilatérales, participent d'une organisation de la concurrence des juridictions, celle d'un Etat ou d'un groupe d'Etat face à l'ensemble de leurs pairs.

<sup>615</sup> V. RETORNAZ et B. VOLDERS, « Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif », *RCDIP* 2008, p. 225.

<sup>616</sup> L'argument selon lequel l'Etat pourrait toujours refuser d'instaurer un for de nécessité ne nous semble pas en soi porteur de conséquence quant à la fonction des règles de compétence et la distinction du pouvoir de juger : ce n'est pas parce que le législateur décide ou refuse de mettre en œuvre certaines règles que ces dernières en changent pour autant de fonction. On pourrait aussi imaginer qu'il refuse l'accès à ses tribunaux pour certaines affaires en droit interne. Le déni de justice serait tout autant avéré, sans que l'on puisse en déduire non plus une violation du droit international public sur lequel se fonde l'observation.

<sup>617</sup> Par ailleurs, comme M. MAYER le remarquait (*Ibid.*, p. 11), l'existence de cumul n'est pas non plus en soi la preuve de l'absence de « répartition » : l'article 46 C.P.C. ajoute bien des chefs de compétence alternatifs au for du domicile du défendeur.

<sup>618</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>619</sup> Comp., par exemple, au sujet des immunités de juridictions, la première édition (Montchrestien, 1977) et la dernière édition de son manuel (maintenant coécrit avec V. HEUZE, Montchrestien, 10<sup>ème</sup> éd.), n° 329.

## A) Compétence et pouvoir juridictionnel de l'arbitre

241. **La convention d'arbitrage comme exclusion du pouvoir juridictionnel du juge national.** Il a été précédemment montré que la question de la compétence de l'arbitre était bien une question de compétence<sup>620</sup>. On avait cependant jusqu'à présent omis d'évoquer une redoutable jurisprudence qui écarte la qualification de compétence pour adopter celle de pouvoir juridictionnel. Cependant, outre que les justifications théoriques initiales –l'investiture de l'arbitre par les parties- ne sont pas sans critiques (1), la solution jurisprudentielle, qui l'assimile au pouvoir du juge, n'est de son côté que de pure opportunité (2).

### 1. La question de l'investiture

242. **Présentation de la thèse.** Dans une série d'articles, MOTULSKY défend l'idée que l'arbitre ne peut posséder de compétence, puisque toute question à ce sujet se résorbe dans la question de son investiture. La question de la compétence arbitrale pourrait d'ailleurs d'autant moins se poser que l'arbitre est en principe le seul à intervenir dès lors qu'une convention d'arbitrage existe<sup>621</sup>. On citera pour l'exemple l'une de ses notes les plus connues, sous un arrêt du 22 février 1949<sup>622</sup> :

*« la collation de la fonction juridictionnelle a une portée très différente pour le juge public et pour l'arbitre ; on peut exprimer cette différence en disant que le juge public bénéficie d'une investiture subjective, tandis que l'investiture de l'arbitre est en quelque sorte objective parce que limitée à une mission déterminée. En effet devenir juge c'est acquérir une qualité inhérente à la personne : l'intéressé 'est' désormais magistrat, et seul un problème de compétence peut se poser à son égard. Le juge privé n'est pas titulaire d'une telle qualité personnelle ; il n'est revêtu de la dignité juridictionnelle qu'autant qu'il s'agisse de trancher le litige ou la catégorie de litiges pour lesquels il est institué : il ne devient pas, fût-ce pour un temps, magistrat, mais demeure un particulier. ».*

243. **Persistance de la doctrine.** Initialement, le problème pratique au cœur de la discussion était la possibilité pour l'arbitre de statuer sur sa propre investiture<sup>623</sup>. Cette possibilité acquise, l'assimilation de l'investiture et de la compétence a persisté et reste paradoxalement le soutien à l'idée que l'aspect positif de la compétence-compétence n'a pas de fondement logique : l'arbitre qui juge que la

---

<sup>620</sup> V. *supra*, n°132s.

<sup>621</sup> H. MOTULSKY, note sous Com. 22 févr. 1949, *JCP* 1949, II, 4899, *reprod. in Ecrits*, t. II, p. 222 ; « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire », *JCP* 1954, I, 1194, *reprod. au même*, p. 189 ; « Le respect de la clause compromissoire », *op. cit.*, p. 176 ; note sous T. civ. Seine, 7 juin 1956, II, 9460 et *ibid.*, p. 231 ; note sous T. civ. Seine, 17 oct. 1956, *JCP* 1956, II, 9647, *Ibid.* p. 245 ; note sous Paris 22 janv. 1957, *JCP* 1957, II, 10165, *Ibid.*, p. 371. ; « Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale », *JCP* 1957, I, 1383, *ibid.* p. 208.

<sup>622</sup> H. MOTULSKY, note sous Com. 22 févr. 1949 précité.

<sup>623</sup> V. sur l'historique de la discussion T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz 2001, p. 105s., spéc. p. 116s.

clause compromissoire ne l'investit pas ne saurait produire une sentence puisqu'il n'est pas juge<sup>624</sup>. L'affirmation n'est cependant pas aussi évidente qu'elle en a l'air.

**244. Vice logique.** Tout d'abord, la distinction que fait MOTULSKY entre les investitures respectives de l'arbitre et du juge masque une erreur logique fondamentale<sup>625</sup>. En effet, l'arbitre, comme le juge, dispose d'une investiture tant subjective qu'objective. MOTULSKY les oppose seulement sur deux éléments différents. Selon ce dernier, l'investiture subjective provient de l'investiture en tant que magistrat, qui est une « *qualité personnelle* ». En revanche, l'investiture objective provient de l'habilitation à juger un « *litige ou la catégorie de litige pour lesquels il est institué* ». Les deux éléments ne se comparent donc pas sur le même plan. L'un procède de la nomination de l'individu en tant que juge, l'autre de ce pour quoi il a été investi. Or, à bien y regarder, la question du mandat du juge et celle des litiges qu'il devra juger s'organisent de manière beaucoup plus complexe, d'une manière en réalité proche pour le juge et l'arbitre.

**245. Investiture du juge et investiture de la juridiction.** Le juge national et l'arbitre sont institués « juge » personnellement. À vrai dire, on concevrait mal qu'il ne soit pas à un moment ou un autre investi du pouvoir de trancher un litige : il faut bien le désigner. En France, un magistrat est investi à la suite de deux actes consécutifs<sup>626</sup> : d'abord un décret du Président de la République sur proposition du Garde des Sceaux<sup>627</sup> puis une prestation de serment dont il est dressé procès verbal devant la cour d'appel d'affectation<sup>628</sup>. Ces deux événements, cependant, s'ils investissent bien le magistrat, ne le font pas juge. Il peut en effet à ce moment là être nommé à la magistrature debout, c'est-à-dire au ministère public, voire être affecté à un service administratif de l'administration centrale, comme le Ministère de la justice. En réalité, un magistrat n'est juge que lorsqu'il participe à une formation de jugement, c'est-à-dire un tribunal. Que ce soit en formation collégiale (tribunal de grande instance, de commerce...) ou à juge unique (tribunal d'instance, juge aux affaires familiales, etc.), il n'est personnellement investi que d'une faculté :

---

<sup>624</sup> P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI* 1989-V, t. 219, p. 319, spéc. p. 352s. J.-B. RACINÉ, « la sentence d'incompétence », *Rev. arb.* 2010, p. 727.

<sup>625</sup> Comp. T. CLAY, *op. cit.*, p. 139s. qui, suivant une analyse plus complexe, en déduit que le terme de compétence s'applique au tribunal arbitral tandis que l'investiture s'adresse à l'arbitre.

<sup>626</sup> R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 15<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2012, n° 358s.

<sup>627</sup> Article 26 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, avec une affectation fonction du rang de sortie, du choix du candidat, de l'avis du jury et de l'avis du CSM.

<sup>628</sup> Article 6 de l'ordonnance précitée. Traditionnellement, cette prestation de serment devant la cour d'appel n'est que le premier des deux « rites » judiciaires d'intronisation du nouveau magistrat. Le deuxième, la séance d'installation dans les fonctions, qui a lieu lors de l'audience solennelle de la juridiction d'affectation, n'est cependant pas considérée comme une étape nécessaire de l'investiture. En effet, d'une part cette installation se reproduit à chaque nouvelle fonction, ce qui se reproduit fréquemment dans la carrière d'un magistrat. D'autre part, la jurisprudence qualifie de magistrat un juge consulaire nommé mais non encore installé (Civ. 2<sup>ème</sup>, 23 sept. 2010, *D.* 2010 p. 2300. On précisera que, pour les juges consulaires, les articles L. 722-6 et L. 722-7 du Code de commerce remplacent la nomination par l'élection, sans cependant changer l'obligation de prestation de serment).

celle de revêtir le manteau (ou l'un des manteaux) de l'organe de jugement, lequel seul dispose d'un pouvoir juridictionnel<sup>629</sup>.

246. **Parenté de situation.** La différence entre le juge et l'arbitre, dès lors, se fait plus mince. L'un comme l'autre, en effet, sont investis personnellement du pouvoir de participer à un organe de jugement : le tribunal. C'est bien, dans un cas comme dans l'autre, le tribunal qui est investi objectivement, c'est-à-dire, pour reprendre notre terminologie, qui dispose du pouvoir juridictionnel. Dans tous les cas, le terme d'investiture est mal choisi. L'investiture correspond à l'acte par lequel un individu est nommé pour incarner un organe<sup>630</sup>. Ce n'est pas l'individu, mais l'organe dont la compétence délimite le champ d'exercice<sup>631</sup>. On peut admettre la possibilité, parfois énoncée, de l'investiture d'un organe<sup>632</sup>, mais cela ne saurait alors recouvrir d'autre réalité que l'acte de création de l'organe, celui qui est à la source de ses pouvoirs. Or, mettre l'accent sur la source du pouvoir est une erreur, ici comme précédemment<sup>633</sup>. La question n'est pas de connaître la source, mais plutôt de connaître l'étendue du pouvoir qu'elle lui attribue. Or, comme on l'a montré de manière théorique par la notion d'habilitation, cette étendue relève d'une question de compétence, pas de pouvoir juridictionnel.

## 2. Pouvoir du tribunal arbitral, pouvoir de la juridiction nationale

247. **Suites jurisprudentielles.** Il était normal, dans les années 50, que l'on insiste sur l'origine contractuelle de l'arbitrage. Les jugements étrangers étaient encore passablement retravaillés pendant l'instance d'exequatur<sup>634</sup>, ce que l'institution de l'arbitrage, si elle voulait acquérir une autonomie, ne pouvait connaître. MOTULSKY, en comparant juge et arbitre par leur source, mettait alors en valeur l'aspect contractuel de l'arbitrage et la défense des droits subjectifs des parties<sup>635</sup>. En insistant sur l'investiture, cependant, c'est-à-dire sur la source, on engageait

---

<sup>629</sup> En ce sens, et reprenant une distinction proposée par JELLINEK entre l'Etat, l'organe de l'Etat et l'agent de cet organe (*Organträger*), O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », *La compétence, Travaux de l'AFDA*, Litec 2010, p. 5, spéc. p. 28 et les débats successifs, p. 96.

<sup>630</sup> C'est ainsi que le contrat d'arbitre, investissant ce dernier, ne bénéficie pas de la règle compétence-compétence comme la convention d'arbitrage, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2013, *JCP* 2013, note 558 par M. de Fontmichel et doct. 784 par J. Ortscheidt ; *Gaz. Pal.* 24 mai 2013, p. 18, chron. M. Foulon et Y. Strickler et 2 juil. 2013, p. 14, chron. D. Bensaude ; *Procédures* 2013, comm. 182 par L. Weiller.

<sup>631</sup> Comp., en matière d'arbitrage, B. GOLDMAN, « La situation en France », *Competition and arbitration law*, Pub. CCI n° 480/3, 1993, p. 109, spéc. p. 112 : « l'investiture confère à l'arbitre le pouvoir de juger ; la compétence trace, de ce pouvoir, les frontières ».

<sup>632</sup> C'est en effet le choix du *Vocabulaire juridique*. Il serait peut-être plus heureux d'en rester à la distinction de l'investiture du magistrat et de la création d'une juridiction. Cependant, l'essentiel serait alors de comprendre encore que c'est bien l'acte de création de la juridiction qui lui donne le pouvoir juridictionnel, tandis que le juge lui-même n'en disposerait que dès lors qu'il ferait fonction de juridiction.

<sup>633</sup> Cf la démonstration du Chapitre 1 *supra* n° 23s.

<sup>634</sup> V. par exemple P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Droit international privé*, 4<sup>ème</sup> éd. 1946, n° 303s. L'arrêt *Parker* du 19 avr. 1819 (*S.* 1819, I, p. 129 ; *Grands Arrêts*, n° 2) n'a en effet été véritablement écarté qu'avec l'arrêt *Munzer* du 7 janvier 1964 (*RCDIP* 1964, p. 344, note H. Batiffol, *JDI* 1964, p. 302, note B. Goldman ; *JCP* 1964, II, 13590, note M. Ancel ; *Grands Arrêts* n° 41). Avant ce dernier, les jugements étrangers étaient soumis à une procédure particulière, établie par l'arrêt *Parker*, qui consistait à « examiner la valeur du dispositif [du jugement étranger] sous le double rapport de l'appréciation des faits et de l'application des règles de droit » (E. BARTIN, Aubry et Rau *Leçons de droit civil*, t. XII, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, n° 769ter), c'est-à-dire une révision au fond, sur laquelle v. *Grands Arrêts*, *op. cit.* p. 17s.

<sup>635</sup> V. son œuvre principale, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, 1947, rééd. Dalloz 2002.

doctrine et droit positif à jouer sur la notion de pouvoir de juger et son origine et à se tromper, en conséquence, sur les effets du « pouvoir » ainsi attribué. C'est ainsi que, par suite de déformations successives<sup>636</sup>, la Cour de cassation énonça finalement dans un attendu dogmatique que :

*« L'exception de procédure fondée sur l'existence d'une clause compromissoire insérée dans un contrat mettant en cause les intérêts du commerce international ne concerne pas la répartition de la compétence entre les tribunaux étatiques des différents pays mais tend à retirer à ces tribunaux le pouvoir de juger les différents relatifs à ce contrat »*<sup>637</sup>.

Présent selon diverses formulations dans une série d'arrêts<sup>638</sup>, et appuyée par une partie de la doctrine<sup>639</sup>, on peut se demander ce qu'elle a de logiquement nécessaire. La symétrie entre l'attribution du pouvoir juridictionnel à l'arbitre et son retrait à la juridiction étatique n'est pas une fatalité<sup>640</sup>.

**248. Affirmation transnationale.** Il est d'abord intéressant de noter que cette jurisprudence procède d'une conception du droit de l'arbitrage foncièrement transnationale, c'est-à-dire, dans un sens déjà rencontré, universaliste. Elle définit en effet l'incompétence des juridictions étatiques comme un effet mondial de la clause : l'idée d'une « répartition de la compétence entre les différents tribunaux étatiques » ne vaut en effet que par cette abstraction. Or cette abstraction est trop forte : une telle répartition n'existe pas, sinon en idéal. Elle évoque cependant ici, en revanche, l'idée d'une organisation internationale de la concurrence des juridictions, une idée que l'on retrouvera plus tard. En tous les cas, pour les ordres juridiques nationaux, il n'y a au mieux qu'une série de règles internationales particulières, qui ne s'appliquent pas à l'ensemble des États.

**249. Autonomie ou exclusivité de la justice arbitrale.** Quoiqu'il en soit de ce point, l'affirmation est forte et claire, sans appel. Et pourtant, elle convainc peu. Elle est surprenante, d'abord, parce que l'on comprend mal comment l'investiture d'une juridiction nationale, issue d'une loi (pour son ordre juridictionnel) et d'un décret

<sup>636</sup> V. Civ. 2<sup>ème</sup>, 3 mai 1957, *RCDIP* 1957, p. 495, note E. Mezger, qui évoque la volonté des parties de retirer aux tribunaux le pouvoir de juger. Mais il ne s'agit pas ici d'en tirer une conséquence sur le pouvoir de juger *stricto sensu*.

<sup>637</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 1990, *Prince Bin Seoud*, *Rev. arb.* 1991, p. 305, note M.-L. Niboyet-Hoegy. On rapprochera plus loin cette formulation de l'arrêt du 7 mai 2010, v. *infra* n° 254.

<sup>638</sup> Outre l'arrêt précité, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 nov. 1990, *Rev. arb.* 1991, p. 73 et l'article de Ph. DELEBECQUE, « La transmission de la clause compromissoire », *op. cit.*, p. 19 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 nov. 1991, *Rev. arb.* 1992, p. 462, note D. Hascher ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 févr. 2001, *RCDIP* 2001, p. 524, note F. Jault-Seseke ; *Rev. arb.* 2001, p. 764, note D. Cohen ; *JCP E* 2001, p. 342 ; D. 2001, I.R. p. 827. *Adde.* Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 1998, *Bull.* I, n° 227, lequel reste cependant assez confus (« Vu l'article 1502, 5<sup>o</sup> du NC.P.C. ; [...] la règle qui donne un effet interruptif de la prescription à la saisine d'une juge incompétent ne relève pas de la conception française de l'ordre public international et [...] la convention d'arbitrage déroge nécessairement à cette règle, de sorte que la saisine d'un tribunal de commerce qui n'avait pas pouvoir de juger, n'avait aucun effet sur la prescription de l'action »).

<sup>639</sup> En ce sens, v. M.-L. NIBOYET-HOEGY, note précitée ; R. BOULBES, note sous Paris, 19 mai 1961, *JCP* 1961, II, 12329 ; D. COHEN, note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 févr. 2001, *précité*, spéc. p. 768 ; D. FOUSSARD, « Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2002, p. 579, spéc. p. 595s. ; P. CALLE, note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 févr. et 14 avr. 2010, *Rev. arb.* 2010, p. 496, spéc. p. 500.

<sup>640</sup> Ph. THERY, note sous Civ. 2<sup>ème</sup>, 22 nov. 2001, *Rev. arb.* 2002, p. 371, spéc. p. 375s. *Adde.* L. CADIET, note sous Paris, 23 juin 1993, *Rev. arb.* 1994 p. 151

(pour le tribunal lui-même) puisse lui être retirée, même pour un domaine et une durée limitée et sous couvert d'une autorisation légale, par une convention entre particuliers. Il faut se rappeler que l'on parle ici non de la possibilité d'intervenir, mais bien du pouvoir de trancher les litiges. Si l'ordre juridique français reconnaît des juridictions, il est plus difficile de croire qu'il reconnaît aussi cette « désactivation » de ses propres organes par un ordre extérieur, que ce soit un ordre juridique ou la simple convention des parties. Le parallélisme des formes ne s'y retrouve pas vraiment.

**250. Interaction des justices arbitrales et étatiques.** Mais l'affirmation va même au-delà et, si elle devait être philosophie de l'arbitrage, elle serait philosophie nihiliste. Elle part du principe, en effet, que l'ordre juridique arbitral, s'il doit exister, pourrait exister en vase clos. Nier le pouvoir juridictionnel des juges, même de manière ponctuelle, revient à considérer juridiquement que la seule justice existante en la matière est celle de l'arbitrage. Le tribunal arbitral ne serait donc pas une justice autonome, il serait une justice exclusive. On a déjà analysé l'erreur séculaire de considérer l'État comme source de toute justice. Faudrait-il répéter l'opération pour l'ordre juridique arbitral ? La chose paraît d'autant moins nécessaire que l'allégation du monopole de la justice par l'ordre juridique arbitral, fut-il dans un domaine et un moment limité, paraît aberrant. Or c'est bien cela que propose l'affirmation jurisprudentielle de la privation du pouvoir juridictionnel des juridictions étatiques. En effet, si la clause compromissoire prive de pouvoir de juger les juges étatiques, elle a pour conséquence de nier l'activité juridictionnelle de ces derniers. Comme on l'a évoqué antérieurement<sup>641</sup>, la reconnaissance du pouvoir juridictionnel, si elle n'emporte pas nécessairement celle de son produit (litispendance et autorité de chose jugée) est cependant nécessaire à la *possibilité* de le faire. Or par exemple, la décision d'une juridiction étatique permet à une partie d'invoquer l'autorité de chose jugée de la décision si celle-ci a le même objet<sup>642</sup>. C'est dire en réalité que le juge national conserve son pouvoir juridictionnel. Il lui est simplement interdit, dans une certaine mesure, de le mettre en œuvre<sup>643</sup>.

<sup>641</sup> V. *supra*, n° 125.

<sup>642</sup> Il est difficile de trouver des éléments de la pratique sur cette question ; Le seul arrêt connu semble être celui de Paris, 21 mars 1991, *Rev. arb.* 1993, p. 94, note C. Vergne, dans lequel le juge a accepté l'exequatur d'une sentence qui n'avait pas, selon la cour, à prendre en considération une décision nationale prise sur un objet différent de celui dont le tribunal arbitral était saisi. Plus globalement, sur la prise en compte de la question de chose jugée par l'arbitre, C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, LGDJ 2012, spéc. n° 507s.

<sup>643</sup> D'abord, en matière d'arbitrage interne, on rappellera que le droit français prévoit une possibilité d'appel de la sentence sur accord des parties (Article 1489 C.P.C. : « *La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties* »). Sous cette condition tout du moins, la convention d'arbitrage ne retire donc pas le pouvoir juridictionnel des juridictions nationales. D'ailleurs, la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu juger que l'effet dévolutif de cet appel purgeait la décision de l'arbitre de l'incompétence de ce dernier (Soc. 20 juin 2007, inédit, pourvoi n° 05-44077). L'incompétence de l'arbitre était par ailleurs intéressante, puisqu'elle résultait du règlement intérieur du barreau de Paris. Il est vrai que l'on se pose la question de la nature de l'arbitrage du bâtonnier (Contre la qualification : Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 nov. 2005, *Gaz. Pal.* 9 févr. 2006, p. 17, note B. Vatier ; *LPA* 5 juil. 2006, p. 22, concl. Sainte-Rose et E. ROSENFELD, « L'arbitrage forcé, la fin d'un mythe », *D.* 2006, p. 2079 ; Pour la qualification, mais avec des réserves : Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006, *Rev. arb.* 2006, p. 983, note J.-Y. Garaud et Ch.-H. de Taffin). Evidemment, il s'agit là d'arbitrage interne, soumis à un régime partiellement différent. On peut cependant s'interroger sur une telle différence entre deux clauses, d'arbitrage interne (« incompétence des juridictions nationales ») et d'arbitrage internationale (« absence de pouvoir de juger »), qui, fondamentalement, ont le même objet. Et dont la



251. **Vérification par la définition acquise.** En effet, de quel retrait de pouvoir parle-t-on vraiment ? Le pouvoir retiré au juge, dans son acception la plus stricte, serait celui de juger le contentieux opposant au fond des parties à une clause compromissoire. Si l'on compare ce « pouvoir » retiré à ceux que nous avons précédemment étudiés, la différence est flagrante. Il ne s'agit en effet pas d'un acte, mais d'un domaine. On ne retire pas au juge la possibilité de juger, de rendre une ordonnance de référé ou de casser un jugement. On ne lui retire pas plus la possibilité de désigner un mandataire-liquidateur ou un tuteur. Il s'agit simplement de lui interdire *d'intervenir* dans une hypothèse particulière. Il ne s'agit pas de redéfinir son action, mais d'exclure son intervention. La jurisprudence a utilisé le terme de pouvoir de juger en pensant à la compétence.
252. **Requalification en compétence exclusive.** En réalité, il n'est donc nul besoin de passer par la qualification de « pouvoir » pour justifier l'effet négatif de la clause compromissoire, bien au contraire. Il suffit de décider, à peu de chose près comme en matière de clause de prorogation de for, que la clause compromissoire opère un choix exclusif en faveur d'un tribunal arbitral ; autrement dit que ce dernier bénéficie, pour les autres juges, d'une compétence exclusive. Le fait que la juridiction qui entre en concurrence avec le juge n'ait pas encore d'existence matérielle n'importe que peu. Concrètement, il y a bien un conflit d'activités entre une juridiction nationale et une juridiction arbitrale à former. En droit de l'organisation judiciaire, la création d'une nouvelle juridiction n'oblige d'ailleurs pas à repenser le pouvoir juridictionnel d'une autre, mais simplement sa concurrence avec elle<sup>644</sup>. Or c'est précisément le rôle tenu en général par les règles de compétence que d'organiser en droit commun cette concurrence, et en particulier le rôle des règles de compétence exclusive de refuser l'intervention d'une autre juridiction que celle désignée par la règle de compétence<sup>645</sup>. Le niveau « international » de la question ne modifie en rien cette affirmation. Dans l'ordre international, les ordres juridiques s'excluent mutuellement mais se fréquentent et se rencontrent quotidiennement. La revendication par l'un d'eux d'une compétence juridictionnelle exclusive, comme c'est fréquemment le cas en matière de droit réel immobilier par exemple, ou de fonctionnement des services publics étatiques, n'implique pas la négation du pouvoir juridictionnel des autres États. Elle implique

---

qualification peut varier du simple fait du transit de fonds par un compte basée à l'étranger (Sur une telle hypothèse, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 2004, *Dame Rado*, D. 2004, p. 2458, note I. Najjar, *RTD Com.* 2004, p. 447, note E. Loquin, *Rev. Arb.* 2005, p. 115, note X. Boukobza, *JCP* 2005, I, 134, note Ch. Seraglini)...

Il est donc possible de saisir le juge, ne serait-ce que pour voir finalement jugé que la clause doit recevoir effet. Le droit est tel que même lorsqu'il interdit une intervention du juge, il revient toujours *in fine* à ce même juge d'interpréter l'espèce pour vérifier que le principe lui interdit d'intervenir. Dès lors, parce que le pouvoir du juge est de dire le droit, on ne saurait lui retirer ce dernier. On ne peut que l'empêcher de l'utiliser.

<sup>644</sup> Ph. THERY, note précité, P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI* 1989-V, t. 219, p. 319, spéc. p. 330.

<sup>645</sup> En ce sens, v. plus récemment Ph. THERY, note sous *Agence de marketing appliqué*, Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mai 2010, *RTD Civ.* 2010, p. 808s., spéc. p. 809 : « De même, lorsqu'un juge étatique est saisi d'un litige pour lequel les parties ont conclu une convention d'arbitrage, on est encore en présence d'une question de compétence puisque le juge saisi doit dire qui, de lui ou de l'arbitre, connaîtra du litige (art. 1458 c. pr. civ.). Que la Cour de cassation ait fini par imposer un renvoi systématique à l'arbitre importe peu. Une règle de compétence peut être plus ou moins impérative. Elle reste une règle de compétence ».

simplement de considérer la compétence de ses juridictions comme exclusives, c'est-à-dire privant de reconnaissance les décisions prises en violation de la règle<sup>646</sup>. S'il est nécessaire de protéger l'arbitrage de l'intervention intempestive des juridictions nationales, il n'est pas besoin de nier leur existence ou leur fonction, il suffit de refuser leur intervention.

**253. Conclusion : compétence et pouvoir de juger dans l'arbitrage.** L'arbitre, c'est-à-dire la juridiction arbitrale, possède sans aucun doute un pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire un pouvoir identique à celui qui fait le cœur de l'activité du juge national : trancher le litige en droit. Le juge n'en perd pas pour autant son pouvoir juridictionnel et la concurrence des deux provoque un « conflit d'activités »<sup>647</sup> qui se résout par l'incompétence de l'un des deux organes, en l'occurrence le juge. Le Code de procédure civile, au nouvel article 1458 issu de la réforme du 13 janvier 2011, ne fait ainsi pas de distinction dans les termes entre la concurrence des juridictions judiciaires et celle qu'elles entretiennent avec les tribunaux arbitraux :

*« Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente.*

*Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.*

*Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence.»*<sup>648</sup>

Contrairement aux termes de la jurisprudence *Bin Seoud*, c'est donc bien une question de compétence qui règle la primauté de l'arbitre sur le juge en matière de compétence et, consécutivement dans l'hypothèse où la clause serait jugée valide, pour statuer sur le fond du litige. Cet emploi de la notion de « pouvoir de juger » était fonctionnel : permettre de soulever l'incompétence du juge étatique par une procédure plus rapide que l'action en contredit de compétence. Un certain fonctionnalisme s'impose en matière de procédure, un domaine éminemment soumis aux contraintes pratiques. Accepter cette fausse qualification, cependant, c'est faire une erreur magistrale. Les concepts ne sont pas figés ; là où la pratique du droit réclame un changement de régime, il n'est pas nécessaire de lui plaquer une qualification aberrante pour en obtenir un meilleur. Il faut au contraire en reprendre le fonctionnement pour déterminer un nouveau régime.

---

<sup>646</sup> D. FERNANDEZ-ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *RCADI* 2006, vol. 323, p. 9, spéc. p. 80s. Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, p. 20.

<sup>647</sup> L'expression est de CHIOVENDA (*Principii di diritto processuale*, Réed. 1965, p. 380), réemployée dans ce contexte par Ph. THERY, *op. cit.*, p. 21.

<sup>648</sup> Article 1458 *C.P.C.* On remarquera, d'ailleurs, qu'il évoque un tribunal arbitral « non encore saisi » et non un tribunal « non encore constitué ». La forme qu'emprunte cette exception d'incompétence, par ailleurs, est habituellement celle du contredit de compétence (J. PELLERIN, « Le décret de procédure du 28 décembre 2005 et le droit de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2006 p. 287. La solution date d'un arrêt de la Cour de cassation, Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 avr. 1967, *D.* 1967, p. 547, note Robert ; *JCP* 1967, II, 15201, note J. A. ; *RTD Civ.* 1967, p. 693 obs. Hébraud). En ce sens, Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5, spéc. p. 13, citant Ph. Théry, note sous Civ. 2<sup>ème</sup>, 22 nov. 2001, *Rev. arb.* 2002, p. 371, note Ph. Théry.

## **B) Compétence internationale et pouvoir juridictionnel du juge judiciaire**

254. **Les arrêts *Agence de Marketing Appliqué*.** Il faut encore constater que la jurisprudence s'est assez récemment mis en quête de sa propre qualification, qualification qui s'est révélée être, le 7 mai 2010, celle du pouvoir de juger.

*« Mais attendu qu'en matière internationale, la contestation élevée sur la compétence du juge français saisi ne concerne pas une répartition de compétence entre les tribunaux nationaux mais tend à lui retirer le pouvoir de trancher le litige au profit d'une juridiction d'un État étranger ; que dès lors, le pourvoi en cassation contre le jugement ayant statué sur cette exception de procédure a pour fin de prévenir un excès de pouvoir ; qu'il est immédiatement recevable, même s'il n'est pas mis fin à l'instance ».*

255. **Critique doctrinales de la confusion des notions.** C'est en ces termes que la Cour de cassation, dans les trois arrêts rendus dans l'affaire *Agence de Marketing Appliqué*, s'est en effet prononcée pour qualifier la sanction et surtout le régime du recours applicables à la décision de compétence prise en violation de ces règles<sup>649</sup>. La proximité avec l'arrêt *Bin Seoud* est patente. La solution elle-même n'a pas choqué les annotateurs : la possibilité d'un recours immédiat sur la compétence, sans attendre la décision du juge au fond, semble en effet assez opportune<sup>650</sup>. Les explications avancées, cependant, ont fait l'objet de nombreuses critiques<sup>651</sup>. Au terme de cette partie sur la distinction des deux notions, on ne pourra qu'abonder dans leur sens. Il suffit de reprendre les critères proposés pour s'en convaincre : la question ne porte en effet pas sur un produit de l'activité du juge, mais simplement sur le domaine de son activité. Il s'agit de savoir « quand » le juge peut juger, et non de savoir ce qu'il peut faire. La règle de compétence internationale est une règle de compétence et non une règle portant sur le pouvoir juridictionnel du juge. Ce constat opéré, il n'est pas sans intérêt de s'arrêter un peu sur les analyses proposées, tant dans l'arrêt que chez ses commentateurs. Plusieurs auteurs ont en effet relevé que la Cour, pour évoquer le pouvoir de juger, assimile la compétence internationale aux seules règles internes<sup>652</sup>. Elle postule en effet dans cette décision

<sup>649</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mai 2010 (3 arrêts), *Agence de Marketing Appliqué*, RCDIP 2010, p. 558, note H. Gaudemet-Tallon ; D. 2010, note A. Bolze et L. Perreau-Saussine ; RTD Civ. 2010, p.617, obs. R. Perrot et 808, note Ph. Théry. L'affirmation est maintenant de jurisprudence constante : Com. 7 déc. 2010, 09-16811, 09-168111 et 09-14545, Com. 29 mars 2011, n° 10-12272 ; Com. 20 sept. 2011, n° 10-16569.

<sup>650</sup> Ainsi pour Mme GAUDEMET-TALLON, note précitée, p. 568s. ; MM. BOLZE et PERREAU-SAUSSINE, spéc. p. 2196s. *Contra*, très critique, du fait de l'indétermination de certaines solutions, Ph. THERY, note précitée, p. 810.

<sup>651</sup> Si l'ensemble des auteurs semble considérer comme acquis la distinction compétence internationale et pouvoir juridictionnel telle que l'a présentée M. THERY dans sa thèse (à l'exception, certainement du au format de la note, de M. PERROT), les critiques relèvent de considérations diverses et d'importances différentes. Pour Mme GAUDEMET-TALLON, tout d'abord, l'essentiel semble provenir de l'idée que le pouvoir juridictionnel est associé à l'idée de souveraineté. La compétence internationale n'y ayant aucunement part, « il serait abusif de dire qu'elle se prononcera sur le pouvoir du juge français » (p. 567, l'italique est de l'auteur). Pour MM. BOLZE et PERREAU-SAUSSINE, ensuite, la Cour de cassation semble restreindre la solution aux règles de compétence unilatérale. Ils critiquent alors le refus d'appliquer la qualification de compétence à ce qui est intrinsèquement des règles de compétence, malgré leur forme unilatérale.

<sup>652</sup> En ce sens, v. Ph. THERY et A. BOLZE et L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.* Moins directement, Mme GAUDEMET-TALLON passe par l'idée de souveraineté pour l'analyser en ce sens.

l'impossibilité d'une répartition des litiges, ce que d'aucuns n'ont pas manqué de condamner s'agissant d'un litige qui tombait sous le coup du Règlement Bruxelles I<sup>653</sup>.

**256. Vices du raisonnement en termes de pouvoir.** On ne se départira pas de l'impression que l'affirmation, se voulant peut-être moderne, s'absorbe en réalité dans une conception très ancienne, si ce n'est dépassée, de la compétence. D'une part, en concevant en effet la compétence internationale comme seulement composée de règles unilatérales, elle fait montre d'une vision particulariste de la matière dont on a montré que, même encore fortement défendue en doctrine, elle était battue en brèche par le droit positif<sup>654</sup>. Dans un paradoxe total, elle affirme ensuite que le retrait du pouvoir de juger du juge français s'effectue « *au profit d'une juridiction d'un État étranger* », démontrant ici une vision répartitrice et donc universaliste de la compétence, qui prétendrait que l'incompétence d'un juge national répond à la compétence d'un juge d'un autre État. L'idée est bien évidemment fautive : les conflits négatifs de compétence, où tous les juges possibles se déclarent incompétents, et surtout les conflits positifs de compétence, où plusieurs juges se déclarent concurremment compétents, font partie de la réalité du contentieux international<sup>655</sup>. Dans les deux cas, cependant, l'analyse en termes de pouvoirs juridictionnels renvoie à une analyse publiciste, proche de celle observée en matière d'immunité et, historiquement, à celle de BARTIN<sup>656</sup>. Le pouvoir juridictionnel n'est donc pas la bonne approche.

**257. Truisme sur la compétence internationale.** En réalité, bien sûr, c'est de compétence qu'il s'agit. Sans même passer par l'idée de recherche d'un juge compétent, on ne peut que constater que la compétence internationale correspond au domaine d'intervention du juge, donc à l'idée de compétence, et non à son activité, c'est-à-dire au pouvoir juridictionnel. Sans se prononcer, encore, sur la pertinence du régime associé aux recours y afférant<sup>657</sup>, il faut reconnaître que le pouvoir juridictionnel n'a que peu à voir avec celle-ci.

Fallait-il pour autant admettre qu'il s'agissait d'une fin de non-recevoir, et la fonder alors sur l'absence de pouvoir juridictionnel ? En réalité, il suffit pour y répondre de bien distinguer toutes les questions. Le pouvoir juridictionnel correspond à ce pouvoir propre du juge de prononcer une décision obligatoire. Le droit romain l'appelait *l'imperium mixtum*, celui qui est indissolublement lié à la fonction juridictionnelle lorsque cette dernière est reconnue comme telle. Il est ce pouvoir spécifique du juge qui lui permet de faire quelque chose d'unique, de faire ce qui fait de lui un juge. C'est en cela que le contenu du pouvoir juridictionnel est l'élément fondamental de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher le

---

<sup>653</sup> En ce sens, les notes de Ph. THERY et H. GAUDEMET-TALLON.

<sup>654</sup> V. *supra* n° 162s.

<sup>655</sup> V. sur le sujet la thèse de V. MOISSINAC-MASSÉNAT, *Les conflits de procédure*, LGDJ 2007.

<sup>656</sup> V. la remarque de Mme GAUDEMET-TALLON sur la souveraineté, *op. cit.* p. 568.

<sup>657</sup> Régime dont la portée a été singulièrement amendé par un arrêt récent, *SCI Terrasse du Levant*, Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mai 2012, *Procédures* 2012, n° 7, comm. 209 par R. Perrot, *Lamy Droit civil* 2012, n° 95, p. 73, obs. L. Raschel. Dans cet arrêt, la Cour de cassation s'oppose en effet à ce que l'on tire conséquence de la qualification d'excès de pouvoir pour permettre de soulever l'incompétence internationale à toute phase de l'instance.

litige<sup>658</sup>. C'est aussi en cela que juge national et arbitre sont en concurrence. Ils exercent le même pouvoir, ils ont fondamentalement la même fonction. En revanche, s'il peut subir des démembrements dans les actions que le juge peut entreprendre (référé, cassation, etc.), il n'est pas divisé entre les tribunaux auxquels on l'a attribué, ou reconnu. C'est le même pouvoir que détiennent le tribunal de grande instance de Pau et le tribunal des prud'hommes de Brest. Pour l'un comme pour l'autre, ce qui va changer, c'est avant tout la compétence qui va délimiter les hypothèses dans lesquelles chacun pourra mettre en œuvre son pouvoir. Et l'internationalité de certains contentieux n'y change rien. La compétence recouvre donc seule, en tout cas, le problème de l'attribution des affaires à chaque juge, international comme national. Elle correspond ainsi à *l'ensemble des règles qui permettent de déterminer le champ d'intervention des juges*, regroupés ou non en ordres juridictionnels.

---

<sup>658</sup> La juridiction gracieuse est un autre pouvoir juridictionnel qui relève des fonctions du juge telles qu'elles ont été attribuées par l'Etat.

## TROISIEME CONCLUSION : L'INADAPTATION DE LA THEORIE DE LA COMPETENCE AU DROIT CONTEMPORAIN

*« L'idée d'une compétence internationale appartenant globalement aux tribunaux de l'État en général a fait croire que les règles de compétence internationale délimitent le domaine du pouvoir de juridiction que l'État s'attribue ou que les autres États lui reconnaissent et ce n'est pas le moindre inconvénient des termes compétence générale, allgemeine Zuständigkeit, que d'avoir contribué à maintenir des habitudes de pensée, ou du moins un langage, publicistes. »*

258. **L'absence d'inter-étatisme du caractère international de la compétence.** Ces mots de Dominique HOLLEAUX, extraits de la thèse qu'il publia en 1970, sont encore d'actualité<sup>659</sup>. Malgré les évolutions du reste du droit international privé, le droit de la compétence internationale porte toujours la marque interétatique et publiciste des origines de sa théorie, au début du XX<sup>e</sup> siècle. En soi, l'État est une donnée intrinsèque du commerce juridique international. Comme d'autres formes de communautés avant eux, les États se sont organisés indépendamment les uns des autres, créant des disparités de normes et de juridictions ; c'est tout le problème du droit international privé. Mais l'idée qu'il doit en être le seul objet, par son ordre juridictionnel, ne peut trouver aucun soutien en droit positif. Règles matérielles et règles spéciales se développent, permettant au droit de la compétence d'organiser de mieux en mieux une véritable répartition des litiges entre les juridictions de plusieurs États. À dire vrai, il n'était même pas besoin d'aller jusqu'à ces développements supranationaux : le droit commun lui-même est beaucoup plus simple que la présentation que l'on en fait. Il ne s'intéresse lui aussi qu'à l'attribution de l'affaire à un juge, et non à un ordre juridictionnel.
259. **Le problème du droit commun.** Certes, le droit commun de la compétence internationale est essentiellement attributif, unilatéral. C'est bien ce caractère qui permet de maintenir la présentation traditionnelle d'un droit de rattachement à l'État, réminiscence du rattachement par la règle de conflit de lois. Mais il ne suffit pas, à lui seul, à justifier de présenter l'essence du fonctionnement de la compétence internationale comme telle. Le fonctionnement spécifique d'un corps de règle, fut-il de droit commun, ne devrait pas occulter celui de l'ensemble des autres règles qui traitent du même problème ; y compris le sien par ailleurs, en dehors de circonstances particulières.
260. **Les dérives de la pensée publiciste.** Comme l'annonçait Dominique HOLLEAUX, cette présentation est d'ailleurs source d'abus. Elle fonde, par exemple, la qualification de l'incompétence internationale en « excès de pouvoir » (de juger), une qualification sans doute opportune face à l'inadaptation des voies de recours, mais qui teinte la compétence d'un aspect et d'un fonctionnement qui ne sont pas les siens. Si le pouvoir de juger et la compétence sont deux éléments habilitant le juge à intervenir, ils ressortent tout deux de question différentes : le

---

<sup>659</sup> D. HOLLEAUX, op. cit., p. 339, *in fine*. Les italiques (ici renversées) sont de l'auteur.

pouvoir de juger correspond à la mission du juge, le type de norme qu'il peut prendre, alors que la compétence juridictionnelle évoque seulement les cas dans lesquels cet organe peut accomplir sa mission. Or, si le dernier élément liant *intrinsèquement* le juge à l'État, le pouvoir qu'il tire de son investiture, doit être distinguée de la compétence, rien, dans ses règles ni dans leur fonctionnement, ne permet de réduire la compétence internationale à la résolution d'une question interétatique.

261. **De l'interétatisme à la transnationalité.** En privant toutefois le droit de la compétence internationale de cette prétendue spécificité, on doit encore aller plus loin et en déduire qu'il ne correspond tout simplement pas à une réglementation particulière. Le droit commun en offre un bel exemple : des règles de compétence interne, à visée répartitrice, qui fonctionnent sans altération majeure dans le contexte international. S'il y a une spécificité, elle ne vient donc pas des règles elles-mêmes. Il ne reste alors pour justifier la spécificité de la compétence internationale que le problème auquel elle répond. Or ce problème, justement, occulte le plus souvent les frontières : d'une internationalité au sens benthamien « d'interétatique », il est nécessaire de passer au principe d'une internationalité qui s'ignore, c'est-à-dire au principe d'une réglementation « transnationale » de la compétence.





## CHAPITRE II :

### LE DEVELOPPEMENT D'UNE TRANSNATIONALITE

---

262. **L'adjectif transnational.** Au bout de deux cents ans et d'une mondialisation croissante des rapports individuels, l'adjectif « international » a subi la même érosion sémantique que son inventeur observait en son temps dans le terme « droit des gens »<sup>660</sup>. L'internationalité n'est plus seulement l'espace abstrait des rapports entre États, cet « interétatisme » sous-jacent de la théorie classique. Il est aussi, entre autre, le rapport vertical d'un ou plusieurs États avec une institution internationale à laquelle ils se sont liés, ce que l'on appelle parfois, plus précisément, une autorité « supranationale ». Enfin lorsque certains auteurs, à partir des années 30, ont voulu évoquer la situation des personnes privées au-delà des frontières, ce n'est ni à la première, ni à la seconde de ces acceptions qu'ils pensaient en employant le terme international. À vrai dire, ils essayèrent même d'en créer de nouveaux pour échapper à cette omniprésence de l'État dans la théorie classique<sup>661</sup>. Il en fallait bien un pour exprimer ce qui « transcende » ou « traverse » les frontières nationales ; l'adjectif « transnational », par la plume de Philipp JESSUP, allait naturellement s'imposer<sup>662</sup>. Il permet en effet d'évoquer une situation où l'État est avant tout un objet, pas un sujet ; une donnée, pas un acteur ; un fait, pas une institution. Sous l'angle de la transnationalité, l'espace international n'est pas celui d'une communauté d'États mais celui d'une communauté humaine agissant par-delà les frontières étatiques, géographiques et juridiques. C'est ainsi précisément la situation que résout le conflit de lois ; c'est par ce terme qu'il faut comprendre aujourd'hui une part grandissante de la réglementation de la compétence « internationale ».
263. **L'objet transnational du droit international privé.** Le terme transnational est malheureusement connoté. En droit, il renvoie surtout au phénomène concurrençant les pouvoirs législatif et judiciaire des États : l'arbitrage commercial international et la *lex mercatoria*. En effet, l'un comme l'autre ont pu revendiquer une source transnationale, en ce sens qu'ils émaneraient d'une communauté internationale, mais non étatique<sup>663</sup>. Dès l'instant, toutefois, où le caractère

---

<sup>660</sup> V. *supra*, note 399.

<sup>661</sup> G. SCHELLE (*Précis de droit des gens*, Sirey, 1932, p. VII et surtout p. 32s.) proposa ainsi le terme de « droit intersocial unifié », qui partait du droit inter-social de DUGUIT.

<sup>662</sup> Ph. JESSUP, *Transnational law*, Yale University Press, 1956, p. 3. D'après Philip JESSUP auquel on doit le premier le terme de « droit transnational », les premiers emplois du terme désignaient ces groupes de société dont l'activité transcendait très largement les frontières. On trouve trace du terme « Trans-national » dès 1916, dans un article publié dans le journal *Atlantic Monthly* par un auteur américain, Randolph BOURNE, « Trans-National America », *Atlantic Monthly*, 118 (July 1916) 86-97. L'auteur y développe le constat d'une insuffisante intégration des immigrants et propose de suivre un multiculturalisme plutôt que de suivre l'idéal du melting-pot. Aujourd'hui, cette mouvance politique est appelée « transnationalisme », raison pour laquelle on ne parlera ici que de transnationalité, un terme qui évoque le néologisme proche d'internationalité. V. aussi Ph. KAHN, « L'internationalité du point de vue de l'ordre transnational », in *L'internationalité, bilan et perspectives*, *Rev. Lamy dr. aff.* 2002, Supp. n°46, p. 23.

<sup>663</sup> V. dernièrement F. GRISEL, *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique*, LGDJ 2012.

« international » de ce que l'on appelait droit de la compétence internationale n'était pas dans la source ou la fonction des règles, cette référence est inutile, voire source de confusion. On n'imagine d'ailleurs pas parler de source « interétatique » du droit de la compétence, tout au plus pourrait-on avancer des sources supranationales. En réalité, il faut revenir à l'idée que la spécificité de la compétence internationale se trouve dans le problème auquel elle répond. Les règles de droit international privé permettent de résoudre, en droit, la difficulté créée par la multiplicité des États. En passant de la caractérisation d'une source ou d'une forme spécifique des règles internationales à la spécificité des problèmes auxquelles ces dernières répondent, il faut alors changer d'acception du terme international. Puisque les États ne sont plus les sujets de ce problème et de ses solutions, mais simplement une donnée conditionnant le problème, le caractère international de la compétence n'évoque pas les États directement, mais seulement leurs frontières géographiques et juridiques. Elles prennent les États non comme sujets, mais comme objets. En d'autres termes, le droit international privé positif propose aujourd'hui une réglementation transnationale, non interétatique. Le caractère « international » du droit de la compétence éponyme est donc avant tout dans son problème.

**264. La recherche de la condition de mise en jeu.** Pour étudier le problème auquel répondent les règles de compétence internationale, il semble de bonne méthode d'étudier les conditions de mise en œuvre de ces règles. Si elles doivent répondre à une configuration particulière de la relation juridique entre les parties, une situation internationale, c'est dans leur caractérisation de ce problème que devrait se révéler la distinction entre la règle de compétence interne et la règle de compétence internationale. L'analyse pourrait être l'occasion de découvrir le sens véritable de la présentation classique, interétatique, de la théorie de la compétence, justifiée par un élément intrinsèque au problème de droit. Il faut en conséquence s'écarter du fonctionnement de la règle de compétence internationale pour s'intéresser à la *condition d'internationalité* par laquelle elle entre en jeu.

**265. Plan.** Prise en ce sens, l'internationalité est cependant une « *notion fuyante* »<sup>664</sup>. Il est difficile de la définir précisément et les rares travaux qui s'y sont attaqués de front se caractérisent par le flou des conceptions qu'ils retiennent<sup>665</sup>. C'est qu'elle ne correspond pas non plus, sous cet aspect, à une situation particulière. Il n'y a rien d'intrinsèque à une situation internationale qui la différencie d'une situation interne. Le rattachement de la règle de compétence, par ailleurs, tend précisément à la nier dès lors qu'il ne connaît que deux situations : celle où il se réalise dans le ressort d'un juge qui l'applique, et celle où il se réalise à l'étranger. Tout ce que l'on peut faire, dès lors, c'est évoquer le caractère fonctionnel des conditions

---

<sup>664</sup> B. AUDIT, « Observations sur la convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élections de for », in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 171, spéc. p. 176s.

<sup>665</sup> Il faut de surcroît distinguer les termes. Sur l'internationalité même, v. le colloque « L'internationalité, bilan et perspectives », in *Rev. Lamy, Droit des affaires*, supp. n° 46, févr. 2002. Sur l'extranéité : E. WYLER et A. PAPAUX (ed.), *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pedone 1999 ; J.-L. EL HOUEISS, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI* 2003, p. 39 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 1 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 326. Sur l'internationalité économique, v. Ph. LÉBOULANGER, « La notion d' 'intérêts' du commerce international », *Rev. arb.* 2005, p. 487.

d'internationalité, en droit commun et surtout dans les droits spéciaux (Section 1), tandis que, pour le reste, il n'y a plus de condition juridique. On doit alors se résoudre à observer le caractère exceptionnel de la prise en compte de l'internationalité (Section 2).

## **Section 1 : LE CARACTERE FONCTIONNEL DES CONDITIONS D'INTERNATIONALITE**

266. **Introduction.** Divers textes répondent à la question préliminaire de savoir ce qu'est, à leur endroit, l'internationalité. Ils restent assez peu nombreux dans le domaine qui nous occupe mais révèlent une grande diversité dans leurs conceptions de ce problème (§1). L'objet même de ces définitions est éminemment fonctionnel (§2).

### **Paragraphe 1) LA DIVERSITE DES INTERNATIONALITES**

267. **Convention transport : CMR.** C'est en matière de transports internationaux que l'on trouve les instruments les plus clairs. En cette matière, le transport est international lorsque la personne ou le bien transporté franchit une frontière<sup>666</sup>. Ainsi la Convention dite « CMR », sur le contrat de transport international de marchandises par route signée le 19 mai 1956 à Genève, énonce qu'un transport est régi par la convention « *lorsque le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés dans deux pays différents* ». De même, la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires du 9 mai 1980, amendée à Vilnius le 3 juin 1999, définit son champ d'application par la différence des États dans lesquels la marchandise est prise en charge puis livrée<sup>667</sup>. C'est le passage de la frontière de la marchandise, telle que prévue au contrat, qui permet l'application des Règles Uniformes.

268. **Convention transport : Règles de Rotterdam.** Plus récemment, la nouvelle Convention ONU « sur le contrat de transport international de marchandises

---

<sup>666</sup> R. RODIERE, *Droit des transports terrestres et aériens*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey 1977, n° 249.

<sup>667</sup> Article premier des Règles Uniformes. Les autres conditions tiennent au caractère du contrat, celui de contrat de transport ferroviaire de marchandises à titre onéreux, et à la qualité d'États membres des États considérés. Le reste des hypothèses correspond à des exceptions ou des précisions de cette règle. En particulier, le transport n'est pas international s'ils couvrent un voyage entre des États limitrophes dont l'infrastructure des gares concernées est gérée par le même opérateur ou des opérateurs du même État membre (§5). Par ailleurs, il est possible pour les États-membres de désigner une partie seulement de leur infrastructure ferroviaire dans laquelle s'appliquera la convention (§6). V. M. ALLEGRET, « les nouvelles règles uniformes CIM », *in Études offertes à Barthélémy Mercadal*, Francis Lefebvre 2002, p. 395 et G. MÜTZ, « La révision 1999 de la COTIF », *ibid*, p. 474.

effectué entièrement ou partiellement par mer », signée le 23 septembre 2009 et qui devrait prospérer sous le nom de « Règles de Rotterdam » si elle entre un jour en vigueur, établit en son article 5 que « ... *la présente Convention s'applique aux contrats de transport dans lesquels le lieu de réception et le lieu de livraison, ainsi que le port de chargement d'un transport maritime et le port de déchargement du même transport maritime, sont situés dans des États différents, si, selon le contrat de transport, l'un quelconque des lieux ci-après se trouve dans un État contractant: a) Le lieu de réception; b) Le port de chargement; c) Le lieu de livraison; ou d) Le port de déchargement.* » L'internationalité est ici doublée. Il faut que la marchandise franchisse au moins une frontière entre les ports de chargement et de déchargement, mais que de surcroît il y ait toujours une frontière entre les lieux de réception du chargement et celle de la livraison. Ayant franchi la frontière dans un sens, elle ne bénéficierait de la convention que si elle ne la franchissait ensuite pas dans l'autre sens<sup>668</sup>.

**269. Convention de la Haye du 30 juin 2005.** La Convention de la Haye du 30 juin 2005 sur les clauses d'élection de for a elle aussi opté pour l'internationalité juridique, bien que d'une autre manière encore<sup>669</sup>. En effet, aux termes de l'article 2 relatif au champ d'application de la Convention et en ce qui concerne les clauses attributives du moins<sup>670</sup>, elle est définie ainsi : « *Aux fins du chapitre II (compétence), une situation est internationale sauf si les parties résident dans le même État contractant et si les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu du tribunal élu, sont liés uniquement à cet État.* »

La lecture d'un tel article rappelle inévitablement la définition du contrat international telle qu'elle ressort de l'article 3 §3 de la Convention de Rome et du Règlement « Rome I » du Conseil du 17 juin 2008 selon lequel un contrat est international sauf s'il est interne, c'est-à-dire « *lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix dans un seul pays* »<sup>671</sup>. Hormis les différences

---

<sup>668</sup> De manière intéressante, la convention, pour laquelle l'Assemblée générale de l'ONU fait pourtant l'habituelle référence au commerce international et à la nécessité de le faire prospérer (*Documents officiels de l'assemblée générale, soixante-troisième session, A/RES/65/22*) ne choisit pas l'option de l'internationalité économique mais bien celle de l'internationalité juridique. Elle ne l'a d'ailleurs choisie pour aucun de ses projets de Convention ou de loi-type. Le projet qui s'intéresse le plus à la question, la Convention sur les cessions de créance, choisit cependant des rattachements très souples (la résidence du débiteur et des créanciers) dans un objectif de sécurité juridique (*Documents officiels de l'assemblée générale cinquante-sixième session, A/RES/56/81*). Comme les autres, elle a choisi de faire définir son champ d'application moins sur l'impact que produit le contrat sur l'économie que sur la réalité concrète et juridique du dépassement de frontière. Concrète à n'en pas douter, puisqu'il s'agit de biens matériels, le transport n'ayant trait qu'au transport physique ; juridique à double titre, puisqu'il s'agit d'une part de déterminer l'évolution dans la localisation de cette marchandise qui n'est rien d'autre que l'objet du contrat tandis que, d'autre part, on prête plus attention à la lettre du contrat qu'à la réalité du transport. Le flux des paiements, l'impact sur les économies locales ne sont pas envisagés.

<sup>669</sup> Le texte de la convention est publié à la RCDIP 2005, p. 844.

<sup>670</sup> Le champ d'application de la convention en matière de réception de jugements étrangers est énoncé en son article 8, il s'agit d'un jugement rendu dans un Etat tiers contractant.

<sup>671</sup> Article 3 §3 Convention de Rome du 19 mai 1980: « *Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées 'dispositions impératives'* ». Comp. Article 3 §3 Règlement du Conseil n° 593/2008 : « *Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord* ».

minimes de vocabulaire et de syntaxe, la parenté est évidente<sup>672</sup>. En première approximation, on serait tenté d'y lire que le contrat international y est considéré comme la relation de principe et le contrat interne, l'exception. Ce serait certainement aller au-delà de la pensée des rédacteurs. En pratique, on n'interrogera ce texte que lorsqu'il existera des doutes quant au caractère interne de la situation, c'est-à-dire lorsqu'une clause attribuera compétence à une juridiction étrangère là où les éléments internationaux ne ressortent pas naturellement du dossier<sup>673</sup>. Il s'agit alors d'exclure du champ de la convention les clauses d'internationalisation du contrat, c'est-à-dire celles qui, rédigées dans un contrat intéressant exclusivement un État, désignent un juge d'un autre État. Dans tous les cas, les éléments déterminant le caractère interne (et, par un jeu d'ombres chinoises, l'internationalité) concentrent l'attention sur la relation des divers éléments de la relation juridique (parties, lieu d'exécution du contrat, etc.) avec l'État. Cela ne nous éclaire toutefois pas beaucoup plus sur la notion d'internationalité<sup>674</sup>.

270. **Diversité des internationalités.** D'autres textes portent sur des définitions juridiques et conventionnelles de l'internationalité ou de l'extranéité, comme la Convention de Washington du 18 mars 1965 ou celle de New York du 10 juin 1958 par exemple<sup>675</sup>. Ils offrent encore des déclinaisons différentes de l'idée d'internationalité, car il faut observer qu'elles sont fonctionnelles, adaptées aux besoins spécifiques des textes qui les retiennent.

## Paragraphe 2) LES FONCTIONS DES INTERNATIONALITES

271. Nombre de textes et de régimes divers utilisent ainsi une internationalité plus spécifique, décrite dans les conditions d'application de ce système. Il s'agit alors de règles spéciales, au sens où définir l'internationalité permet de « spécialiser » la

---

<sup>672</sup> B. AUDIT, « Observations sur la convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for », in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 171, spéc. p. 176s. ; C. KESSEDJIAN, « La convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI* 2006, p. 813, spéc. p. 821 ; L. USUNIER, « La convention internationale de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, Beaucoup de bruit pour rien ? », *RCDIP* 2010, p. 37. V. le rapport explicatif de T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, et A. BUCHER, *Rev. suisse dr. internat. europ.* 2006, p. 29.

<sup>673</sup> B. AUDIT, précité : « La nécessité de définir l'internationalité d'une clause d'élection de for est liée à l'obligation de principe pour les juridictions des Etats contractants de décliner leur compétence lorsqu'une clause couverte par la convention désigne un for étranger ; et donc à ne pas faire peser sur eux cette obligation dans une situation qui leur est interne ». Il est par ailleurs permis de penser que cette convention, innovante sur plus d'un point, a subi là aussi l'influence des délégations peu habituées aux traditions de la Conférence de La Haye, v. la remarque de C. KESSEDJIAN, *op. cit., loc. cit.* sur la dérogation à l'habituel silence des conventions de La Haye sur l'internationalité.

<sup>674</sup> Nous ferons l'impasse sur une condition accessoire laquelle, si elle précise le champ d'application de l'internationalité que considère cette convention, n'éclaire pas beaucoup plus la notion que nous étudions : il s'agit de la réciprocité. La convention de La Haye ne s'intéresse en effet qu'aux clauses désignant le tribunal d'un Etat contractant. Sur ce sujet, v. B. AUDIT, « Le critère d'application des conventions judiciaires multilatérales », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, p. 19.

<sup>675</sup> Article 25 de la Convention : « La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant [...] et le ressortissant d'un autre Etat contractant ». V. S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Litec, 2004, p. 130. V. en outre les contributions de P. LAGARDE, Ph. KAHN et C. WITZ in *L'internationalité, bilan et perspectives*, *Rev. Lamy dr. aff.* 2002, Supp. n° 46, pp. 5, 23 et 59.

réglementation qu'elles édictent. En tant que condition d'application de règles spéciales, elles participent ainsi de la délimitation de ce système et de ses règles vis-à-vis des autres (I). Cependant, un tel choix de politique juridique ne se limite pas à un effet technique. Il permet en effet, au-delà de la délimitation des réglementations de compétence les unes par rapport aux autres, de séparer clairement leurs hypothèses d'intervention (II).

### I) La fonction technique : une condition d'application de règles spéciales

#### 272. L'internationalité condition d'application des conventions internationales.

L'internationalité est une condition dans la plupart des conventions internationales qui la définissent. Les conventions sur le transport international avaient par essence vocation à accueillir une définition concrète de l'internationalité. Le passage de la frontière n'est indubitablement que la meilleure traduction tangible de la métaphore de l'internationalité. En posant ainsi ce franchissement du bien ou de la personne comme l'hypothèse qu'elles souhaitent régler, ces conventions posent sans conteste une condition d'application que le justiciable devra vérifier pour pouvoir faire jouer leurs dispositions. Les règles de Rotterdam, par exemple, ne pourront s'appliquer si le demandeur ne démontre pas le franchissement sans retour d'une frontière maritime tel qu'indiqué plus haut<sup>676</sup>. Plus indirectement, les conventions et règlements de droit de la propriété intellectuelle fixent aussi l'internationalité comme une de leurs conditions d'application puisqu'ils ne s'appliquent qu'à l'invocation d'un contentieux portant sur une marque ou un dessin et modèle communautaire, c'est-à-dire des droits eux-mêmes de source internationale.

#### 273. Fonction technique de la condition d'application. Une condition d'application a un rôle prépondérant dans le raisonnement juridique. Comme l'a montré MOTULSKY, elle est au cœur de la réalisation du droit. Elle sert, directement ou au travers de ses éléments lorsqu'il s'agit d'une notion « complexe », à dégager les points de contact entre le droit et l'espèce<sup>677</sup>. Mieux encore, c'est en démontrant que ces éléments se retrouvent tous dans l'espèce que l'on pourra *appliquer* la règle, c'est-à-dire faire jouer son effet juridique. Ainsi, en démontrant que le contrat de transport d'une marchandise par la voie routière prévoit le franchissement d'une ou plusieurs frontières, on montrera que le transport est international et que le juge de l'État du lieu où la marchandise a été prise en charge d'une part et celui de l'État où elle doit être livrée d'autre part ont tous les deux compétence, outre celle, habituelle, du juge de l'établissement du défendeur, selon la Convention CMR<sup>678</sup>.

---

<sup>676</sup> V. *supra* n° 268.

<sup>677</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, 1948, rééd. Dalloz 2002, p. 58s. Les guillemets sont de l'auteur. Il assimile en effet pour les besoins de sa démonstration notion complexe et notion juridique. V. pour un approfondissement de la méthode, P. HURT, *Les hypothèses juridiques*, thèse Paris I, 2007.

<sup>678</sup> Article 31 de la Convention CMR. La règle du *forum rei* est ici cependant simplifiée, puisque ce n'est pas le domicile ou le siège social du défendeur qui établit le lien requis, mais la résidence pour les personnes physiques et, pour les personnes morales, tout établissement par l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu.

De même, il faut pour le demandeur établir notamment que sa nationalité est différente de celle de l'État qu'il assigne pour que son investissement, en tant qu'investissement étranger, puisse être l'objet d'une instance arbitrale au titre de la convention CIRDI<sup>679</sup>. Dans les deux hypothèses, d'ailleurs, ces juges n'auraient pas compétence si ces conditions n'étaient pas démontrées. Dans le cas où le juge français serait celui de l'État de prise en charge de la marchandise sans que le défendeur y ait son domicile, démontrer l'applicabilité de la CMR serait d'autant plus impératif que ce même juge n'a aucune règle de compétence interne sur laquelle se fonder pour accepter, territorialement, sa compétence<sup>680</sup>.

274. **Valeur technique de la condition d'internationalité.** Mais, dès lors que la question de la compétence est soulevée, la nécessité de la démonstration de l'internationalité dans ces matières n'est pas seulement une question d'opportunité. C'est une obligation. On peut même énoncer quelle est la sanction applicable, en droit processuel français, si le juge ne caractérise pas l'internationalité : le manque de base légale. Contrairement à la situation de droit commun, l'internationalité est ici une condition d'application de la règle de compétence ; le jugement ou d'un arrêt qui ne l'aurait pas vérifiée sera annulé<sup>681</sup>. Au-delà de cette qualité procédurale, cependant, cette valeur technique lui donne par là-même valeur substantielle.

## II) La fonction substantielle : la séparation des règles spéciales et du droit commun

275. Toute condition, comme chacun des éléments d'une règle, a une valeur substantielle. Elle permet en effet de distinguer entre deux régimes, à tout le moins entre deux solutions : donner prise, ou non, à une certaine sanction (ici, l'intervention possible d'un juge). S'agissant de l'internationalité des systèmes de compétence spéciaux, elle permet notamment de distinguer d'une part le droit commun des régimes spéciaux, et d'autre part les régimes spéciaux entre eux. C'est tout l'intérêt de la détermination précise de l'internationalité que de tracer cette ligne de démarcation entre l'interne et l'international, voire entre les régimes internationaux eux-mêmes. Analyser cette frontière, et l'étendue du champ d'application de chacun des régimes, c'est dès lors déterminer les motifs de la création de celui-ci<sup>682</sup>. En ce qui concerne les systèmes spéciaux de compétence,

---

<sup>679</sup> Article 25 de la Convention du 18 mars 1965 : « La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ».

<sup>680</sup> Il lui faut alors créer une compétence territoriale interne *ad hoc*, v. *infra* n° 550.

<sup>681</sup> Civ. 24 juil. 1946, *JCP* 1946, II, 3301, note Becqué : « Le défaut de base légale est constitué lorsque les constatations de fait sont insuffisantes pour justifier de l'application de la règle de droit ».

<sup>682</sup> B. AUDIT et G. BERMAN, « The Application of Private International Norms to 'Third Countries': the Jurisdiction and Judgments Example », in *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, A. Nuyts et N. Watté (Eds.), Bruylant 2005, p. 55, spéc. p. 80 : « Ces exemples montrent que les solutions aux règles d'application territoriales ne sont pas simplement des problèmes techniques. Au contraire, quand l'analyse est suffisamment poussée, il devient apparent que de fortes prémisses de politique juridique, bien que tues, tendent à sous-tendre les règles de champ d'application » (trad. libre). En ce sens, v. aussi M.-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière de la convention d'*electio fori* », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, *Economica* 2008, p. 21, spéc. p. 47.

deux justifications semblent fonder cette séparation. Il s'agit de promouvoir certaines solutions libérales dans le contexte international (A), et parfois aussi de défendre les solutions internes face à cette influence internationale<sup>683</sup> (B).

### **A) La libéralisation du commerce international**

276. **Intérêts contradictoires des États.** C'est souvent un intérêt positif, de combat, qui va justifier la mise en place de régimes spécifiques mieux adaptés au commerce international. Les États n'ont pas toujours intérêt à traiter de manière identique les relations juridiques internes et celles qui dépassent leur seul cadre national. Les enjeux sont différents, leurs réglementations internes moins légitimes et moins efficaces. C'était, par exemple, tout l'objet du choix d'épargner aux contrats internationaux la prohibition française du paiement en monnaie étrangère dans l'arrêt *Consorts Pélissier du Bellef*<sup>684</sup>. Choix économique, justifié par un besoin substantiel, celui de devises étrangères à une époque où la Première Guerre Mondiale avait exigé certaines modifications dans la maîtrise de la circulation du franc<sup>685</sup>.

C'est encore, semble-t-il, l'idée des nombreuses conventions internationales qui interviennent dans des matières particulières. Ainsi, les conventions sur le transport international, dont on a vu qu'elles réglementaient l'une des matières internationales par excellence, ont souhaité donner des solutions prévisibles et uniformes. Or, si ces conventions énoncent des règles de compétence internationale uniformes, c'est parce qu'elles ont choisi d'élaborer un régime juridique d'ensemble propre au transport international. C'est pour la même raison que les règlements européens pris en matière de propriété intellectuelle établissent des règles de compétence voire des juridictions spécialisées. Il s'agit d'élaborer un régime complet, du régime de fond à la compétence en passant par l'action en justice pour protéger les droits substantiels ainsi créés<sup>686</sup>.

---

<sup>683</sup> Dans le même sens, P. LAGARDE, « L'internationalité du point de vue de l'ordre international », *Rev. Lamy Droit des Aff.* 2002, Supp. n° 46, p. 17.

<sup>684</sup> Civ. 17 mai 1927, *Pélissier du Bellef*, D. 1928, p. 25, concl. P. Matter, note H. Capitant. Cet arrêt fut l'occasion de l'énonciation de la fameuse « doctrine Matter », du nom du Procureur général dont les conclusions énoncèrent la condition permettant d'évincer l'interdiction française du paiement en monnaie étrangère : « un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières ». Il devait amener plus tard, à la suite de plusieurs arrêts, l'internationalité économique des intérêts du commerce international, v. Ph. LÉBOULANGER, « La notion d' 'intérêts' du commerce international », *Rev. arb.* 2005, p. 487.

<sup>685</sup> Sur la question de la réglementation des clauses de paiement, v. aussi Y. LEQUETTE, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2007, n° 231. Une loi du 3 avril 1918 avait d'ailleurs expressément dérogé à l'interdiction d'achat de devises étrangères (qui souhaitait éviter que « l'argent sorte de France », selon les termes de MATTER, D. 1928, p. 30) lorsque « ledit achat a pour but le règlement de denrées ou de marchandises destinées à être importées dans un délai de six mois », H. Capitant, D. 1928, p. 27.

<sup>686</sup> Considérant 15 du Règlement n° 207/2009 (et 14 du Règlement 40/94) : « Pour renforcer la protection des marques communautaires, il convient que les États membres désignent, eu égard à leur système national, un nombre aussi limité que possible de tribunaux nationaux de première et de deuxième instance compétents en matière de contrefaçon et de validité de la marque communautaire », nous soulignons ; 5<sup>ème</sup> considérant de l'Accord sur la Juridiction unifiée du brevet : « Désireux d'améliorer le respect des brevets, de renforcer les moyens permettant de se défendre contre des actions non fondées et des brevets qui devraient être annulés et d'accroître la



277. **Exemple topique de l'arbitrage.** L'exemple topique en la matière est celui de l'arbitrage international<sup>687</sup>. C'est encore pour la raison de l'inadaptation pratique du droit de l'arbitrage interne que la doctrine<sup>688</sup>, puis la jurisprudence, enfin le droit positif ont soutenu le dualisme des réglementations internationales et internes du droit de l'arbitrage. Peu d'autres branches du droit ont d'ailleurs autant fait l'objet d'une promotion consciente par ses acteurs<sup>689</sup>. L'un des pères du droit contemporain français de l'arbitrage, Jean ROBERT, en faisait état lors d'un colloque du Comité Français de l'Arbitrage à l'occasion de la réforme du Décret du 14 mai 1980 : « *Nous sommes aujourd'hui en un temps où les nations vendent leur arbitrage, comme leurs brevets ou leurs voitures, et en encouragent la vente. Or il faut regretter de dire que si l'on peut vendre l'usage de la bonne foi, on ne le fait pas d'une jurisprudence, dont la pudeur s'en offenserait* »<sup>690</sup>. Il n'était alors que le héraut d'une doctrine très importante<sup>691</sup>. Ainsi le marché des droits de l'arbitrage devenait concurrentiel au point que les États voyaient comme une nécessité le fait de promouvoir leurs règles propres sous une forme toujours plus libérale. À chaque fois, il s'agit donc d'établir un régime plus sûr mais aussi plus libéral.

### **B) La protection des conceptions internes**

278. **Concurrence des normes internationales et internes.** On s'est jusqu'à présent beaucoup appuyé sur le droit commun de source interne. La démonstration du dédoublement fonctionnel des règles internes permet en effet de démontrer l'absence de spécificité de la compétence internationale. Reste que des règles

---

*sécurité juridique par la création d'une juridiction unifiée du brevet pour le contentieux lié à la contrefaçon et à la validité des brevets* ».

<sup>687</sup> On pourrait en choisir d'autres, en particulier celui de la clause attributive de juridictions, dont le régime interne est plus strict que le régime international, C. TIRVAUDEY-BOURDIN, « Prorogation de compétence », *J.-Cl. Proc. Civ.* Fasc. 212.

<sup>688</sup> V. J. ROBERT, « Bilan d'une réforme », *Rev. arb.* 1980, p.704, spéc. p. 706. B. GOLDMAN, « Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1980, p. 323 ; P. LALIVE, « Problèmes spécifiques de l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1980, p. 341 ; Ph. FOUCHARD, « Introduction : spécificité de l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1981, p.449, spéc. p.453s. (« vente » de l'arbitrage français) et 455s. (nécessité de le distinguer des règles internes contraignantes) et 456s. (lacunes d'un texte voulu pour le droit interne) et 467. Plus récemment, P. MAYER, « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? », *Rev. arb.* 2005, p. 361, spéc. p. 370s. et surtout la réforme du Décret du 13 janvier 2011, qui maintient le dualisme.

<sup>689</sup> V. l'intéressante monographie de sociologie juridique de Y. DEZALAY et B. GARTH, *Dealing in virtue : International Commercial Arbitration and the Emergence of a New International Legal Order*, University of Chicago Press, 1996.

<sup>690</sup> J. ROBERT, « Bilan d'une réforme », *Rev. arb.* 1980, p.704, spéc. p. 706.

<sup>691</sup> B. GOLDMAN, « Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1980, p. 323 ; P. LALIVE, « Problèmes spécifiques de l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1980, p. 341 ; Ph. FOUCHARD, « Introduction : spécificité de l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1981, p.449, spéc. p.453s. (« vente » de l'arbitrage français) et 455s. (nécessité de le distinguer des règles internes contraignantes) et 456s. (lacunes d'un texte voulu pour le droit interne) et 467. P. MAYER, « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? », *Rev. arb.* 2005, p. 361, spéc. p. 370s. PH. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, n° 1. V. aussi J.-F. POUURET et S. BESSON, n° 22 ; Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, n° 31s. ; J.-L. DELVOLLE, « L'influence des conventions internationales sur le droit français de l'arbitrage », in *Études offertes à Alain Plantey*, Pedone 1995, p. 95 ; J. PELLERIN, « Monisme ou dualisme de l'arbitrage, le point de vue français », *Cab. arb.* 2006, p. 2 ; F. PERRET, « Arbitrage interne/arbitrage international ou arbitrage tout court : dualisme ou monisme. La situation en Suisse » *Cab. arb.* 2006, n° 2.

différentes des règles de compétence territoriale sont aussi en concurrence avec ces dernières. Le fait qu'elles ne proposent pas de compétence différente des rattachements internes n'implique pas qu'elles ne le puissent jamais. On pense en particulier aux risques de conflit de qualifications entre le système de droit commun et les systèmes internationaux de compétence, des conflits déjà avérés dans le droit de l'Union européenne.

279. **Le conflit potentiel issu de la proposition de réforme de Bruxelles I.** Un exemple aurait ainsi pu surgir de la réforme du Règlement Bruxelles I. Les liens de rattachement choisis pour ce texte international, en effet, ne faisaient que doubler la plupart des liens internes et la cohérence entre les deux était presque totale. Mais de surcroît, lorsqu'elle ne l'était pas, le filtre de l'article 2 permettait encore de renvoyer au droit local la détermination de la compétence dans les situations internes. La divergence de qualifications des actions directes en responsabilité dans les chaînes de contrats translatifs de propriété passait donc surtout pour un objet de débats doctrinaux et jurisprudentiels entre la Cour de cassation et la Cour de Justice de l'Union<sup>692</sup>. Pour l'une, contractuelle, pour l'autre, délictuelle, l'action relève en droit commun de la compétence du juge du lieu de livraison effective de la chose au titre de l'article 46 (premier tiret) du Code de procédure civile et du juge du lieu du dommage au titre de l'article 5-3 du règlement en droit de l'Union. Or, la réforme du règlement n°44/2001 aurait pu aboutir à l'élimination, pour les règles de compétence spéciale, de la domiciliation du défendeur dans l'Union européenne<sup>693</sup>. Ce filtre mis à l'écart, on peut se demander si un conseil un peu aventureux n'aurait pas pu tenter, dans un contentieux interne, d'agir devant le juge du lieu du dommage sur le fondement de l'article 5-3 et d'éviter la compétence du juge du contrat de l'article 46 du C.P.C. Si aucune condition d'internationalité ne limite l'application du Règlement Bruxelles I aux situations internes, rien n'interdirait en effet d'y avoir recours<sup>694</sup>. La situation aurait été délicate. Droit commun interne et droit spécial de l'Union se seraient opposés, à la marge, dès lors que s'affronteraient conceptions françaises et conceptions de l'Union. La proposition de Règlement n'a pas modifié l'article 3 (devenant l'article 4) : ce n'est que lorsque le défendeur est domicilié dans un autre État membre que celui où il est assigné que les règles spéciales prévalent sur le droit commun interne<sup>695</sup>. En d'autres termes, ce n'est qu'à cette condition minimale d'internationalité que le Règlement prévaut sur le droit interne. Le conflit est évité. Mais si la proposition avait été entérinée, il n'y aurait eu que trois issues possibles.

---

<sup>692</sup> H. GAUDEMET-TALLON, n° 182s.

<sup>693</sup> En réalité, même l'aventureuse proposition de refonte de la Commission du 14 décembre 2010 (COM(2010) 748 final) n'y aurait pas abouti. En effet, elle ne proposait pas l'abandon de la distinction entre la compétence générale des juridictions de l'État du domicile du défendeur et la compétence alternative de fors spéciaux *dans un autre État-membre*. L'abrogation de la prise en compte de la domiciliation dans l'Union européenne ne se faisait qu'au bénéfice (ou au détriment) des défendeurs domiciliés à l'extérieur de l'Union. Le défendeur domicilié en France, dès lors, ne pouvait craindre une telle application téméraire de l'article 5 du règlement pour évincer le droit interne.

<sup>694</sup> Mais elle serait alors peu utile, v. *infra*, n° 287.

<sup>695</sup> « *Les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre ne peuvent être attirées devant les tribunaux d'un autre État membre qu'en vertu des règles énoncées aux sections 2 à 7 du présent chapitre* ».

280. **Une seule solution pertinente.** Les deux premières font fi du préambule du Règlement, la dernière fait fi de son texte. On peut ainsi imaginer d'articuler droit interne et Règlement comme si ce dernier se voulait droit commun de la compétence. Il suffirait alors d'écarter systématiquement, au nom de la primauté des textes européens, le Code de procédure civile. Solution extrême, qui serait par ailleurs fautive dans son interprétation de la primauté. On pourrait aussi, plus justement, considérer qu'il y a une troisième option de compétence en la matière : domicile du défendeur (article 2 Règlement et 42 C.P.C.), lieu de livraison de la chose (article 46 C.P.C.) ou lieu du dommage (article 5-3 Règlement). L'alternative serait malheureuse, mais effective jusqu'à une interprétation uniforme des deux textes ou une réforme de l'un d'eux... La troisième possibilité forcerait le texte même du Règlement, qui ne dit rien, mais serait plus fidèle à son esprit : il s'agirait de déterminer une nouvelle condition d'internationalité.
281. **Solution : la « redécouverte » de l'internationalité.** En considérant que l'attribution de compétence opérée par le législateur européen n'est que celle d'une compétence internationale, la compétence territoriale, alors distincte, serait considérée comme une compétence *ad hoc*. Les notions de domicile des sociétés, au sens de l'article 2 du Règlement d'une part et de l'article 43 du C.P.C. d'autre part, recouvrerait deux situations distinctes et ne rentreraient plus en conflit. Distinguer l'international de l'interne permettrait de protéger, au moins pour un temps<sup>696</sup>, la spécificité des solutions françaises. On a choisi cet exemple, on aurait pu en prendre d'autres. La Cour de cassation a pu employer cette affirmation pour écarter l'argument d'une partie qui cherchait à faire appliquer dans une situation purement domestique l'article 6 du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité. Appliquer l'article 6 permettait en effet d'opérer une compensation interdite en droit interne par l'article L. 622-7 du Code de commerce. La Cour de cassation rejeta le tour d'escamotage juridique : un tel argument aboutissait à conférer à ce règlement valeur de droit matériel uniforme, ce qui n'était pas son objet<sup>697</sup>. Toutefois, il fallait pour cela évoquer l'inapplicabilité du règlement aux situations purement internes, une affirmation bien plus vite posée que mise en œuvre : la prise en compte de l'internationalité reste difficile lorsque l'on ne dispose pas de définition précise.

---

<sup>696</sup> La distinction des solutions internes et des solutions internationales n'est en effet pas tenable sur le long terme. C'est la loi du maximum de différence dont parlait déjà NIBOYET au sujet du droit conventionnel : « *En définitive, la distance qui sépare les deux ordres, interne et international, doit être limitée, car il semble que par le jeu inflexible d'un ressort, au-delà d'une certaine tension, l'un entraîne nécessairement l'autre à lui.* » NIBOYET, *Traité*, I, n° 21.

<sup>697</sup> Com. 21 févr. 2012 (*Rev. proc. coll.* 2012, comm. 187 par M. Menjucq ; *Gaz. Pal.* 2 mai 2012, p. 28, note Ph. Roussel-Galle) : « *Attendu, enfin, que le règlement (CE) n° 1346/2000 [...] n'étant pas applicable à une situation juridique purement interne à un État membre et son article 6, relatif à la compensation, n'ayant ni pour objet, ni pour effet d'unifier les règles matérielles de droit interne en cette matière, il n'y a pas lieu d'interpréter l'article L. 622-7, alinéa 1er, du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, à la lumière de ce texte ni de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à cette fin.* »

## **Section 2 : LE CARACTERE EXCEPTIONNEL DE LA PRISE EN COMPTE DE L'INTERNATIONALITE**

282. **L'internationalité marginale.** L'affirmation selon laquelle la compétence internationale aurait une nature propre devrait trouver l'essentiel de sa justification dans le droit commun. Par définition, c'est en effet le droit le plus neutre, celui qui s'applique sans autre condition apte à en altérer la nature. Or, c'est paradoxalement dans ce droit que l'on distingue le plus difficilement droit interne et droit international privé de la compétence. L'affirmation, souvent partagée en doctrine, selon laquelle la compétence internationale est *par nature* spécifique tient donc d'un renversement de logique. Il n'y a aucune distinction de principe de la compétence internationale et de la compétence interne. C'est même l'inverse et la meilleure preuve en est que le caractère international d'une situation est, en principe, indifférent (§1). Ce n'est que par exception que le droit de la compétence s'adapte à l'internationalité, et encore cette adaptation procède souvent moins d'une nature des choses que d'une volonté d'obtenir certains résultats (§2).

### **Paragraphe 1) LE PRINCIPE D'INDIFFERENCE A L'INTERNATIONALITE**

283. Le droit commun de la compétence « internationale », s'il évoque le terme, ne lui accorde en réalité aucune place spécifique. Le principe est donc celui de l'indifférence (I). Si cette solution choque l'observateur habitué d'une matière de spécialité, elle se déduit en réalité d'un problème technique propre à l'internationalité : son indéterminabilité (II).

#### **I) L'indifférence en droit positif**

284. **Absence de critère d'internationalité en droit commun.** En matière de droit commun de source interne, la jurisprudence n'a jamais fait de la caractérisation de l'internationalité un point d'achoppement. Le constat est tel que l'on ne trouve aucun arrêt qui ait sanctionné les juges du fond de n'avoir pas soulevé, ou d'avoir soulevé à tort, la problématique de la compétence internationale. Ni la législation, ni la jurisprudence n'ont posé d'obligation de mise en jeu des règles de compétence internationale. Les juges ni les parties ne peuvent donc être sanctionnés pour avoir invoqué à tort, sinon peut-être à titre de manœuvre dilatoire, l'internationalité d'une situation. Si le juge caractérise sa compétence territoriale, il l'aura fait implicitement pour sa compétence internationale. Il n'a dès lors jamais besoin de vérifier le caractère international et sa décision ne court aucun risque d'être sanctionnée pour

défaut de base légale<sup>698</sup>. En tant que telle, l'internationalité n'a donc pas d'effet précis sur la compétence de droit commun. Le seul élément pertinent, en réalité, est l'extranéité des éléments pris comme rattachement des règles de compétence applicables.

**285. L'extranéité remplace l'internationalité.** Au titre de l'article 92 du Code de procédure civile, les tribunaux et cours ont la faculté de relever d'office leur incompétence dès lors que « *l'affaire [...] échappe à la connaissance de la juridiction française* »<sup>699</sup>. Ce n'est donc pas, là encore, *l'internationalité* qui est au cœur du débat, mais *l'incompétence internationale* des juridictions françaises. La compétence internationale des juridictions se fonde en droit commun sur un rattachement en France, c'est-à-dire la localisation d'un élément particulier, visé par la règle de compétence : domicile, lieu d'exécution d'une obligation, d'un dommage, etc. Il n'y a donc pas à tergiverser sur l'internationalité de la situation. La solution est binaire : soit les règles de compétence de droit commun donnent compétence à un juge français, soit elles ne la donnent pas. Dans le premier cas, le fait que la situation soit interne ou internationale ne change rien à la solution de compétence. Dans le second, la situation est évidemment internationale, mais le problème de la compétence est déjà résolu. En droit commun du moins, le clivage ne se fait pas entre interne et international, condition de mise en jeu des règles de compétence, mais entre interne et étranger, effet des règles de compétence. On ne saurait mieux affirmer l'absence de nature propre du droit de la compétence internationale ; ce sont simplement les solutions apportées par les mêmes règles qui diffèrent.

**286. Identité de statut procédural de l'internationalité dans le Règlement Bruxelles I.** La question est plus délicate en droit de l'Union européenne car l'aspect de l'internationalité y est brouillé par le caractère régional de sa réglementation. Il est pourtant intéressant de constater, pour ce qui nous occupe, que la Cour de cassation a eu l'occasion de casser une décision qui avait fait de l'internationalité une condition d'application du règlement dans un arrêt *ING Bank* en 2001<sup>700</sup>.

Dans cette affaire, les faits présentés à la Cour étaient simples : la succursale parisienne d'une banque néerlandaise avait consenti un prêt à la filiale française d'une autre société néerlandaise. Pour s'assurer du remboursement, la banque avait obtenu de la société mère néerlandaise qu'elle s'engage dans une lettre de confort.

---

<sup>698</sup> En admettant qu'une partie s'en plaigne, et que le juge n'y réponde pas, il est probable que le défaut de réponse à ses conclusions ne pourrait pas même être sanctionné. Cette obligation ne porte en effet que sur les moyens des parties, que l'on peut définir comme les arguments de faits et de droit aptes à fonder ses prétentions (R. MARTIN, « Sur la notion de moyen », *JCP* 1976, I, 2768). Or, l'internationalité n'est justement pas un élément qui puisse servir à modifier, en droit commun, une conclusion sur la compétence en ce domaine.

<sup>699</sup> Article 92 du Code de procédure civile : « *L'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparait pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas. Devant la cour d'appel et devant la Cour de cassation, cette incompétence ne peut être relevée d'office que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française* ».

<sup>700</sup> Paris 29 oct. 1998, *D.* 1999, somm. p. 293, obs. B. Audit ; Com. 30 janv. 2001, *RCDIP* 2001, p.539, note S. Poillot-Peruzzetto. *Adde.* P. MANKOWSKI, in U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, art. 5, n° 9.

La filiale française ayant par la suite été défailante, la banque néerlandaise voulut assigner en France, État d'établissement de sa succursale et de la débitrice, la société mère néerlandaise qu'elle considérait débitrice d'une garantie. Se fondant sur l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence en matière contractuelle, la banque excipait du fait que l'obligation devait s'exécuter auprès de sa succursale française. La cour d'appel suivit cependant l'argument d'incompétence déposé par le défendeur, lequel soulignait que le litige était interne à l'ordre juridique néerlandais et « *ne se situant pas dans l'ordre international* » n'était en conséquence pas « *de nature à entraîner l'application de la Convention de Bruxelles* ». A bien y regarder, le simple fait que le demandeur ait pu soulever des arguments de droit pour donner compétence à un juge français aurait dû faire réfléchir la cour d'appel sur « la situation dans l'ordre international » du litige. En bref, il existait des éléments d'extranéité, c'est-à-dire une certaine internationalité. Cependant, en exigeant sa caractérisation, la cour d'appel décidait d'ajouter à la condition classique de l'article 2, la présence du défendeur dans un État membre, une condition supplémentaire d'internationalité. La Cour de cassation prononça la cassation de l'arrêt pour violation de l'article 5-1 de la convention, refusant catégoriquement de confirmer l'existence d'une condition d'internationalité prétorienne. Là encore, seule une véritable extranéité totale de la situation, c'est-à-dire une absence totale de compétence, aurait pu fonctionner.

#### 287. Inutilité technique de l'internationalité pour le Règlement Bruxelles I.

Certes, l'affirmation paraît aller à l'encontre de la compréhension que les négociateurs eux-mêmes se faisaient de la convention, conception reprise d'ailleurs dans son préambule<sup>701</sup>. L'expression a été passablement remaniée dans le règlement n°44/2001, peut-être du fait que le premier impératif était de justifier la compétence de l'organe qui l'édicte. On ne trouve plus que des allusions à l'idée d'internationalité dans le terme « *conflit de juridictions* » qu'emploie le second considérant et peut-être dans l'idée du bon fonctionnement du marché intérieur dont le texte fait l'objectif du règlement<sup>702</sup>. La refonte du règlement n°1215/2012 y fait une référence un peu plus explicite en évoquant « *des mesures de coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière* »<sup>703</sup>. Toutefois, c'est

---

<sup>701</sup> Le Préambule de la Convention portait cinq courts paragraphes. Le troisième était libellé ainsi : « [les Hautes Parties Contractantes...] *Considérant qu'il importe à cette fin de déterminer la compétence de leurs juridictions dans l'ordre international...* ». Le Règlement, insistant plutôt sur les fondements juridiques de la compétence de la Communauté Européenne en la matière, a occulté cette expression. Elle était pourtant importante d'après le rapporteur à la Convention, v. P. JENARD, « Rapport sur la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », JOCE 1969, n° C59, p. 8.

<sup>702</sup> Consid. 1 et 2 du règlement n° 44/2001 : « (1) *La Communauté s'est donné pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel la libre circulation des personnes est assurée. Pour mettre en place progressivement un tel espace, il convient que la Communauté adopte, entre autres, les mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile qui sont nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur.*

(2) *Certaines différences entre les règles nationales en matière de compétence judiciaire et de reconnaissance des décisions rendent plus difficile le bon fonctionnement du marché intérieur. Des dispositions permettant d'unifier les règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciale ainsi que de simplifier les formalités en vue de la reconnaissance et de l'exécution rapides et simples des décisions émanant des États membres liés par le présent règlement sont indispensables* ».

<sup>703</sup> Consid. 3 du règlement n° 1215/2012 : « L'Union s'est donné pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice, entre autres en facilitant l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière civile. En vue de l'établissement

encore ici le cadre législatif du règlement qui est évoqué, non l'une de ses conditions d'applicabilité. Plus qu'un oubli, il faut le lire comme l'expulsion d'une scorie qui n'avait, elle aussi, qu'une valeur pédagogique. Et pour cause, elle était là encore inutile.

Il suffit pour s'en assurer de reprendre ce que l'on considère classiquement comme les « clés d'entrée » de la Convention et aujourd'hui du Règlement. Il s'agit des articles 2, 22 et 23 de ce dernier, c'est-à-dire des chefs de compétence des juridictions de l'État où se situent le domicile du défendeur, certains rattachements particuliers dont le lieu de situation de l'immeuble, ou enfin tout simplement celles qui ont été choisies par les parties. Or, si l'on écarte ici les deux premières qui sont exclusives de tout autre chef de compétence en principe, le choix de faire du domicile du défendeur une compétence générale, et des autres règles des compétences alternatives, décide déjà en soi de l'internationalité<sup>704</sup>. En effet, si le litige est tout entier localisé dans un État, invoquer l'article 2 du Règlement est à la fois inutile et inoffensif. D'une part, il est en pratique inutile car les règles de compétence nationale de cet État suffisent à déterminer le juge compétent. D'autre part, il est encore inoffensif parce que cet article ne change rien : par hypothèse l'article 2 renverra à ces mêmes règles internes<sup>705</sup>. Par ailleurs, les compétences alternatives ne sauraient non plus venir bouleverser une situation purement interne puisqu'elles ne fonctionnent, en principe, que lorsque leur rattachement se réalise en dehors de l'État-membre du domicile du défendeur. Comme le rappelle le paragraphe introductif de l'article 5, principal article portant règles de compétence alternative, « *Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attiré, dans un autre État contractant* ».

288. **Evocation politique de l'internationalité face aux normes internes.** Il est vrai que la Cour de justice omet souvent la restriction portée par ce paragraphe introductif qui conditionne le jeu de l'article 5 à la saisine d'une juridiction

---

*progressif de cet espace, l'Union doit adopter des mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur* ».

<sup>704</sup> G. DROZ, La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Dalloz 1972, p. 57 ; P. MANKOWSKI, in U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, p. 113.

<sup>705</sup> Certains auteurs, pourtant, ont cru percevoir dans l'article 2 de l'ancienne Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 une définition de l'internationalité « régionalisée ». Ainsi M. STOFFEL (W. STOFFEL, « Le rapport juridique international », in *Liber Amicorum Prof. Alfred von Overbeck*, Ed. Universitaire Fribourg, 1990, p. 421) propose-t-il, en matière de conflit de lois comme pour la compétence internationale, d'assimiler l'internationalité à l'élément de rattachement inclus dans la règle de conflit de lois ou de compétence internationale (v., sur les seuls conflits de lois, J.-L. EL HOUEISS, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI* 2003, p. 39). Partant, le critère du domicile du défendeur prévu comme règle de compétence à l'article 2 du Règlement précité serait l'élément déterminant l'internationalité particulière à cet instrument. On perçoit immédiatement les limites du raisonnement. À reprendre cette analyse, l'applicabilité de la Convention, aujourd'hui du Règlement, se confond en effet avec l'incompétence de la juridiction saisie, selon l'article 2 au moins. Soit, en effet, le domicile du défendeur est situé ailleurs que dans l'État de la juridiction interrogée ; la situation serait alors « internationale » parce qu'étrangère, mais aucune juridiction de cet État ne pourrait faire jouer l'article 2 pour fonder sa compétence. Soit, au contraire, le domicile est localisé dans le for ; l'article 2 pourrait alors servir de règle de compétence mais, puisque l'élément pertinent n'est pas à l'étranger, la situation resterait interne. On se demande alors pourquoi il y aurait lieu d'appliquer le Règlement...

extérieure à l'État du domicile du défendeur<sup>706</sup>. Cependant, il n'y a en réalité aucun risque de confusion parce que le règlement est fait de telle sorte que toute situation purement interne sera nécessairement traitée par les règles de compétence du seul État impliqué. La question de l'internationalité revient il est vrai régulièrement dans le cadre de questions préjudicielles à la Cour de justice. Ainsi, en 1993, l'avocat général DARMON avait évoqué cette caractéristique pour exclure l'application de la Convention à l'hypothèse d'un litige opposant deux consommateurs allemands à une société allemande. La Cour de justice n'avait cependant pas repris l'argument<sup>707</sup>. Elle a cependant fait mention en 2005, dans un *obiter dictum* de l'arrêt *Owusu*, qu'elle considérait toujours que la condition d'existence d'un élément d'extranéité allait en quelque sorte de soi, même si elle la définissait alors de manière tautologique<sup>708</sup>. C'est en 2011 qu'elle l'affirma avec le plus de fermeté, dans l'affaire *Hypoteczni banka*<sup>709</sup>, en répondant à une juridiction tchèque que :

*« le règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens que l'application des règles de compétence établies par celui-ci suppose que la situation en cause dans le litige dont est saisie une juridiction d'un État membre est de nature à soulever des questions relatives à la détermination de la compétence internationale de cette juridiction »*<sup>710</sup>.

On pourrait y voir un désaveu de la jurisprudence française issue de l'arrêt *ING Bank*. Ce serait aller trop loin. Contrairement à ce qu'évoque Mme l'avocat général TRSTENJAK dans ses conclusions reprises par la Cour<sup>711</sup>, il ne saurait y avoir de différence entre conditions d'application du texte et conditions d'application des règles dans la mise en œuvre de ces dernières. C'est à l'occasion de l'application des secondes que l'on se pose la question de l'applicabilité du premier, et leur appréciation est concomitante. Or, comme on l'a vu tant pour le règlement n°44/2001 que pour le droit commun, les règles n'ont pas besoin de cette condition pour s'appliquer dans des hypothèses internationales spécifiques. Réciproquement la condition d'internationalité n'est pas utile à la protection du droit interne puisque ces règles ne modifient pas l'applicabilité de ce dernier lorsque tous les éléments de l'espèce renvoient à cet État. Par ailleurs, la question

---

<sup>706</sup> Les arrêts se prononçant en effet sur la plurilocalisation, tant des lieux du dommage pour les actions délictuelles que des lieux d'exécution pour les actions en matière contractuelle, ne mentionnent jamais cette restriction alors même ceux-ci pourraient être localisés dans l'État du domicile du défendeur (la liste de ces arrêts est très longue ; on renverra pour l'essentiel à H. GAUDEMET-TALLON, n° 199 et 214s.). En toute rigueur, il ne devrait pas être possible de le faire dans ce cas.

<sup>707</sup> Concl. Av. Gal DARMON, Aff. C-318/93, *Brenner et Noller*, Rec. 1994, I-04275, pt. 24 (Aff. jugée le 15 sept. 1994).

<sup>708</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, Aff. C-281/02, Rec. 2005, I-01383 pt. 25 : il faut que la « situation [soit] de nature à soulever, dans l'État contractant, [...] des questions relatives à la détermination de la compétence des juridictions dans l'ordre international ».

<sup>709</sup> CJUE, 17 nov. 2011, RCDIP 2012, p. 411, note M. Requejo et G. Cuniberti ; *D.* 2011, p. 2876 et 2012 p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seséke ; *Rev. Europe* 2012, comm. 53 par L. Idot.

<sup>710</sup> L'affaire, qui impliquait la mise en cause d'un défendeur d'adresse inconnue, était quand même *ab initio* internationale, puisque le défendeur était de nationalité allemande. Elle est à rapprocher sur ce point de l'affaire *Cornelius de Visser* (CJUE 15 mai 2012, Aff. C-292/10, *Europe* 2012, comm. 4 par L. Idot ; *JDE* 2012, n° 190, note G. Cuniberti ; *Rev. Lamy droit des aff.* 2012 n° 74 p.63, note J. Quéguiner) dans lequel la Cour ne disposait que d'une forte « probabilité » que le défendeur, de domicile et de nationalité inconnue, soit toutefois domicilié dans l'Union.

<sup>711</sup> *Ibid.*, pt. 31.



de la juridiction tchèque n'était utile que parce qu'elle se focalisait sur l'article 24 du règlement, c'est-à-dire sur la comparution « volontaire » provoquée par la nomination d'un « tuteur » pour représenter le consommateur introuvable. Pour l'article 24 comme pour l'article 23, la condition d'internationalité est nécessaire, parce que ces deux règles portent non des règles de compétence, mais des règles de procédure, sans aucun rattachement spécifique, qui pourraient autrement écarter le droit interne<sup>712</sup>. En revanche, l'article 16 étant dans cette espèce applicable comme compétence objective<sup>713</sup>, c'étaient les juridictions de l'État du domicile du défendeur qui étaient compétentes, ce qui, en l'absence d'autre domicile connu, désignait nécessairement les juridictions tchèques. Le passage par le Règlement Bruxelles I n'avait donc, là encore, aucun impact. La réponse de la Cour de justice a simplement permis de rappeler la différence de domaine de Bruxelles I et du droit interne, une différence d'univers qui se résorbe en réalité dans les conditions déjà énoncées par les règles de compétence de Bruxelles I. Il ne faut pas ajouter de conditions au texte sous prétexte d'une nécessité théorique inexistante<sup>714</sup>.

**289. L'internationalité intuitive, indice du problème de droit international privé.**

La problématique de l'internationalité n'est pas, en droit commun, cristallisée dans une condition d'application. Dans les règles de droit interne comme pour le Règlement Bruxelles I, elle prend simplement la forme d'un doute, d'une impression plus que d'un véritable constat et cette impression sert à orienter le travail de sa résolution, sans impliquer la mise en œuvre de règles précises. C'est ce mouvement premier que MOTULSKY avait appelé le « syncrétisme » juridique, cette sorte d'intuition particulière qui permet au juriste, comme à tout analyste, d'évoquer une notion potentiellement utile à la résolution d'un problème avant même d'en vérifier l'application<sup>715</sup>. Cependant, l'internationalité n'intervient dans l'application du droit commun que lors de cette étape préliminaire et non dans son application même. À aucun moment la résolution de la question de la compétence

<sup>712</sup> En ce qui concerne l'art. 23, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 oct. 2005, *RCDIP* 2006, p. 423, note M. Audit ; *JDI* 2006, p. 169, note J.-M. Jacquet ; *D.* 2006, p. 1501, note F. Jault-Seseke ; *Gaz. Pal.* 24-25 mai 2006, p. 24, note M.-L. Niboyet. *Adde.* M.-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière de la convention d'electio fori », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, *Economica* 2008, p. 21. En ce qui concerne l'art. 24, le débat porte surtout sur son application en l'absence de domicile du défendeur en Europe, mais on peut appliquer à cette question d'une éventuelle condition d'internationalité la même solution que pour cet autre débat, à savoir limiter l'article 24 aux seules hypothèses où les règles de compétence objective s'appliquent par ailleurs, v. *infra*, n° 458.

<sup>713</sup> Le défendeur était en effet un consommateur.

<sup>714</sup> V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janv. 2013, *JCP* 2013, chron. 519, obs. E. Jeuland ; *D.* 2013, p. 372. Dans cet arrêt, la Cour de cassation casse une décision d'appel particulièrement confuse, qui renvoyait au juge suisse sur le fondement de l'article 42 C.P.C. une affaire couverte par une clause attributive pourtant au bénéfice du juge parisien sur le fondement de l'inapplicabilité de la Convention de Lugano : le seul élément étranger du domicile du débiteur français en Suisse paraissait insuffisant pour en justifier l'application. Outre que la Cour d'appel parvenait ainsi à une solution que l'on a du mal à s'expliquer, il reste que la recherche d'une internationalité supplémentaire avait été l'erreur première de la cour. Les règles de la Convention de Lugano, comme celles du système Bruxelles I, n'en ont pas besoin pour s'appliquer.

<sup>715</sup> H. MOTULSKY, *op. cit.*, p. 50s. Comp. en matière de conflits de lois, P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, t. 327, p. 9, spéc. p. 87, qui parle pour l'élément d'extranéité de simple « rôle déclencheur dans la 'perception' par les parties et par le juge de la nécessité de s'interroger sur la loi applicable ».

internationale ne nécessite dans ce cas la vérification de l'internationalité de la situation<sup>716</sup>.

**290. L'extranéité de l'élément de rattachement, seule véritable condition.** On parle généralement d'extranéité pour définir la mise en jeu du droit international privé. Un élément de la situation juridique qui serait localisé à l'étranger, quel qu'il soit, suffirait à provoquer le raisonnement internationaliste pour obliger l'intéressé à vérifier la compétence de la loi applicable et du juge à saisir<sup>717</sup>. À dire vrai, cette extranéité-là n'est rien d'autre que ce que nous avons jusqu'à présent appelé l'internationalité. Or nous venons de voir que cette internationalité abstraite n'a aucun intérêt en droit positif de la compétence<sup>718</sup>. La ligne de démarcation est d'ailleurs. Elle se trouve entre la situation où aucun critère de rattachement ne se réalise dans le for et, au contraire, celle où la relation juridique démontre l'existence d'un tel critère sur son territoire. La première situation correspond en effet à une *extranéité par défaut de compétence*, tandis que la seconde relève de ce que l'on pourrait appeler le caractère domestique ou interne de la situation<sup>719</sup>. La seule « internationalité » concrète que connaisse le droit commun de la compétence est en effet simplement celle où la situation lui est totalement étrangère, c'est-à-dire où les juridictions françaises sont incompétentes. L'analyse continue d'attester l'absence de spécificité de la compétence internationale. Mais on peut encore faire une brève remarque à ce sujet, celle que l'internationalité comme impression est, en pratique, une excellente chose. Elle permet en effet au juge de faire l'économie de la caractérisation d'un élément qui, en dehors de certains cas particuliers, ne lui sert à rien. Au-delà, c'est même une solution plus efficace car cette indétermination lui permet de couvrir intégralement un problème lui-même indéterminé.

## II) La nécessité de l'indifférence

**291. Indétermination de l'internationalité.** Il y a une raison très simple au caractère indéterminé de l'internationalité en droit commun de la compétence. Il s'agit, d'ailleurs, de la même raison qu'en droit des conflits de lois : cette indétermination est une nécessité. Comme on a pu le faire remarquer avec un soupçon de provocation<sup>720</sup>, rien n'empêche de considérer que la provenance étrangère de la feuille de papier sur laquelle est signé un contrat suffit à déclencher la question de

---

<sup>716</sup> En ce sens, V. HEUZE, « Conflits de juridictions et contrats internationaux », *Dictionnaire Joly Pratique des contrats internationaux*, Vol. IX, t. 2, n° 2, note 6.

<sup>717</sup> P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *RCADI* 1977-II, t. 155, p. 1, spéc. p. 16s.

<sup>718</sup> En dehors, au risque de la répétition, des règles de procédure ou des clauses d'élection de for.

<sup>719</sup> L'adjectif domestique vient du latin *domus*, la maison et par extension la famille et ce qui lui est propre, interne. Si la « domesticité » fait alors en principe référence à la seule condition de domestique, l'adjectif recouvre en réalité des acceptions plus larges que celle du serviteur et notamment, selon le *Littre*, « <sup>30</sup> Il se dit par opposition à étranger. Les troubles domestiques de la France. Fig. Qu'elle ne demeure pas en terre, qu'elle est domestique du ciel, qu'elle loge dans le sein de Dieu, Pascal dans COUSIN. Substantivement et vieux en cet emploi. Et les étrangers ont démenti l'histoire que les domestiques avaient publiée, J.-L. Guez de Balzac, le Prince, ch. V ».

<sup>720</sup> P. LALIVE, *ibid.*

droit international privé. À ce compte, « *toute situation interne est en quelque sorte une situation internationale qui s'ignore* »<sup>721</sup>, et l'on voit mal comment une situation pourrait jamais être vraiment interne aujourd'hui. Sans doute, l'une des qualités du juriste est de savoir faire le tri de ce qui est pertinent et de ce qui ne l'est pas dans les faits d'une espèce. Ce juriste, néanmoins, est issu d'une certaine culture juridique. En Russie, les contrats sont traditionnellement reliés à l'aide d'un fil pour en attester l'exhaustivité. Si une telle technique devait être adoptée dans un contrat entre deux sociétés françaises filiales d'un groupe russe, par exemple, ne devrait-on pas, à l'encontre des critères habituels, y voir un contrat international ? Définir l'internationalité selon un critère précis impliquerait nécessairement de rejeter une partie de ces situations potentiellement internationales dans les bras d'une législation interne plus ou moins adaptée. Par hypothèse, ordre public, fraude à la loi et autres risques législatifs internationaux ne pourraient pas être prévenus. Maintenir cette notion au stade du concept flou<sup>722</sup>, toutefois, permet d'y répondre. On « sait » que l'on doit vérifier la compétence si la situation « présente » certains « éléments d'extranéité ». L'internationalité vague de la situation conditionne la pensée du juriste, à défaut de conditionner la règle de droit positif. Au pire, le réflexe aura été inutile, au mieux, il permettra d'éprouver la légitimité de l'intervention du tribunal saisi.

292. **Lien entre internationalité et droit commun.** Le défaut intrinsèque de cette solution est un risque. En effet, puisque l'on ne peut caractériser avec précision l'internationalité, on ne peut définir avec précision son domaine<sup>723</sup>. Or, ne pas pouvoir délimiter un domaine équivaut tout simplement à ne pas pouvoir définir de règles. Comment énoncer des règles dont on ne peut déterminer quand elles s'appliquent ? Dès lors, ne pas pouvoir définir avec précision l'internationalité implique d'utiliser le droit commun interne<sup>724</sup>. En matière de compétence, la remarque explique que l'on ne puisse se passer des règles de droit interne. Tant que l'internationalité est une problématique sans domaine déterminé, on ne peut établir *a priori* des règles spécifiques. Il faut se satisfaire des règles établies pour les saisines internes.
293. **Lien entre internationalité et compétence générale.** Réciproquement d'ailleurs, à défaut de pouvoir (ou de vouloir) distinguer situations internes et situations internationales, il faut que les mêmes règles répondent aux deux situations. Cette évidence explique le choix de règle de compétence générale, c'est-à-dire désignant un ordre juridictionnel entier et non un tribunal, dans certains textes internationaux. Le meilleur exemple est certainement, pour le droit français, le

---

<sup>721</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz 1974, p. 92.

<sup>722</sup> Ou comme notion-cadre (Sur lesquelles v. G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2005), notions à contenu variable (Sur lesquelles v. PERELMAN et VAN DER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant 1984), etc.

<sup>723</sup> En ce sens, B. AUDIT, « Le critère d'application des conventions judiciaires multilatérales », *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, p. 19.

<sup>724</sup> Bien entendu, cela suppose de ne pas poser d'obstacle dans certaines hypothèses, comme par exemple lors de litiges entre étrangers... La remarque est vraie tant pour le droit de la compétence que pour le droit des conflits de lois, d'ailleurs. C'est bien parce que la définition de règles spéciales nécessite la définition d'une situation internationale que les règles de conflit de lois ne pourront jamais disparaître avant que ne disparaissent les disparités nationales de réglementation.

règlement n°44/2001. Comme le fait remarquer un auteur autorisé au sujet de la Convention de Bruxelles à laquelle le règlement a succédé<sup>725</sup>, le choix d'une compétence générale s'imposait pour l'article 2 qui pose la règle de compétence de principe (et les autres articles qui permettent la mise en jeu du règlement). Il fallait en effet que les situations internes soient solubles dans la convention au même titre que les situations internationales, mais sans que la convention elle-même perturbe le jeu des règles de compétence interne qui doivent les traiter. On ne pouvait donc élaborer qu'une règle désignant l'ensemble des juridictions d'un État en principe, et des règles alternatives supposant que leur rattachement se produise dans un autre État pour assurer, sans le définir, le caractère international. Si la convention avait, par exemple, édicté la compétence de principe du *tribunal* du domicile du défendeur (et non celle des *juridictions de l'État* de ce domicile), cette règle de compétence serait entrée en concurrence avec l'article 42 du Code de procédure pour les situations purement internes. Or, même si les deux règles auraient alors porté le même critère de rattachement, le domicile du défendeur, elles n'en auraient pas forcément conservé, à long terme, la même définition. Si la Cour de cassation est l'interprète de l'article 42 du Code de procédure civile français, c'est à la Cour de Justice de l'Union qu'il revient d'interpréter en dernier recours les règles européennes... Des plaideurs avertis auraient sans nul doute alors joué sur la concurrence de ces deux règles et l'indétermination du champ de la convention pour leurs stratégies procédurales. L'une comme l'autre ne disposant d'aucune condition d'internationalité, il aurait été difficile de savoir quelle règle (et surtout quelle règle alternative et régime de mise en jeu) aurait dû jouer. Pour que les normes issues de la convention et celles du droit commun des États parties puissent jouer de concert sans se concurrencer, il fallait donc qu'elles s'articulent autrement. Quelle meilleure manière de le faire que de s'assurer que, pour toute hypothèse domestique, la norme de la convention renvoie à l'État seul concerné sans désigner une juridiction précise<sup>726</sup> ? Ainsi, la règle de compétence générale s'imposait<sup>727</sup>.

**294. Conclusion.** Dès lors que l'on ne peut définir l'internationalité *per se* et que l'on ne souhaite pas définir une internationalité restreinte, il n'y a d'autre alternative que de se servir du droit commun. L'indétermination des situations internationales impose d'une part de recourir au droit commun interne pour le droit commun de la compétence internationale, d'autre part de renvoyer par principe à ce même droit interne dans les textes internationaux qui ne souhaite pas plus en établir une définition. L'internationalité des règles de compétence de droit commun est alors

---

<sup>725</sup> G. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Dalloz 1972, p. 54.

<sup>726</sup> V. là encore l'arrêt *Hypotecni banka*, CJUE, 17 nov. 2011, Aff. C-327/10, RCDIP 2012, p. 411, note M. Requejo et G. Cuniberti ; D. 2011, p. 2876 et 2012 p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *Rev. Europe* 2012, comm. 53 par L. Idot.

<sup>727</sup> Là encore, d'ailleurs, on peut faire le parallèle avec les conflits de lois. Si une règle de conflit d'origine conventionnelle désignait une norme précise et non un ordre juridique, cette dernière norme risquerait d'entrer en conflit avec celle désignée par le même ordre juridique dans une situation purement interne. Il faudrait donc délimiter avec plus de précision l'hypothèse d'intervention de la règle de conflit, et donc définir l'internationalité conflictuelle de cette norme. On risquerait donc, de nouveau, de laisser des situations internationales de côté. Elles seraient alors traitées par la seule norme interne, ce qui n'était *a priori* pas l'objectif initial...

virtuelle : la règle de compétence interne *peut* et même *doit* traiter une situation internationale si elle se présente.

La doctrine affirmant la nature spécifique des règles de compétence se heurte encore à une réalité inverse. L'argument d'opportunité qu'elle soulevait retombe sans écho : les effets de la compétence internationale – choix d'un juge et d'un ordre juridique, d'une langue, d'une mentalité – n'ont pas nécessité l'établissement d'un ensemble de règles de compétence spécifiques au problème de la compétence internationale. Cela ne veut pas dire pour autant, néanmoins, que cette nécessité théorique et pratique, celle d'utiliser cet ensemble de règles de droit interne en droit international, supprime toute possibilité ou opportunité de règles supplémentaires mieux adaptées. C'est ainsi qu'il faut comprendre ce que l'on a pu appeler les règles de compétence purement internationale<sup>728</sup>.

## Paragraphe 2) L'EXCEPTIONNELLE ADAPTATION A L'EXTRANEITE

295. **Adaptation du droit commun.** On a pu dire que si la jurisprudence avait posé la règle de l'extension des règles de compétence interne à l'ordre international, il ne s'agissait pas pour autant d'un encouragement à l'application directe de ces règles. Il ne s'agirait en réalité que d'un *principe*, similaire à celui issu de la jurisprudence *Caraslanis* pour la qualification en matière de conflit de lois, soumis à une « *interprétation nécessairement créatrice* » de la Cour de cassation : l'*adaptation* aux situations dans lesquelles son application serait intenable voire simplement inopportune<sup>729</sup>. Le terme est repris assez systématiquement par les auteurs<sup>730</sup> et même, bien que plus rarement, par la jurisprudence<sup>731</sup>. Cette adaptation aussi est réelle : il est des hypothèses dans lesquelles le droit commun n'est d'aucun secours. On en présente habituellement une dizaine d'exemples : en droit de la nationalité et de l'état civil, pour les voies d'exécution et le contentieux de la validité des titres de propriété intellectuelle (et plus largement tous les contentieux qui mettent en cause l'activité d'un service public), en matière d'insolvabilité commerciale et de surendettement, en matière d'adoption, de succession et d'urgence et enfin plus confidentiellement pour les remboursements de titres et de coupons et la reconstitution des actes sous-seing privé ou authentique détruits<sup>732</sup>.
296. **Une adaptation limitée.** Toutefois, l'esprit dans lequel la jurisprudence et le législateur ont procédé à cette adaptation est différent de ce qu'avaient proposé certains auteurs à la suite des arrêts *Pelassa* et *Scheffel*. Il ne s'agit pas, et il ne peut

---

<sup>728</sup> A. HUET, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. - Compétence internationale ordinaire - Règles de compétence purement internationale », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 581-21.

<sup>729</sup> Ph. FRANCESKAKIS, *ibid.*, p. 397.

<sup>730</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, n° 402 ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 287 ; M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 407.

<sup>731</sup> Civ. 3 déc. 1985, *D.* 1986, I.R. p. 269, obs. B. Audit ; *JCP* 1986, IV, p. 63.

<sup>732</sup> J. HUET, *ibid.*

s'agir comme on vient de le voir, d'une adaptation globale du droit de la compétence interne. Cela nécessiterait de définir l'internationalité, un risque bien inutile. Il suffit en réalité d'opérer une modification des chefs de droit commun de compétence en faveur d'une augmentation des hypothèses de compétence dans un premier type de cas et dans l'objectif d'une restriction de ces hypothèses dans un second type. Il s'agit alors en premier lieu de développer des rattachements ou des compétences particulières (I) ou bien, en second lieu, de restreindre le jeu des règles de compétence de droit commun (II). Dans l'un et l'autre cas, le principe demeure, malgré tout, l'application première du droit commun.

### I) L'extension des chefs de compétence pour éviter l'incompétence

297. **Introduction.** L'incompétence internationale qui se déduirait de l'application normale des chefs de compétence de droit commun peut être problématique. Il faut donc parfois ajouter des rattachements supplémentaires à des règles de compétence de droit commun, voire créer de nouvelles règles. Les règles *ad hoc* sont rares, il s'agit des titres de compétence au chef du déni de justice et de l'exequatur (A). Plus nombreuses sont les hypothèses de rattachement supplémentaire, que l'on retrouve dans les cas d'urgence ou encore en matière de propriété intellectuelle ou de difficultés économiques (B).

#### A) Les règles de compétence spécifiquement internationales

298. **Règle purement internationale : le déni de justice.** On commencera par le déni de justice et sa problématique spécifique<sup>733</sup>. Cette dernière est issue de l'incertitude

---

<sup>733</sup> L'application en est tellement universelle que l'on a pu évoquer à son sujet une obligation de droit international (V. notamment Ch. de VISSCHER, « Le déni de justice en droit international », *RCADI* 1935-II, t. 52, p. 369 ; L. CORBION *op. cit.*, p. 29s.), peut-être même de droit des gens, et plus récemment une obligation tirée pour les États parties de l'article 6 paragraphe premier de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux, Recherche sur le champ d'application de l'article 6, §1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme en droit international privé*, thèse, Paris I, 2000, spéc. n° 385s. Les exemples contemporains, très rares, mélangent par ailleurs des considérations très diverses dont il est difficile de tirer des enseignements précis. Sur l'obligation pour le juge français d'appui d'aider à former un tribunal arbitral, Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 2005, *NIOC, Rev. arb.* 2005, p. 693, note H. Muir Watt ; *RCDIP* 2006, p. 140, note T. Clay ; *D.* 2005, p. 2727, note S. Hotte ; *RTD Com.* 2005, p. 266, obs. E. Loquin ; *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, p. 37, note F.-X. Train. Sur l'ordre public international comme fondement subsidiaire de compétence juridictionnelle et législative, Soc. 10 mai 2006, *RCDIP* 2006, p. 856, note P. Hammje et E. Pataut ; *JCP* 2006, II, 10121, note S. Bollée ; *D.* 2006, p. 1400, note S. Guiomard ; *Jurisp. Soc. Lamy* 2006, n° 192, note J. E. Tourreil ; *RDC* 2006, p. 1260, note P. Deumier ; *JDI* 2007, p. 531, note J.-M. Jacquet ; *D.* 2007, Pan. 1752, obs. P. Courbe). La plupart des études récentes sont assez critiques de ces fondements (V., outre les références citées *supra*, F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant 2007, n° 57s). Il n'en reste pas moins que ce chef de compétence est assez développé à tout le moins dans les droits d'influence romano-germanique et de *Common law* (F. RETORNAZ et B. VOLDERS, *op. cit.*. Comp. J. PAULSSON, *Denial of justice in international law*, Cambridge Uni. Press 2005, p. 12, qui semble le tenir pour une spécificité française).

inhérente au caractère étatique du droit commun des règles de compétence. Confrontées à des règles unilatérales indiquant pour chaque État si tel ou tel juge peut être compétent, les parties doivent interroger presque chaque État pour savoir si l'une au moins de ces règles attribue compétence à un juge. S'agissant d'un système sans coordination organisée, il est possible que la réponse à cette question soit, dans tous les États, négative. En France, la situation n'est d'ailleurs pas inconnue. Les règles attribuant compétence au juge judiciaire et au juge administratif sont aussi des règles unilatérales ne s'intéressant respectivement qu'à l'un ou à l'autre. Les conflits, sans être fréquents, ne sont donc pas inconnus. Pour mettre fin à cette difficulté, le législateur a institué un organe indépendant, le Tribunal des conflits, qui permet de trancher les litiges, positifs ou négatifs, de compétence<sup>734</sup>. Rien de tel n'est aujourd'hui possible dans l'espace international. Or, si le problème n'est finalement que d'opportunité dans le cas du conflit positif de compétence, c'est-à-dire lorsque plusieurs juridictions peuvent se déclarer compétentes, il est en revanche bien plus fondamental lorsqu'aucune juridiction ne peut le faire, dans quelque État que ce soit. Ce risque, qualifié de risque de « déni de justice » est une caractéristique systémique du droit de la compétence internationale que l'on a souvent considéré comme intolérable. De nombreux systèmes juridiques conçoivent en effet une même conséquence à ce risque international : la création d'une « compétence de secours », le *forum necessitatis*<sup>735</sup>. La jurisprudence française a ainsi accepté de considérer le déni de justice d'abord par l'exercice très libéral de règles de compétence normalement inapplicables<sup>736</sup>, ensuite comme un chef de compétence internationale indépendant que l'on pourrait formuler ainsi : « *A défaut de tout autre fondement, le juge (parisien, ou tout autre juge français mieux placé selon des considérations de bonne administration de la justice, au choix du demandeur) est compétent en cas d'impossibilité matérielle ou juridique de saisir un juge étranger alors qu'il existe un lien caractérisé avec la France* »<sup>737</sup>.

**299. Subsidiarité du chef de compétence.** L'adaptation passe ainsi, dans ce cas extrême, par la création d'une règle de compétence. On constate cependant que cette nouvelle règle de compétence est par essence subsidiaire. Elle n'a lieu de s'appliquer que si tout autre fondement est exclu. Autre caractéristique, elle étend, pour des besoins reconnus presque universellement, la compétence des juridictions françaises. Ces deux caractéristiques se retrouvent dans une majorité d'hypothèses d'adaptation. Tel est le cas, par exemple, de la compétence spéciale en matière d'exequatur.

**300. Règle purement internationale : exequatur.** Le contentieux de l'exequatur est sans conteste l'archétype du contentieux international. Si toute circulation internationale des justiciables devait être interdite, il resterait encore parfois à faire

<sup>734</sup> Sur lequel v. P.-H. PRELOT et A. BEAL, « Tribunal des conflits », *J.-Cl. Adm.*, fasc. 1065.

<sup>735</sup> V. RETORNAZ et B. VOLDERS, « Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif », *RCDIP* 2008, p. 225.

<sup>736</sup> La jurisprudence a d'abord fait montre d'équité dans l'application d'autres règles de compétence avant d'en créer une sur ce fondement, Paris, 5 déc. 1890, 26 févr. 1891 et 18 mai 1892 : *D. P.* 1892, 2, p. 321, note de Boeck ; *S.* 1892, 2, p. 233, note Pillet. ; Req. 29 juil. 1912, *S.* 1913. Sur l'ensemble v. L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM 2004, n° 89s.

<sup>737</sup> A. HUET, *J.-Cl. Internat.*, fasc. 581-21, n° 85s.

exécuter les décisions à l'étranger<sup>738</sup>. D'ailleurs, à l'époque du principe d'incompétence des juridictions françaises dans les litiges entre étrangers, l'exequatur était une des exceptions les mieux fondées<sup>739</sup>. On ne saurait minimiser cette exigence spécifique à la vie internationale. La raison fondamentale tient à ce que l'on ne saurait attribuer compétence à d'autres juges que ceux de l'ordre juridique dans lequel l'exécution du jugement est demandée. Par conséquent, les juges français ont en principe nécessairement – et exclusivement – une compétence *générale* pour la reconnaissance et l'exequatur des décisions étrangères en France. L'adaptation de la compétence de droit commun aux situations internationales n'existe cependant que dans la mesure de la nécessité de créer une règle de compétence *spéciale* spécifique pour ce contentieux. Si ce besoin existe, en effet, car les règles de droit commun ne recouvrent pas toutes les hypothèses du contentieux de l'exécution des décisions étrangères, il n'a pas l'ampleur qu'on lui prête habituellement.

Dans la mesure où le bénéficiaire d'un jugement étranger souhaite obtenir la reconnaissance en France de sa force exécutoire à l'encontre du défendeur domicilié ou résident dans cet État, il peut demander l'exequatur de cette décision au tribunal dans le ressort duquel est établi le défendeur. L'exequatur entre en effet dans le champ de la compétence générale des articles 42 ou 43 du Code de procédure civile<sup>740</sup>. Il peut cependant arriver que cet intérêt pour un exequatur français se manifeste alors que le condamné n'est pas domicilié en France, en particulier lorsque l'exequatur a pour objet de permettre de saisir des biens situés en France. Dans cette configuration, aucune règle de compétence territoriale ne permet de déterminer quel juge pourrait être compétent. On considère en effet que le jugement de reconnaissance et d'exécution, sauf à être accessoire à une demande au fond, constitue une instance indépendante de l'action à l'origine de l'instance initiale<sup>741</sup>. La jurisprudence en a déduit la nécessité d'une compétence internationale *ad hoc* caractérisée par l'absence de rattachement précis. Elle est au choix du demandeur et dans la mesure de sa conformité aux exigences d'une bonne administration de la justice. La solution est assez classique : on la retrouve dans d'autres hypothèses où le juge français est sûr de sa compétence générale, mais ne dispose d'aucune règle de compétence spéciale, ainsi de l'article 14 du Code civil

---

<sup>738</sup> Il resterait bien sûr la possibilité, purement théorique, de sa disparition totale. Mais cela supposerait certainement la création d'une entité juridique mondiale unique et la disparition corrélative des États. On voit en quoi la possibilité n'a rien de probable. Sur le sujet, plus aigu encore récemment, de la disparition de l'exequatur dans l'espace européen, v. M. LOPEZ de TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, LGDJ 2013.

<sup>739</sup> Civ. 10 mars 1863, *Muriel*, S. 1863. 1. 293 et le rapport cité : « *La compétence des tribunaux français existe et, de plus, elle est nécessaire car, ou il faut refuser aux jugements étrangers la possibilité d'acquiescer la force exécutoire en France et déchirer les articles 546 du Code de procédure civile et 2123 du Code Napoléon, ou il faut reconnaître leur compétence* ».

<sup>740</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avr. 1960, *D.*1960, p. 717, note G. Holleaux ; *JDI* 1960, p.1070, obs. J.-B. Sialelli ; *RCDIP* 1961, p. 389, note M. Weser. Il est par ailleurs admis que toute partie au litige, quelle que soit sa position dans celui-ci, peut par la suite demander la reconnaissance du jugement, voire son inopposabilité (Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 janv. 1951, *RCDIP* 1951, p. 167, note Ph. Francescakis ; *JCP* 1951, II, 6151, note S. et T. ; *D.* 1952, Jur. 35 ; *S.* 1951, 1, p. 187 ; *Gaz. Pal.* 1951, 1, 210 et *G.A.* n° 24). Dans ce cas, hormis l'hypothèse où cette action est accessoire à une demande au fond, ce sera bien sûr la partie adverse au jugement principal dont on retiendra le domicile.

<sup>741</sup> A. HUET, « Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 584-30, n° 19s.



lorsque ni le demandeur français ni le litige n'ont de rattachement pertinent avec la France<sup>742</sup>.

- 301. Subsidiarité du chef de compétence en matière d'exequatur.** Cette compétence, toutefois, n'intervient qu'à défaut. Si le défendeur est domicilié ou résident en France, c'est à son domicile ou à défaut sa résidence qu'il faudra saisir le juge. Pendant longtemps, une doctrine importante enseignait que le chef de compétence *ad hoc* et celui du domicile et de la résidence étaient alternatives<sup>743</sup>, confortée en ce point par un arrêt de la Cour de cassation de 1960<sup>744</sup>. La doctrine contemporaine est divisée, mais une partie d'entre elle favorise une interprétation plus restrictive selon laquelle l'un de ces rattachements est subsidiaire à l'autre<sup>745</sup>. Cette proposition s'appuie sur deux arguments. Le premier tient en une décision de la Cour d'appel de Paris de 1973, *dame Zakine*, qui énonce que l'assignation hors du domicile de la requérante était justifiée dès lors que « *son ex-mari était lors de l'introduction de la procédure dans l'ignorance d'un domicile resté inconnu, malgré des investigations sérieuses* ». La Cour semble ici faire exception à la règle du domicile parce que ce dernier était inconnu au jour de la saisine. L'affirmation est beaucoup plus étroite que celle de la Cour de cassation, treize ans plus tôt, qui validait un raisonnement identique à celle de *dame Zakine* en énonçant qu'il n'y avait aucune hiérarchie entre les chefs de compétence. L'éventuel « revirement » jurisprudentiel n'est bien sûr pas réalisé puisqu'il ne s'agissait pas d'une décision de la Cour de cassation<sup>746</sup>. Toutefois, l'idée même d'une règle prétorienne *ad hoc* de compétence ne se justifie que par l'absence d'une règle de compétence légale. Or, dès l'instant où le domicile du défendeur –ou sa résidence– se réalise en France, il ne devrait pas y avoir lieu de rechercher une telle règle. Ce n'est que parce que l'on retient abusivement l'idée qu'il faut d'abord rechercher une règle de compétence générale que l'on se permet d'évincer ainsi une règle de compétence autrement applicable<sup>747</sup>. Dès l'instant où, au contraire, on a évincé ce biais du raisonnement, il n'y a plus

<sup>742</sup> On essaiera plus loin d'en donner une formulation précise, v. *infra*, n° 549s.

<sup>743</sup> A. PILLET, *Traité*, t. II, p. 629s. ; J.-P. NIBOYET, t. VI, 2, n° 1946 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, t. II, n° 730.

<sup>744</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avr. 1960, *D.* 1960, p. 717, note G. Holleaux ; *RCDIP* 1961, p. 389, note M. Weser ; *JDI* 1960, p. 1070.

<sup>745</sup> B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 547 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 900 et P. de VAREILLES-SOMMIERES, « Jugement étranger », *Rep. dr. int.*, n° 240s. *Contra* P. MAYER et V. HEUZE, n° 416 ; T. VIGNAL, *Droit international privé*, Armand Colin 2005, n° 601.

<sup>746</sup> Par ailleurs, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 nov. 2004, pourvoi n° 01-03262, où la Cour énonce, pour répondre à la critique de l'assignation en exequatur d'une sentence arbitrale étrangère à Paris alors que la société condamnée était domiciliée à Croix, dans le Nord : « *Attendu, sur le deuxième moyen, qu'en matière d'arbitrage international, hors toute fraude, le Président du tribunal de grande instance de Paris est compétent pour statuer sur une demande de reconnaissance ou d'exécution d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger, dès lors que le législateur n'a institué, contrairement au régime des sentences rendues en France, aucune compétence territoriale spécifique, que l'article 42 du nouveau Code de procédure civile n'a pas de vocation privilégiée à s'appliquer en la matière et que le choix de cette juridiction était approprié en considération de l'internationalité du litige* » (nous soulignons). Il est cependant probable que la partie importante de la proposition soit « en la matière », c'est-à-dire en matière d'arbitrage international. Il faudrait cependant critiquer une telle limitation si c'était le cas : quelle différence pour la compétence entre l'exequatur d'une sentence et l'exequatur d'un jugement étranger, sinon peut être une confusion entre la compétence exclusive du juge parisien de l'annulation et celle, facultative, du juge de l'exequatur ?

<sup>747</sup> Et ce que ce soit en évoquant une véritable règle de compétence internationale générale ou en la décrivant comme une règle de compétence internationale étatique d'*imperium* local nécessaire, v. Ph. THERY, « *Judex gladii* (des juges et de la contrainte en territoire français) », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz 1996, p. 477.

lieu d'éviter l'application du texte. À retenir cette analyse, l'exequatur nous offrirait donc le second exemple de création de règle de compétence pour les besoins de la vie internationale, mais une création qui n'intervient qu'à défaut de pouvoir utiliser le droit commun de la compétence. Et il faut bien dire second, et non deuxième ; les autres, en effet, ne sont pas de véritables créations de nouveaux chefs de compétence.

## **B) Les rattachements spécifiquement internationaux**

**302. Absence totale d'adaptation : le contentieux de l'urgence.** Tant le déni de justice que l'exequatur sont des chefs de compétence spécifiques au contexte international. En dehors de la règle générale *actor sequitur forum rei*, on ne saurait trouver à ce jour d'autre exemple de création de chef de compétence. Il existe en revanche des règles de compétence interne modifiées pour les besoins du commerce juridique international. Parmi les règles évoquées en introduction de cette partie<sup>748</sup>, et au titre de celles qui développent la compétence des juridictions françaises, on citera l'urgence, le contentieux portant sur la validité des titres de propriété intellectuelle, les procédures collectives et de surendettement, l'état civil, l'adoption, la nationalité, encore le remboursement de coupons et titres. On voit qu'ils sont les plus nombreux. Ils ne forment toutefois pas tous de bons exemples d'adaptation. Deux d'entre eux se contentent, en effet, de développer une règle déjà existante en droit interne de la compétence.

Tout d'abord, on cite parfois l'urgence comme ayant nécessité la constitution d'une compétence particulière du droit commun français<sup>749</sup>. En réalité, cette règle de compétence n'est rien d'autre que la traduction internationale d'une jurisprudence introduite en 1910<sup>750</sup>. En effet si l'article 808 du Code de procédure civile donne en matière de référé compétence territoriale et d'attribution au président du TGI territorialement compétent sur le fond, la jurisprudence considère depuis lors que le juge dans le ressort duquel les mesures urgentes doivent être prises est aussi compétent en droit interne<sup>751</sup>. Le chef de compétence territoriale en matière

---

<sup>748</sup> V. *supra* n° 295.

<sup>749</sup> B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 416 ; A. HUET, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 581-21, n° 64s.

<sup>750</sup> Civ. 4 mai 1910, *D. P.* 1910, 1, p. 385, note Lalen.

<sup>751</sup> La règle a été reprise plus récemment, Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 juil. 1991, *Bull.* n° 223, « *cette compétence n'exclut pas celle du juge dans le ressort duquel est né l'incident ou celui dans le ressort duquel les mesures urgentes doivent être prises* ». La jurisprudence est constante, v. Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 juin 1998, *Bull.* n° 200. La formulation jurisprudentielle des rattachements dans les deux cas est d'ailleurs assez proche : Il s'agit parfois des biens à protéger, Paris, 8 oct. 1964, *JDI* 1965, p. 101, note J.-B. Sialelli (biens en France d'une société étrangère), d'autres fois des personnes à protéger, Paris, 5 déc. 1902, *JDI* 1903, p. 616, TGI Seine, 29 avr. 1964, *JDI* 1965, p. 134, obs. J.-B. Sialelli ; *Gaz. Pal.* 1964, 2, p. 169. *A contrario*, lorsque la personne (l'enfant) est à l'étranger, Paris, 23 oct. 1959 : *JCP* 1959, II, n° 11319 bis, note R.L. ; *JDI* 1960, p. 820, obs. J.-B. Sialelli). V. H. batiffol et P. LAGARDE, n° 674. - V. aussi, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires », *RCDIP* 1996, p. 421.

d'urgence est donc identique à celui de la compétence internationale et l'on ne voit pas en quoi celle-ci serait spécifique<sup>752</sup>.

- 303. Absence d'adaptation : le contentieux de la validité des titres de propriété intellectuelle.** L'autre faux exemple tient, ensuite, dans la compétence exclusive des juridictions françaises en matière de nullité de brevet et de marque déposés en France. Il est en effet admis que les juridictions françaises bénéficient d'une compétence nécessaire pour cette question<sup>753</sup>. Cependant, à s'intéresser à son traitement en droit interne, on peut s'interroger là encore sur la véritable portée de cette affirmation internationaliste. En droit commun, la jurisprudence considère que l'action est toujours motivée par le dommage causé au détenteur légitime de la marque ou d'une marque antérieure tandis que la faute est caractérisée par la réunion des conditions de l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle<sup>754</sup>. Sachant que cette même législation ne saurait protéger qu'une marque française en France, le dommage et la faute à l'encontre d'une marque française seront nécessairement réalisés en France. Dès lors que le droit commun aura vocation à s'appliquer, on pourra ainsi systématiquement faire jouer l'article 46 du Code de procédure civile donnant compétence à la juridiction du lieu du fait dommageable. On voit alors mal comment il serait besoin d'inventer ou d'adapter une règle de compétence pour les besoins du contentieux international.
- 304. Adaptation marginale : les procédures collectives.** Les autres exemples classiques portent cependant de véritables adaptations. La plupart de ces règles, d'origine légale ou réglementaire, ajoutent en effet un rattachement supplémentaire à une compétence territoriale pour tenir compte du risque d'extranéité du litige. Prenons l'exemple de la matière des procédures collectives<sup>755</sup>. En ce domaine, l'article R. 600-1 du Code de commerce pose la compétence du tribunal du siège ou du domicile du débiteur en France. Cependant, il y ajoute, poursuivant ainsi une

---

<sup>752</sup> Certains se sont même interrogés sur la valeur de l'urgence comme constitutive d'un chef de compétence en lui-même. V. C. CHODKIEWICZ, *L'urgence en matière de conflits de juridictions*, thèse Paris I, 2000.

<sup>753</sup> Elle est par ailleurs exclusive, mais cela relève d'une autre analyse, celle du contentieux des services publics : v. *infra*, n° 307s.

<sup>754</sup> Com. 7 juil. 2009, *Procédures* 2010, n° 10 p. 12, obs. R. Perrot. Dans cet arrêt, le demandeur faisait valoir que l'emploi de l'article 46 C.P.C. pour justifier la compétence du tribunal d'Auch n'était ni fondé en droit, ni en fait : le demandeur n'avait allégué aucun dommage et n'agissait même pas en responsabilité : il demandait simplement l'annulation de la marque incriminée. La Cour répondit indirectement en énonçant : « *Mais attendu qu'en retenant que, s'agissant du non respect de la législation sur les marques, le fait dommageable, au sens de l'article 46 du Code procédure civile, est subi dans l'ensemble des lieux dans lesquels la marque dont l'annulation est recherchée est diffusée et commercialisée, et qu'il est établi en l'espèce que les marques dont l'annulation est recherchée sont diffusées sur l'ensemble du territoire national par internet, la cour d'appel a pu en déduire que le dommage avait été subi dans le ressort du tribunal de grande instance d'Auch, peu important que le fait dommageable se soit également produit dans le ressort d'autres tribunaux, fût-ce sur l'ensemble du territoire national ; que le moyen n'est pas fondé* ». L'arrêt est d'autant plus intéressant qu'il traite d'un problème lié à l'usage d'une marque sur internet. La diffusion était donc réalisée sur l'ensemble du territoire, et le demandeur avait donc le libre choix du juge. Cette solution est toutefois certainement d'une opportunité discutable.

<sup>755</sup> La logique est identique dans le domaine voisin des procédures de surendettement des particuliers, art. R. 331-9 Cconso. et L. 333-3-1 Cconso. pour la saisine, par un débiteur français non domicilié en France pour des dettes envers des créanciers "établis en France", de "la Commission de surendettement du lieu d'établissement de l'un de ses créanciers" et par voie de conséquence du tribunal d'instance dans le ressort de laquelle cette dernière est établie.

ancienne tradition<sup>756</sup>, le centre principal des intérêts du débiteur<sup>757</sup>. Cette position est d'autant plus intéressante que ce rattachement supplémentaire, et partant ce chef de compétence supplémentaire, n'était pas aussi nécessaire que l'on pouvait le croire. En effet, l'article 14 du Code civil offre la possibilité de saisir le juge français d'une procédure collective à l'encontre d'un débiteur étranger<sup>758</sup>. Cependant, ce même article 14 réserve l'action au seul créancier français, ou du moins européen par le biais de l'article 4 alinéa 2 du Règlement Bruxelles I. L'existence d'une disposition spécifique révèle alors l'attention particulière portée à cette matière. En étendant le champ de compétence de ses juges, le droit français permet d'ouvrir des procédures collectives à l'encontre de débiteurs étrangers qui n'ont qu'une partie de leurs activités en France<sup>759</sup>. L'ancienneté et la régularité de la solution, même si elle n'a pas été jusqu'à s'étendre au point de devenir une localisation prétexte, témoigne simplement de l'importance pour l'ordre public économique français du contrôle des activités économiques sur son territoire<sup>760</sup>. Que ce fut à l'époque de la faillite-sanction ou, aujourd'hui, de la procédure de sauvegarde, le droit français se réserve ainsi de plus grandes possibilités d'intervention dans la vie de son tissu économique. Le choix d'un rattachement supplémentaire marque ainsi simplement un choix substantiel de politique juridique<sup>761</sup>. Cependant, là encore, il n'est pas nécessaire de distinguer entre situations internes et internationales, mais

<sup>756</sup> Lorsque la règle de compétence interne en matière de faillite a été fixée dans un texte, en 1967 (Dc. n° 67-1255 du 31 décembre 1967), encore après la révision de 1985 (Dc. n° 85-1388 du 27 décembre 1985), elle portait compétence du tribunal de commerce du siège de l'entreprise, et « à défaut de siège en France, son principal établissement ». Plus tard, à l'occasion de la révision de 1994, ce rattachement subsidiaire est devenu « le centre principal de ses intérêts en France » (Dc. n° 94-910 du 21 octobre 1994 pris pour l'application de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises). Outre les décrets de 1967 et 1985 précités, cependant, la solution trouve aussi son fondement dans la jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle. Ainsi un arrêt de la Cour d'appel de Paris, en date du 23 déc. 1847 (S. 1848, II, p. 355), considérant qu'une succursale constitue un établissement commercial au sens de l'article 438 ancien du Code de commerce, permit à un Français d'assigner en faillite la société espagnole qui l'exploitait au siège du principal établissement de cette société en France sur le fondement de l'article 14 du Code civil.

<sup>757</sup> La jurisprudence a pu interpréter de manière très libérale ce rattachement ; Com. 26 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 385 note M. Menjucq et J. BEGUIN et M. MENJUCQ, *Droit du commerce international*, Lexisnexis 2005, n° 2289 (dans lequel la simple location pour sous-location d'un immeuble suffisait à caractériser des activités et donc « le centre principal des intérêts » d'une société établie sur l'île de Man. Com. 21 mars 2006, *Rev. soc.* 2006, p. 653, note S. Bollée ; *Bull. Joly* 2006, p. 930, note D. Bureau ; *JCP E* 2006, p. 2072, note J.-P. Legros ; *Gaz. Pal.* 14-18 juil. 2006, p. 12, note F. Mélin ; *RCDIP* 2007, p. 105, note G. Khairallah).

<sup>758</sup> Civ. 12 juil. 1962, *JDI* 1963, p. 1056, note B. G. ; Civ. 7 juin 1962, *JDI* 1963, p. 106, note Ponsard ; Com. 19 mars 1979, *Rev. soc.* 1979, p. 567, note Y. Guyon ; *RCDIP* 1981, p. 524, note P. Lagarde.

<sup>759</sup> Il se situe dans la même mouvance que le droit européen lequel, dans le règlement n° 1346/2000, établit le même rapport de principe à exception entre deux rattachements assez proches de ceux retenus par le droit français et même le droit international, la Commission des Nations-Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) ayant opté pour le même critère pour sa loi modèle. V. par exemple l'article 3 du Règlement n° 1346/2000 : « *Compétence internationale : 1. Les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire ; 2. Lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un Etat membre, les juridictions d'un autre Etat membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre Etat. Les effets de cette procédure sont limités aux biens se trouvant sur ce dernier territoire* ».

<sup>760</sup> En ce sens, P. MAYER et V. HEUZE, n° 314 ; C. GAVALDA, « Etat actuel du droit international de la faillite », *TCFDIP* 1962-1964, p. 213, spéc. p. 215s. ; J.-P. Remery, « la compétence juridictionnelle pour ouvrir une faillite internationale : l'exemple du droit français », *DPCI* 1994, p. 553 ; G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ 1963.

<sup>761</sup> Le même choix substantiel semble sous-tendre le rattachement supplémentaire alloué en matière de surendettement des particuliers, v. L. 333-3-1 C. conso. et R. 331-9 C. conso.

uniquement entre deux rattachements alternatifs dont l'un est subsidiaire à l'autre. L'ineffectivité du premier n'étant constituée que face à l'extranéité du siège social, le second ne joue concrètement que pour les faillites internationales.

305. **Derniers exemples d'adaptation.** La remarque est identique en matière d'état civil<sup>762</sup>, de nationalité et d'adoption<sup>763</sup> ou encore pour remboursement de coupons et titres<sup>764</sup>. Dans toutes ces hypothèses, un premier rattachement sert à donner compétence au juge considéré comme le mieux placé. Un second, cependant, intervient dans les contentieux internationaux, comme en matière de procédure collective, à défaut de réalisation du premier sur le territoire français. Ces rattachements « de secours » permettent de proposer une alternative à l'incompétence d'une juridiction française lorsque le rattachement de principe se réalise sur un territoire étranger... et seulement dans ce cas. On ne saurait donc énoncer, comme on l'a déjà vu dans le domaine voisin de l'exequatur, qu'en matière de contentieux international la compétence en matière de voies d'exécution est réservée au juge du lieu d'exécution de la mesure<sup>765</sup>.
306. **Conclusion.** Il faut ainsi bien comprendre le sens de « l'adaptation » qui préside à ces différents phénomènes. Il n'y a pas, il n'y a jamais, de substitution de la règle

<sup>762</sup> Art. 1048 C.P.C. : « La juridiction territorialement compétente est la juridiction du lieu où demeure la personne dont l'état civil est en cause ou, si elle demeure hors de France, le tribunal de grande instance de Paris ou son président. Peuvent également être saisies la juridiction du lieu où l'acte d'état civil a été dressé ou transcrit, ou la juridiction qui a rendu le jugement déféré. [alinéa 2 : ] Sont toutefois seuls compétents : - la juridiction du lieu d'établissement du service central d'état civil du ministère des affaires étrangères, pour les actes détenus par ce service ; - le tribunal de grande instance de Paris ou son président, pour les pièces tenant lieu d'acte d'état civil à un réfugié ou un apatride ».

<sup>763</sup> V. *infra*, paragraphe suivant. On citera encore ici les exemples du droit de la nationalité (Article 1039 C.P.C. : « Le tribunal de grande instance territorialement compétent est celui du lieu où demeure la personne dont la nationalité est en cause ou, si cette personne ne demeure pas en France, le tribunal de grande instance de Paris ») et de l'adoption (Art. 1166, al. 2 C.P.C. : « Le tribunal compétent est : - le tribunal du lieu où demeure le requérant lorsque celui-ci demeure en France ; - le tribunal du lieu où demeure la personne dont l'adoption est demandée lorsque le requérant demeure à l'étranger ; - le tribunal choisi en France par le requérant lorsque celui-ci et la personne dont l'adoption est demandée demeurent à l'étranger »).

<sup>764</sup> On cite aussi habituellement les exemples du contentieux du remboursement « des titres et coupons », selon l'expression de la loi du 11 juillet 1934 qui leur est dédiée, ou l'action en reconstitution d'un acte sous-seing privé ou authentique (article 1431 C.P.C), qui disposent aussi des rattachements particuliers dans l'hypothèse où le rattachement ne se réaliserait pas en France : « Ces demandes sont portées devant les tribunaux de la Seine si les sociétés ou collectivités défenderesses ont leur siège à l'étranger, à moins qu'elles n'aient fait, par acte antérieur à l'émission, élection de domicile en France, auquel cas la demande est portée devant le tribunal du domicile élu ». On constate d'ailleurs que l'on retrouve l'alternative récurrente *actor sequitur* et Tribunal de Paris à défaut.

<sup>765</sup> On présente en effet souvent la compétence en matière de voies d'exécution comme une compétence limitée au juge du lieu d'exécution. Si la remarque est vraie au niveau abstrait de la compétence générale, elle se fausse en revanche dès l'instant où l'on recherche concrètement quel juge saisir. En effet, l'article R. 121-2 du code des procédures civiles d'exécution (ancien 9 du décret du 31 juillet 1992) énonce que le juge territorialement compétent est le juge du domicile du défendeur ou, « [s]i le débiteur demeure à l'étranger, [le] juge [...] du lieu d'exécution de la mesure ». En admettant, dès lors, que seul un juge de l'Etat d'exécution puisse être compétent, on ne prive pas pour autant systématiquement de compétence le juge du domicile. Celui-ci ne serait en effet incompétent que si la mesure devait dans le cas concret être exécutée hors de l'Etat du domicile, c'est-à-dire si elle avait vocation à avoir un effet extraterritorial. En revanche, si la mesure devait être exécutée dans cet Etat, l'interdiction de l'extra-territorialité ne peut influencer sur la règle de compétence territoriale. Admettons par exemple qu'un débiteur, déclaré en faillite personnelle au Mexique, soit poursuivi par le syndic sur ses biens en France. Si ce débiteur est domicilié à Paris, le syndic devra saisir le juge parisien alors même qu'il souhaite obtenir saisie d'un immeuble de bureau sis à La Défense (dans le ressort du TGI de Nanterre). On ne peut donc, sous prétexte d'internationalité du litige, écarter la compétence du juge parisien (on n'aurait d'ailleurs dans cette configuration pas le choix pour une mesure conservatoire au regard de l'article R. 511-2 du même code).

de compétence interne par une règle de compétence internationale. C'est la règle de compétence interne qui est en première ligne chargée de répondre au problème de compétence. L'internationalité, et donc l'adaptation, ne se révèle que si le rattachement de la règle de compétence interne se réalise à l'étranger, en particulier le domicile du défendeur. Dans ce cas d'extranéité totale, la jurisprudence a parfois considéré nécessaire d'ajouter une règle de compétence subsidiaire. C'est le cas du déni de justice et de l'exequatur. Mais ce sont bien les seules et on le répète : elles n'interviennent qu'à défaut d'un autre fondement de compétence. En revanche, pour les besoins d'une certaine politique juridique, il arrive que l'on ajoute à une hypothèse de compétence spéciale déjà envisagée en droit interne un rattachement subsidiaire pour la même raison<sup>766</sup>. Là encore, toutefois, il n'y a pas au sens strict création d'une règle de compétence « purement » internationale qui vienne se substituer à celle de droit interne. Dans toutes ces hypothèses, l'internationalité est un problème anticipé et neutralisé par le droit positif, un problème bien particulier : celui de la possible réalisation du critère habituel de compétence à l'étranger. C'est l'exact inverse qui se produit en matière d'adaptation par limitation de la compétence.

## **II) La limitation des chefs de compétence par prise en considération de la compétence étrangère**

307. Il arrive enfin que, alors que le juge français est compétent selon la règle applicable, le droit positif pose une exception à cette compétence pour le priver partiellement ou totalement de cette dernière. Cette exception procède de l'idée que le juge français, dans certaines hypothèses, ne saurait mettre en œuvre sa compétence pour des raisons tenant essentiellement à l'implication d'un autre État et non, ici encore, à l'internationalité abstraite de la situation (A). En outre, le fonctionnement de cette prise en compte est tel que l'on peut douter que l'exception procède du même fondement que le principe de compétence (B).

### ***A) Une limitation exceptionnelle***

308. **L'exemple des voies d'exécution.** Les voies d'exécution relèvent d'un pouvoir de contrainte dont le titulaire est indiscutablement l'État sur le territoire duquel

---

<sup>766</sup> Il nous semble discutable de voir ici aussi, comme le proposent MM. MAYER et HEUZE (P. MAYER et V. HEUZE, n° 311s.), un problème d'implication de l'État. Si, à l'évidence, l'ajout d'un rattachement démontre une implication particulière, c'est plus celle du législateur que de l'État pris comme personne juridique. Pris sous cet angle, toute règle de compétence, comme toute règle tout court, démontrerait sinon l'implication de l'État. D'ailleurs, la présentation qu'ils adoptent, pour être éminemment pédagogique, leur fait assimiler des problèmes de compétence (en matière d'enfant en danger, de faillite) et des problèmes d'immunité et d'application du droit public étranger. Pour la distinction entre compétence et immunités au moins, v. *infra*, n° 369s.

elles doivent s'exercer<sup>767</sup>. Il s'agit là du « *monopole de la violence légitime* » dont certains sociologues ont pu faire la définition même de l'État<sup>768</sup>. Plus utilement, ce monopole du pouvoir de contrainte procède juridiquement d'une compétence de droit international public, une compétence exclusive de l'État du lieu où la mesure doit être exécutée<sup>769</sup>. Or, pour la doctrine majoritaire, les décisions de justice prises en cette matière sont assimilables à l'exécution elle-même, ce qui impliquerait que le juge du domicile, étranger au pays d'exécution, serait incompétent pour se prononcer<sup>770</sup>. En ce qui concerne le droit international privé européen, le contentieux de l'exécution est couvert par une disposition d'inspiration territoriale : l'article 22 du Règlement Bruxelles I. Selon cet article, toute contestation de l'exécution d'une mesure d'exécution forcée doit être demandée aux seules juridictions de l'État du lieu de l'exécution<sup>771</sup>. La disposition ne couvre pas l'ensemble du droit de l'exécution. Pour autant, dans la perception traditionnelle de ce problème, la solution devrait être identique dans ces matières qui mettraient en jeu le pouvoir d'exécution de l'État. De manière générale, dès lors, le juge national compétent est celui du lieu d'exécution de la mesure<sup>772</sup>.

309. **L'exemple des successions immobilières.** Un autre exemple est donné par la compétence internationale en matière de successions. Depuis l'arrêt *Nagalingampoulé* au moins, « *la dévolution successorale des immeubles sis en pays étranger, échappe, en principe, à la loi française et à la connaissance des tribunaux français* »<sup>773</sup>. Par l'effet d'une lecture stricte de l'article 3 du Code civil, lui-même résultat d'une adaptation assez confuse de certaines coutumes de l'ancien droit<sup>774</sup>, la compétence en matière successorale est ainsi scindée entre le juge du dernier domicile du *de cuius* (ou de la nationalité du demandeur) et celle du juge du lieu de situation de l'immeuble lorsque ces deux rattachements ne se réalisent pas dans le même État. Alors que la compétence est,

<sup>767</sup> « *La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure –sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat* », C.P.J.I. 7 sept. 1927, *Affaire du Lotus*, Pub. CPJI, série A, n° 10, p. 19, RCDIP 1928, p. 354, note H. Donnadiou de Vabre.

<sup>768</sup> M. WEBER, *Le savant et le politique*, Plon, 1959, introd. R. Aron, spéc. p. 124. V. aussi N. ELIAS, *La dynamique de l'Occident*, Calmann Levy 1975, p. 15s.

<sup>769</sup> V. l'arrêt *Lotus* précité *supra*.

<sup>770</sup> La doctrine est divisée sur la portée exacte à accorder à ce problème. Pour certains, en effet, il faudrait distinguer entre les aspects intellectuels et coercitifs d'une mesure d'exécution (ou l'autorisation judiciaire d'une part, la surveillance du déroulement de l'exécution d'autre part), seuls les deuxièmes ne pouvant être traités que par les juridictions du lieu d'exécution. V. HUET, *J. Cl. dr. int.*, fasc. 581-21, *op. cit.*, n° 31s. ; G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ 2000, spéc. p. 24s. Une doctrine autorisée ne voit cependant pas dans ces deux éléments une quelconque possibilité de dissociation, v. R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2005, n° 32. *Adde.* P. MAYER, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », RCDIP 1979, p. 1, spéc. n° 55 et 64.

<sup>771</sup> Sur lequel v. H. GAUDEMET-TALLON, n° 120s. ; G. CUNIBERTI, C. NORMAND et F. CORNETTE, *Droit international de l'exécution*, LGDJ 2011, n° 838s.

<sup>772</sup> Même si il n'y a ici pas forcément, en droit positif, préférence au juge d'exécution territorialement compétent. Le domicile du débiteur à l'étranger semble lui épargner de devoir plaider devant plusieurs juges de l'exécution pourtant territorialement compétents : Civ. 2<sup>ème</sup>, 9 nov. 2006, *Procédures* 2007, n° 40, obs. R. Perrot (v. aussi RTD Civ. 2007, p. 181) ; *Gaz. Pal.* 9 oct. 2007, p. 14 obs. C. Brenner ; *Dr. et pat.* 2007, n° 11, p. 85, note Ch. Lefort, en matière d'inscription d'hypothèque, alors que le droit interne attribue une compétence territoriale spéciale au juge du domicile du débiteur, « *le juge de l'exécution du lieu de situation d'un immeuble du débiteur domicilié à l'étranger est aussi compétent pour ordonner l'inscription d'hypothèque sur un immeuble [sis en France mais] qui n'est pas dans son ressort* ».

<sup>773</sup> Civ. 5 juil. 1933, *J.* 1934, I, p. 337, note Niboyet, RCDIP 1934, p. 166 du même annotateur ; D. 1934, I, 133, note Silz.

<sup>774</sup> Sur lesquelles, v. S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, Dalloz 2004, p. 97s.

en droit interne, concentrée entre les mains du juge du dernier domicile du *de cuius*, ce dernier doit en revanche se déclarer incompétent à l'égard des immeubles sis à l'étranger. Le fondement de ce démantèlement de la compétence, entorse à la vocation unitaire d'une telle procédure, tient selon ce même arrêt au « *principe de la territorialité des lois relative aux immeubles admis par* [l'article 3 alinéa 2] ». Si l'on peut douter du fondement exact de cette division<sup>775</sup>, elle est encore aujourd'hui de droit positif<sup>776</sup>.

**310. Une exception de principe.** La limitation de la compétence du juge français s'illustre dans d'autres matières. On la retrouve en cas d'annulation de l'acte d'enregistrement d'une marque, d'un brevet, d'une société ou en ce qui concerne l'état civil<sup>777</sup>. Toutes ces exceptions s'adosent de près ou de loin à un principe, celui de la non-immixtion dans l'organisation interne de l'État étranger. Il s'agit dans ces dernières matières de l'activité du service public chargé d'enregistrer l'existence de ces titres ou de ces personnes physiques et morales<sup>778</sup>. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit toujours d'une incompétence exceptionnelle, liée à la nécessité d'une mise en œuvre particulière à l'étranger.

**311. Une exception d'extranéité particulière.** Quel que soit le fondement initial de la compétence à employer, cette dernière ne s'efface que face à une situation concrète, particulière. Si l'exception doit jouer lorsque l'affaire met en jeu l'activité d'un service public étranger, il n'y a en revanche pas d'exception globale au jeu des règles de compétence dans toutes ces matières. Ainsi, quels que soient les autres éléments d'extranéité, le juge du domicile peut être compétent dès lors que l'exécution doit être faite en France. De même, lorsque l'immeuble n'est pas sis à l'étranger, l'emploi de l'article 14 du Code civil redevient parfaitement envisageable<sup>779</sup>. Tout est lié à une circonstance concrète particulière qui va obliger à

---

<sup>775</sup> On peut être tenté de voir dans le choix des mots l'influence de NIBOYET. Le principe de la territorialité des lois n'était pas, bien sûr, une invention de cet auteur, mais sa promotion régulière pendant tout le milieu du XX<sup>e</sup> siècle, en revanche, était au cœur de son activité doctrinale. On trouvera d'ailleurs un bel exemple dans la note que l'auteur consacre à l'arrêt dans la revue critique de 1934 précitée, revue issue de l'ancienne revue de droit international et dont la naissance tient en partie à cette conception politique de la matière (l'autre revue, nommé *Nouvelle revue de droit international privé*, fondée la même année par LA PRADELLE et GOULE, a d'ailleurs été portée sur les fonds baptismaux de l'universalisme).

<sup>776</sup> Si le dernier arrêt prescrivant l'incompétence du juge français au sujet d'un immeuble sis à l'étranger semble remonter à 1982 (Civ. 7 janv. 1982, *RCDIP* 1983, p. 87, note B. Ancel), en revanche l'argument du renvoi, admis depuis la jurisprudence *Ballestrero* (tant pour la loi applicable que pour la compétence, justifie *a contrario*, et jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement Rome IV notamment sur la compétence et la loi applicable en matière de successions (Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012, applicable à partir du 17 août 2015), la permanence de la solution.

<sup>777</sup> A. HUET, *op. cit.*, n° 41s.

<sup>778</sup> La doctrine majoritaire suit en cela les enseignement de l'arrêt du Lotus, v. aussi P. MAYER, « droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979, p. 1s., 341s. et 537s, spéc. p. 374. *Adde.* v. les auteurs cités in A. HUET, *J.-Cl. Internat.* fasc. n° 30. Sur la question de l'immeuble, le lien est manifestement beaucoup plus ténu et les auteurs ne le citent généralement pas sous le même principe. Une certaine tradition y voyait aussi le respect de la souveraineté étrangère mais des travaux plus récents préfèrent parler d'un principe d'efficacité (L. d'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *Economica* 2006 ; en ce sens encore D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 80). Dans tous les cas, le lien avec l'activité d'enregistrement de l'administration des hypothèques, pour prendre l'exemple du service français, semble proche du cœur du problème.

<sup>779</sup> L'affirmation se déduit de la formulation même de l'arrêt qui en a posé la limite « *Attendu que ce texte, qui permet au plaideur français d'attirer un étranger devant les juridictions françaises, a une portée générale s'étendant à toutes les matières, à l'exclusion des actions réelles immobilières et demandes en partage, portant sur des*



écarter la compétence du juge – totalement, comme en matière d'exécution, ou partiellement, comme cela peut arriver en matière de successions. Il s'agit de l'extranéité du devenir de la décision à prendre.

### B) Un fondement technique mystérieux

312. **Compétence et exécution par un agent étranger.** La particularité des situations que l'on vient d'évoquer tient à cette conséquence particulière qu'elles impliquent une activité relevant de la souveraineté étrangère. C'est le seul cas dans lequel l'État, en tant qu'être juridique extérieur, perturbe effectivement le jeu de la compétence de droit commun française. Encore faut-il faire œuvre critique. On peut en effet s'interroger sur le lien qui est fait par exemple entre, d'une part, l'interdiction de perturber l'autorité d'un État sur son territoire en usurpant le pouvoir de ses services publics et, d'autre part, la compétence du juge d'un autre État pour ordonner des mesures d'exécution chez ce dernier. Le débat oppose deux pans de la doctrine. Pour les premiers, tenants du maintien de l'exception, la décision du juge portant sur la voie d'exécution porte en elle-même un *imperium fort*, le glaive de la justice<sup>780</sup>. Ce pouvoir judiciaire ne saurait s'imposer au-delà des frontières de l'État qui l'a armé et, réciproquement, admettre dans son ressort celui d'un autre État<sup>781</sup>. Pour les seconds<sup>782</sup>, qui envisagent au contraire le principe d'une circulation, la décision du juge participe non de la contrainte mais simplement de l'intervention matérielle qui en est à l'origine. Il n'y aurait pas besoin d'interdire par principe au juge français d'intervenir pour une mesure à l'étranger et réciproquement, mais plutôt d'envisager la possibilité d'un filtrage, qui en appelle alors à l'exequatur de l'État concerné. Si l'exequatur devait être refusé, la mesure serait simplement privée d'efficacité. Le débat est ouvert et, si le droit positif ne reflète pour l'instant que la position traditionnelle<sup>783</sup>, les arguments des tenants de

---

*immeubles situés à l'étranger* [...] », *Weiss*, Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1970, *RCDIP* 1971, p. 113, note H. Batiffol et *Grands Arrêts* n° 49. Cela permet notamment de ne pas exclure la compétence du juge français saisi d'actions successorales, relevant normalement du juge du lieu de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire au dernier domicile du défunt, lorsqu'il est compétent sur le fondement de l'article 14 du Code civil, aux immeubles qui sont situés en France.

<sup>780</sup> D'où le titre de l'article de Ph. THERY, « *Judex gladii*, ... ».

<sup>781</sup> Ph. THERY, « Voies d'exécution », *Rep. Dr. int.*, n° 8s., R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, 2<sup>nd</sup> éd., Dalloz 2005, n° 29 ; A. HUET, *op. cit.* ; P. MAYER, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979, p. 1, spéc. p. ; B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 410. *Adde.* E. GUINCHARD, « Réflexions autour de l'accueil de l'injonction *Mareva* par la Cour de cassation française », *Int'l Lis* 2005, 41 qui le fonde moins sur le droit international public que sur le droit constitutionnel, ce qui permet aux exceptions européennes de s'épanouir plus facilement, tout en maintenant l'importance des aspects juridiques de la contrainte et, en conséquence, l'interdiction de principe de circulation des décisions portant sur des mesures d'exécution.

<sup>782</sup> G. CUNIBERTI, C. NORMAND, F. CORNETTE, *Droit international de l'exécution*, LGDJ, 2011, n° 4s. *Adde.* S. CLAVEL, *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, thèse Paris I, 2001 et *Droit international privé*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2012, n° 335s. ; G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ 2000 ; M. NIOCHE, *La décision provisoire en droit international privé européen*, Bruylant 2012 et M. NIOCHE, « Décision provisoire et autorité de chose jugée », *RCDIP* 2012, p. 277.

<sup>783</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janv. 2002, *Crédit Suisse Hottinger*, *JCP E* 2003, p. 663, note G. Cuniberti. V. cependant, autorisant une mesure conservatoire devant trouver effet à l'étranger, Rouen 24 mars 2009, *JDI* 2010, p. 864 et surtout la reconnaissance en France d'injonctions *Mareva* anglaise qui ont

la circulation résonnent de manière particulièrement convaincante à l'heure où la circulation juridique s'accélère. Singulièrement, c'est d'ailleurs autour de la compréhension de la procédure d'exequatur que se semble se nouer le débat. Pour les premiers, l'exequatur ne serait qu'une mesure d'exécution parmi d'autres, et ne pourrait s'intéresser qu'à des jugements pris au fond qui possèdent une efficacité substantielle<sup>784</sup>. Pour les autres, l'exequatur serait moins aujourd'hui la procédure d'octroi de la force exécutoire que la procédure de droit commun de réception des actes étrangers, quel qu'en soit le contenu<sup>785</sup>.

**313. Compétence et efficacité de la décision.** Quoi qu'il en soit de la réponse à ce débat, un élément reste surprenant : la prise en compte concrète de l'efficacité potentielle de la décision au stade de la compétence. En effet, si, *en opportunité*, il est évident qu'il est peu utile de pouvoir saisir un juge dont la décision n'aura aucun effet, il est en revanche surprenant, *en toute logique*, de faire ainsi dépendre la *compétence* de la portée de la décision que le juge pourrait prendre. Il y a d'autres véhicules juridiques, peut-être plus pertinents, pour relayer ce même problème en droit processuel. Successivement, Gilles CUNIBERTI sur les mesures conservatoires, Sandrine CLAVEL sur les injonctions se sont tous deux prononcés pour écarter la compétence du nœud du problème<sup>786</sup>. S'interrogeant sur l'impact de la norme prohibitive de droit international public qui attribue tout pouvoir de coercition à l'État dominant le territoire concerné, le premier de ces auteurs a conclu à son absence. Il en tirait la conséquence de la compétence des juridictions françaises à ce sujet<sup>787</sup>. Mme CLAVEL, sur les mêmes fondements, a démontré que la compétence n'était pas en cause lorsqu'il fallait s'interroger sur la possibilité pour le juge français d'ordonner des mesures à portée extraterritoriale<sup>788</sup>. Outre les arguments de ces deux auteurs, on peut ajouter la conclusion précédente sur la compétence : cette exception ne met pas en relation les juridictions des États intéressés entre elles ; elle se contente de poser une impossibilité de saisine<sup>789</sup>.

---

pourtant, au-delà de leur aspect personnel, une vocation conservatoire sur les biens, Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004, *Stolzenberg*, RCDIP 2004, p. 815, note H. Muir Watt ; JDI 2005, p. 112, note G. Cuniberti ; D. 2004, p. 2743, note N. Bouche ; JCP 2004, II, 10198, concl. J. Sainte-Rose ; RTD Civ. 2004, p. 549, obs. Ph. Théry et E. GUINCHARD, *op. cit.* En l'état du droit positif, aucune plainte n'a en tout cas jamais été déposée à ce sujet pour obtenir sanction d'un Etat dont les juridictions rendraient des décisions extra-territoriales (La Commission du Droit International de l'O.N.U. avait inscrit la compétence extraterritoriale à son programme en 2006, sans cependant qu'il y ait de développement depuis (Rapport de la 58<sup>ème</sup> session, Annexe E). Cela confirme au regard des enjeux pourtant traités par les juridictions nationales en matière commerciale, le relatif désintéret des États quant au fonctionnement de la justice dans les litiges privés économiques transnationaux).

<sup>784</sup> R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2005, n° 41. V. aussi E. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 42 *in fine* ; Ph. THERY, « Voies d'exécution », *op. cit.* n° 9 et, déjà, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, these Paris II, p. 329 : « le plaideur n'agit pas pour la reconnaissance d'un droit subjectif mais pour faire apprécier au juge la légalité d'un acte ».

<sup>785</sup> G. CUNIBERTI, C. NORMAND et F. CORNETTE, n° 18.

<sup>786</sup> G. CUNIBERTI, *op. cit.* ; S. CLAVEL, *op. cit.*

<sup>787</sup> G. CUNIBERTI, *op. cit.*, n° 30s. Plus récemment l'auteur a renouvelé son analyse dans « Le principe de territorialité des voies d'exécution », JDI 2008, p. 963.

<sup>788</sup> S. CLAVEL, *op. cit.*, n° 379s.

<sup>789</sup> L'argument est extensible à toutes les questions exigeant l'intervention d'un service public étranger, et ce dès lors qu'une convention, bien sûr, n'autorise pas déjà ces contentieux extra-territoriaux. La Convention Internationale sur l'Etat Civil, par exemple, autorise ainsi les juridictions d'un Etat partie à modifier les registres d'état civil d'un autre Etat partie à condition que l'acte

- 314. Recevabilité et non compétence ?** La question n'est donc peut-être pas véritablement de compétence. Les auteurs s'opposant d'ailleurs le plus fermement à l'intervention des juridictions françaises dans le cadre d'une exécution à l'étranger insistent sur le fait qu'il ne s'agirait pas d'une incompétence internationale du juge, mais d'une incompétence internationale de l'État lui-même. La réponse ne serait alors pas dans une exception d'incompétence, mais dans un problème de recevabilité<sup>790</sup>. Il faut dire que le traitement procédural de cette exception rendrait meilleure justice à l'obstacle de la souveraineté étrangère. En admettant que le juge français soit compétent, le justiciable pourrait en effet n'avoir aucun intérêt à l'action en justice dès lors que celle-ci ne saurait modifier sa situation juridique à son avantage : la demande devrait en définitive être présentée de nouveau au juge du lieu d'exécution, la première décision n'ayant en principe pour lui aucune valeur<sup>791</sup>.
- 315. Loi applicable et non compétence ?** C'est par un autre biais, surprenant, que procède la jurisprudence en matière de successions immobilières internationales. En effet, si elle a posé au moins depuis 1933 l'interdiction d'étendre la compétence prévue à l'article 14 du Code civil aux droits réels immobiliers, elle est ensuite revenu sur cet effet unilatéral en l'an 2000 en prenant en compte la loi applicable au fond selon le droit international privé du lieu de situation de l'immeuble. Elle permet ainsi au juge français de se reconnaître compétent sur le fondement du renvoi par la règle de conflit de lois du lieu de situation de l'immeuble<sup>792</sup>. Les affaires *Ballestrero*<sup>793</sup> puis *Wildenstein*<sup>794</sup> et *Riley*<sup>795</sup> ont permis à la Cour de consacrer

---

modifié soit une (mauvaise) transcription d'un acte originellement émis dans l'Etat requis (Article 2 de la Convention de Paris du 10 septembre 1964, v. le site de l'organisation éponyme, www.ciec1.org). Il est vrai que la Convention utilise le terme de compétence, mais cette dernière, ne développant aucun aspect procédural, laisse les Etats libres de choisir le véhicule processuel adapté. On notera ainsi que la Convention ne traite pas de juridictions, mais des « autorités compétentes » selon leur propre ordre juridique, à charge pour cet ordre d'en désigner la qualité.

<sup>790</sup> A commencer par Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, spéc. p. 144 et 163. V. aussi A. NUYTS, *op. cit.* p. 804, L. USUNIER, *op. cit.* n° 327 et 52. Emanation du pouvoir de l'Etat, le pouvoir de juridiction correspondrait au pouvoir dont est investi un organe juridictionnel pour remplir sa fonction. Le pouvoir de juridiction ferait ainsi le lien entre la prohibition de droit international public, qui s'adresse à l'Etat, et l'exercice par le juge de sa fonction, qui serait ainsi bornée par la souveraineté étrangère (Ph. THERY, *op. cit.*, spéc. p. 154s.). Avant même d'avoir à s'interroger sur le point de savoir quelle juridiction est compétente, il faudrait ainsi savoir si des juridictions étrangères au lieu d'exécution ont pouvoir pour statuer. Les termes du débat ne portent pas sur la compétence, mais sur le pouvoir juridictionnel, sur lequel V. *supra*, n° 204s.

<sup>791</sup> On aura plus loin l'occasion, une fois la notion et l'organisation de la compétence mieux cernée, de développer cette proposition. V. *infra* n° 761s.

<sup>792</sup> Elle suit en cela les recommandations de NIBOYET, pour lequel la Cour dans *Nagalingampoulé* (Civ., 5 juil. 1933, *Nagalingampoulé*, S. 1934, I, p. 337, note Niboyet, *RCDIP* 1934, p. 166 du même annotateur ; *D.* 1934, I, 133, note Silz ; *JDI* 1934, p. 892), eut mieux de vérifier si la loi du lieu de situation des immeubles n'acceptait pas que juge et loi française procèdent directement au partage des immeubles (*Op. cit.* p. 171).

<sup>793</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2000, *D.* 2000, p. 539, note F. Boulanger, *JCP* 2000, II, 10443, note Th. Vignal, *Deffrénois* 2000, n° 1157 et *JDI* 2001, p. 505, note M. Revillard, *RCDIP* 2000, p. 339, note B. Ancel.

<sup>794</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juin 2006, *JDI* 2007, p. 125, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 2007, p. 1710, note P. Courbe ; *RCDIP* 2007, p. 383, note B. Ancel.

<sup>795</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 févr. 2009, *JDI* 2009, p. 567, note H. Péroz ; *RCDIP* 2009, p. 512, note B. Ancel ; *D.* 2009, p. 1658, note G. Lardeux et p. 562, obs. V. Egea ; *JCP* 2009, II, 10068, note F. Boulanger et *Actu.* 106, obs. E. Cornut.

la solution du renvoi à la loi du reste de la succession et l'arrêt *Tassel*<sup>796</sup> en a consacré le principe quant à la compétence. Si l'opportunité de la solution est évidente à quelques mois de l'entrée en vigueur d'un règlement européen beaucoup plus tolérant<sup>797</sup>, la technique adoptée laisse particulièrement dubitatif. Un chef de compétence valable, amputé par une exception *ad hoc* et finalement rétabli par une règle de conflit de lois... Le caractère international de la situation a très certainement altéré la règle de compétence, mais parler d'adaptation relève presque de l'euphémisme tant on est loin d'une règle de compétence internationale<sup>798</sup>.

**316. Conclusion.** Ainsi, même dans l'hypothèse où la compétence se trouve altérée par la souveraineté étrangère, ce n'est pas la règle elle-même qui s'adapte, mais des règles nouvelles qui sont ajoutées. Cela confirme que si l'internationalité perturbe les solutions de compétence, elle n'affecte pas le principe de son fonctionnement. Il lui suffit des solutions *additionnelles*, soit pour étendre un chef de compétence face au risque d'extranéité, soit pour tenir compte de situations spécifiquement internationales : exequatur et déni de justice. Mais l'exemple topique d'adaptation, celui des voies d'exécution, n'est pas convaincant. La meilleure réponse à la portée extraterritoriale de la décision à prendre, lorsque celle-ci exige d'être mise en œuvre par l'agent d'un État étranger, ne relève pas d'une adaptation de la compétence. Les règles de droit commun s'organisent donc harmonieusement dans un corps unique. La distinction internationale et interne, lorsqu'elle s'exprime réellement, relève en fait de la promotion de certains objectifs.

---

<sup>796</sup> On reviendra plus tard sur les incohérences de l'arrêt *Tassel* pour illustrer une proposition, v. *infra* n° 761s., spéc. n° 798.

<sup>797</sup> V. l'article 9 de la proposition, et son commentaire. On peut cependant hésiter sur la portée même de cette remarque, car le règlement ne fait pas mystère de la compréhension large du terme de juridiction, qui pourrait comprendre les notaires eux-mêmes et les officiers en charge des éventuels registres de propriété, v. C. NOURISSAT, « Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne (à propos de la proposition de règlement du 14 octobre 2009) », *Deffrénois* 2010, art. 39072. On retrouve d'ailleurs par là les éléments déjà développés sur la notion de juridiction dans le Chapitre premier de cette étude.

<sup>798</sup> La doctrine française (E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, LGDJ 1999, spéc. p. 281s.) a d'ailleurs souvent rejoint la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent proposée par P. PICONE (« La méthode de référence à l'ordre juridique compétent », *RCADI* 1986-II, t. 197, p. 229 et « les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 1999, t. 276) selon laquelle il faudrait interroger l'ordre juridique de référence pour vérifier qu'il autorise des juridictions étrangères à appliquer sa loi. Les questions réelles immobilières, pour lesquelles l'ordre juridique de situation du bien tient une place prépondérante, seraient l'exemple topique d'application de cette méthode dans la mesure où, en cette matière, le droit international privé ne pourrait plus se permettre de distinguer *for* et *jus* comme il le fait habituellement (sur cette perspective, v. L. d'AVOUT, *Sur les solutions au conflit de lois en matière de droit des biens*, *Economica* 2008).

## QUATRIEME CONCLUSION : EN PRINCIPE, L'INTERNATIONALITE N'AFECTE PAS LA REGLEMENTATION DE LA COMPETENCE

317. **L'internationalité, trop fuyante pour être définie.** L'internationalité est trop fuyante, trop subtile, trop insaisissable *a priori*. Il n'est donc que deux manières possibles de la traiter, deux manières par ailleurs complémentaires. La première consiste à poser une définition d'internationalité ou d'extranéité précise. C'est ainsi que fonctionnent certains textes internationaux, postulant par exemple que l'internationalité consiste dans le franchissement d'une frontière. Mais cela suppose alors de traiter de relations juridiques qui impliquent une telle mobilité, et encore certaines peuvent-elles échapper à la définition. Il est ainsi difficile de ne pas qualifier d'international le transport de marchandises par camion de Kaliningrad à Moscou, trois frontières, lithuanienne, lettonne puis russe devant être franchies. C'est pourtant bien ce que ferait la CMR qui considère comme un transport interne celui dont le lieu de départ et de destination sont tous les deux dans un même territoire, russe dans ce cas. L'exemple est choisi pour sa flagrance, mais toute *définition* de l'internationalité *délimite* et, nécessairement, exclut de cette définition des hypothèses où, pourtant, l'interrogation internationaliste se pose. Les faits sont trop complexes. Aussi, les solutions au problème de la compétence internationale comprennent nécessairement une seconde solution, alternative : le droit interne de la compétence.
318. **La compétence internationale, un problème aux solutions internationales et internes.** Si l'on ne peut toujours compter sur des droits spéciaux pour traiter d'un problème, il faut alors envisager le droit commun. En matière de compétence, ce droit commun est constitué par le droit interne de la compétence, et plus précisément le droit de la compétence judiciaire. Il ne saurait y avoir une « nature » de la règle de compétence internationale. Le droit positif en a fait l'économie depuis des décennies (voire au moins deux siècles si l'on s'exonère du problème de l'incompétence entre étrangers) en usant de règles de compétence territoriale pour résoudre le problème international. Parler des « règles de compétence internationale », c'est simplement éviter une longue périphrase désignant « *l'ensemble des règles résolvant une question de compétence dans le cadre d'une situation juridique présentant des éléments d'extranéité (ou internationaux)* », ces règles étant en partie des règles de compétence établies pour les situations internes. L'ensemble des règles de compétence internationale est certes plus abondant que celui des seules règles internes, mais le premier comprend le second.
319. **Le caractère exceptionnel de l'adaptation.** Certes, le législateur (ou la jurisprudence) a parfois senti le besoin d'adapter le droit commun. L'extranéité de certaines situations nécessite de poser des solutions subsidiaires de compétence, que les rattachements de droit commun laisseraient sinon sans réponse française. Ceux-ci, toutefois, ne prennent pas en compte une situation spécialement interétatique, au sens où le problème serait directement celui du pouvoir de l'État. Ces solutions, rattachements ou chefs de compétence supplémentaires, sont d'ailleurs toujours

subsidiaries, ce qui pose bien leur raison d'être essentiellement pragmatique et fonctionnelle. Quelques rares solutions n'ajoutent pas mais retranchent au jeu normal des règles de compétence de droit commun. Il s'agit alors, semble-t-il, de tenir compte d'une activité étatique étrangère, ou de son territoire. Ce qui est en droit positif une exception ne suffit pas, cependant, à renverser le principe théorique d'applicabilité directe du droit commun de la compétence. Leur mécanisme, parfois assez obscur et manifestement exceptionnel, le justifie d'autant moins.

**320. Transnationalité de la compétence.** Il faut abandonner la présentation classique du droit de la compétence internationale qui place l'État au cœur de ses solutions. Le droit de la compétence, s'il est effectivement encore pour partie national, ne répartit pas des litiges entre les États, mais entre des juridictions. Il peut être de source supranationale, mais résout un problème simplement transnational, faisant fi des États. Les caractères habituellement attribués à la règle de compétence internationale (règle générale, règle unilatérale, règle localisatrice) ne sont ainsi pas des solutions inhérentes à une nature quelconque, mais les conséquences de certaines situations. Même l'appartenance d'une juridiction à un ordre national n'est plus un critère lorsque la règle de compétence répartit d'abord par matière avant de répartir en fonction d'une localisation géographique, réalisant ainsi des « ordres juridictionnels internationaux ». Il faut abandonner le concept de la compétence internationale entretenue depuis BARTIN. Le sens contemporain du caractère international de la compétence est celui de la transnationalité, et non plus de l'interétatisme.

## CONCLUSION INTERMEDIAIRE

---

*« Instaurant entre les États qui y adhèrent et pour les matières civile et commerciale qu'elle considère un système unifié et commun de compétence internationale et de reconnaissance de plein droit des décisions, ce traité construit sur la base de l'équivalence fonctionnelle qu'il établit entre les tribunaux européens, une fédération des ordres juridictionnels [...]. L'allégeance personnelle, la soumission à un ordre juridictionnel étatique plutôt qu'à un autre ne constituent pas des notions opérantes au sein du système conventionnel. Le cloisonnement des souverainetés se dissout dans la fongibilité relative des tribunaux ; la discontinuité des ordres juridictionnels ne subsiste de manière significative que dans l'exécution forcée ».*

- 321. Evolution du droit de la compétence internationale.** Ces quelques lignes de M. ANCEL, bien qu'écrites au sujet de la Convention de Bruxelles<sup>799</sup>, expriment parfaitement le sort aujourd'hui réservé à une partie importante du droit de la compétence internationale. L'État peut participer à la réglementation de la compétence de juridictions sur lesquelles il n'a pas de pouvoir direct : l'investiture est déconnectée de la compétence. L'État adhère à des systèmes internationaux de compétence par convention, par adhésion à l'Union européenne ou même unilatéralement en octroyant des pouvoirs importants aux tribunaux arbitraux : la compétence n'est plus que résiduellement une question de réglementation unilatérale et solitaire. Les règles de compétence opèrent une reconnaissance directe des juridictions potentiellement désignées et établissent ainsi, lorsqu'elles sont internationales, la fongibilité des juridictions étrangères, internationales ou même privées alors reconnues par équivalence fonctionnelle. Enfin, l'internationalisation de cette réglementation la ramène à ce qu'elle est vraiment, c'est-à-dire un ensemble de règles qui répartissent les affaires aux juridictions. L'internationalisation de la règle permet ainsi de faire fi des frontières étatiques.
- 322. Une étape dans un processus d'intégration internationale.** L'organisation de la justice internationale de droit privé est certainement à un tournant de son histoire. Lentement, discrètement, texte par texte et exception par exception, c'est toute une organisation internationale de la justice de droit privé qui s'est construite dans le domaine économique que nous avons recensé. La mondialisation économique, culturelle, politique et sociale y est pour beaucoup. On est sans doute loin de pouvoir discerner un véritable ordre de justice mondial qui relève sans doute d'ailleurs de l'utopie. Toutefois, les organisations ponctuelles de source internationale se multiplient, que ce soit simplement par création de textes sur la compétence ou même par création d'ordres juridictionnels ou de juridictions internationales, comme en matière de propriété intellectuelle en Europe, de

---

<sup>799</sup> B. ANCEL, « La clause attributive de juridiction selon l'art. 17 de la Convention de Bruxelles », *Riv. dir. int. e. proc.* 1991, p. 263, spéc. p. 266.

violations des droits de l'homme ou encore de droit des investissements. Tout cela ne laisse plus de place au doute : le temps où cette organisation se concevait comme la délimitation autonome et unilatérale par l'État de l'intervention de ses juridictions est révolu.

**323. La convergence des règles internes et internationales.** Il faut en revenir à une perception plus pragmatique des choses, plus ouverte sur la variété du traitement des affaires en droit économique international. Le droit de la compétence internationale ne distingue pas entre juridictions nationales et les autres. Les règles, du moins, ne le font pas. Les mêmes désignent le cas échéant des juridictions de statuts, d'activités et de procédures très diverses. Elles ne distinguent pas plus les situations internes des situations internationales. Lorsqu'elles le font, d'ailleurs, c'est souvent en occultant l'aspect international de la situation, soit qu'elles ne s'intéressent qu'à certains rapports internationaux, soit qu'elles se contentent d'ajouter un rattachement spécial pour prendre en compte le risque d'extranéité du rattachement principal de la règle de compétence et éviter ainsi certains cas d'incompétence. La réglementation de la compétence internationale ne s'intéresse donc pas toujours à la spécificité de ce problème : la plupart des règles de droit commun fonctionnent sans le prendre en compte. Quant aux règles spécialement établies à cet effet dans les instances internationales, elles articulent l'activité des juridictions nationales, étrangères et internationales comme s'il s'agissait toutes d'organes internes, sans distinguer leur origine ni même leur procédure.

**324. Un traitement transnational du problème de la compétence internationale.** La conclusion s'écrit alors sous la forme d'un paradoxe. La réglementation de la compétence internationale n'aurait rien de très singulier. Ce serait un ensemble de règles de compétence comme un autre. En particulier, la figure de l'État, omniprésente dans la théorie classique du droit international privé, est plutôt source de confusion, d'exclusions improductives et même d'erreurs dans les constructions théoriques qui l'analysent encore aujourd'hui. Il faut écarter l'État, et ne le retenir que pour ce qu'il est ici : une simple donnée, qui explique la spécificité du problème. Parce que la réglementation de ce dernier n'en retient pas la nature singulière, elle est au sens propre « trans-nationale », transcendant les frontières.

**325. L'éclatement d'un droit en des droits.** Toutefois, retirer l'État de l'équation revient à disloquer le droit de la compétence internationale. Les règles de droit interne, les règlements européens, les conventions internationales ou encore le droit de l'arbitrage commercial international forment autant de facettes différentes et à première vue difficilement conciliables entre elles. Elles le sont pourtant ; il suffit d'admettre la complexité comme l'état nécessaire d'un droit de la compétence internationale en pleine révolution. L'unité perdue de la source du droit peut alors se retrouver dans les règles elles-mêmes, qui ont toutes la même fonction, cette fonction qui n'a pas encore été perçue en elle-même : l'organisation de la concurrence internationale des juridictions.



**SECONDE PARTIE :**

**L'ORGANISATION CONTEMPORAINE DU**

**DROIT DE LA**

**COMPETENCE JURIDICTIONNELLE**

---

326. **Un droit pluriel.** Le droit de la compétence internationale réunit l'ensemble des règles participant à la résolution d'un problème de compétence dans le cadre d'une situation internationale. Il n'est réductible ni à une solution spécifique, ni à une structure particulière de la règle. Des normes de source, de forme, d'objet divers participent ainsi à résoudre ce même problème. On est alors contraint d'en constater l'hétérogénéité : il s'agit de droits positifs, au pluriel, regroupés dans une branche théorique dont l'harmonie est difficile à cerner. L'unité de la présentation classique, obtenu grâce au paradigme étatiste –mais au prix d'exclusions injustifiées, a volé en éclat. Dès lors, le projet de décrire l'organisation de la justice internationale ne peut faire l'économie de cette diversité. Il est nécessaire, au contraire, d'admettre le pluralisme du droit de la compétence internationale<sup>800</sup>. Le problème initial s'en complique d'autant toutefois, car le pluralisme appelle une cohérence. À défaut, cette masse disparate de règles se perdrait dans une pluralité anarchique<sup>801</sup>.
327. **Un pluralisme organisateur.** Redécouvrir cette unité n'est toutefois pas impossible. Le pluralisme se résout en effet dans la fonction même de cet ensemble de règles : l'organisation de la concurrence internationale des juridictions. L'idée, consubstantielle à la compétence, a régulièrement fait surface dans toute la première partie. C'est qu'elle n'est pas que théorique mais s'impose à l'ensemble de ces règles comme une nécessité pratique ; il est donc temps de l'aborder de front.
328. **L'organisation des organisations.** *Organisation* des droits de l'*organisation* de règles d'*organisation* de la concurrence des juridictions... Le tableau de la compétence internationale appelle toutefois une belle mise en abyme. Pour savoir comment le droit de la compétence internationale fonctionne, il faut en effet saisir comment les droits de la compétence eux-mêmes s'articulent les uns avec les autres. Pour comprendre cela, il faut analyser comment ces ensembles de règles prennent forme. Enfin, ces dernières ont encore précisément pour objet premier de répartir ou d'attribuer les affaires à des juridictions, c'est-à-dire, d'en organiser l'activité. En définitive, saisir le tableau d'ensemble nécessite de remonter progressivement les différents niveaux d'organisation, depuis les règles de compétence jusqu'à l'articulation de ces groupes de règles entre eux.
329. **Le plan médian de l'organisation : les systèmes de compétence.** Ce sont toutefois bien ces « groupes » qui semblent constituer le niveau pertinent de cette organisation en gigogne, entre les règles elles-mêmes et le projet final de la branche du droit de la compétence qui appréhende l'internationalité. « Ensembles » ou « droits », les termes ne sont d'ailleurs pas très significatifs. Pour emprunter une

---

<sup>800</sup> On notera toutefois que ce pluralisme est moins complexe que celui observé au sujet du caractère juridictionnel : il ne s'agit pas ici en effet de reconnaître des normes venues d'ailleurs, mais de constater simplement la variété des formes des règles applicables en la matière dans l'ordre juridique français (sur la diversité des sens du terme, v. D. BODEN, « Le pluralisme en droit international privé », *APD* 2005, p. 275).

<sup>801</sup> En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *RCADI* 2005, t. 312, p. 9, spéc. p. 476-477. Mme GAUDEMET-TALLON fait par ailleurs remarquer que l'unité n'est pas une simple exigence théorique, elle permet en outre d'améliorer l'accessibilité du droit : « *Le droit ne peut certes être simple et sa complexité répond à la complexité du monde auquel il s'adresse, mais il doit veiller à pouvoir être 'communiqué' au corps social auquel il s'adresse* ».

notion connue, on se propose de les appeler « systèmes de compétence ». Et, pour leur appliquer l'analyse que l'on vient de se proposer de suivre, on dressera dans un premier temps une étude de l'organisation des règles de compétence en systèmes (Titre 1) avant d'en tirer les conséquences qui s'imposent quant à l'organisation des systèmes de compétence eux-mêmes (Titre 2).

**Titre premier** : L'organisation en systèmes de compétence

**Titre second** : L'organisation des systèmes de compétence



## TITRE PREMIER

# L'ORGANISATION EN SYSTEMES DE COMPETENCE

---

**TITRE PREMIER : L'ORGANISATION EN SYSTEMES DE COMPETENCE**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

**CHAPITRE I : L'ORGANISATION PAR LA COMPETENCE**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

SECTION 1 : LA FONCTION DE LA COMPETENCE : ENCADRER LE CHOIX DU JUGE DANS LA CONCURRENCE INTERNATIONALE.....**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

*Paragraphe 1) Les données du problème : la concurrence des juridictions* **Erreur ! Signet non défini.**

*Paragraphe 2) Les différents types de solutions*..... **Erreur ! Signet non défini.**

SECTION 2 : LE SENS DE LA REGLEMENTATION DE LA COMPETENCE, UNE ORGANISATION PUBLIQUE INTERNATIONALE .....**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

*Paragraphe 1) L'organisation publique d'intérêt privé*..... **Erreur ! Signet non défini.**

*Paragraphe 2) Une organisation publique internationale* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

CINQUIEME CONCLUSION : LA REGLEMENTATION DE LA COMPETENCE COUVRE L'ENSEMBLE DES REGLES ENCADRANT LE CHOIX DE LA JURIDICTION.....**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

**CHAPITRE II : L'AGENCEMENT DES REGLES EN SYSTEMES DE COMPETENCE**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

SECTION 1 : NOTION DE SYSTEME DE COMPETENCE .....**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

*Paragraphe 1) Description du système de compétence* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

*Paragraphe 2) Propriétés du système de compétence* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

SECTION 2 : EXEMPLES DE SYSTEMES DE COMPETENCE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

*Paragraphe 1) Les systèmes de source interne* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

*Paragraphe 2) Les systèmes de source internationale* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

SIXIEME CONCLUSION : LA REGLEMENTATION DE LA COMPETENCE S'ORGANISE EN SYSTEMES REPARTITEURS .....**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

330. De la fonction aux règles, des règles aux systèmes. Le cheminement de l'analyse doit ici encore être progressif : partant du problème, il faut retrouver le sens même des règles ; puis, des règles, avancer vers ces ensembles de règles que l'on a proposé de nommer systèmes de compétence. Du premier, il ne suffit pas, en effet, d'évoquer la concurrence des juridictions : si l'on a résolu d'écarter la difficulté de définir la juridiction en première partie, il reste encore d'abord à déterminer les contours de leur concurrence pour, ensuite, déterminer ce que l'on doit comprendre derrière l'idée de son organisation. Or, comme problème de la compétence, la concurrence juridictionnelle ne se présente pas de la même manière à tous ses acteurs, parties, juge et législateur l'observant de points de vue différents. Il est donc nécessaire, dans un premier temps, d'analyser le problème de fait pour en déduire le champ du droit et le type de réglementation concernée (Chapitre 1). En outre, l'organisation de la concurrence juridictionnelle ne serait pas complète sans une organisation des règles elles-mêmes. Ce sont ces groupes des règles, ces « systèmes de compétence », qu'il faut alors étudier dans un second temps (Chapitre 2).

## CHAPITRE I :

### L'ORGANISATION PAR LA COMPETENCE

---

331. **Constat d'une fonction organisatrice.** L'étape suivante de l'analyse impose d'en revenir au fondement même du droit de la compétence : son problème et ses solutions. Certains éléments évoqués dans la première partie nous offriront quelques jalons : la diversité des règles qui participent de la résolution de ce problème, règles spécifiques de compétence internationale, règles de compétence interne et même certaines règles de procédure. Tous ces éléments tendent vers un constat : la compétence, qui intervient pour organiser la concurrence juridictionnelle internationale, a pour fonction d'encadrer un choix (Section 1).
332. **La nécessité d'une organisation publique.** Le choix, toutefois, ne devrait pas nécessiter une réglementation bien complexe. À dire vrai, on pourrait même se demander pourquoi réglementer : le choix des justiciables, limité par leurs propres contraintes, pourrait suffire à résoudre la question. L'anarchie, l'intempérance et, finalement, l'injustice, menaceraient cependant le système juridictionnel qui adopterait une telle solution, sans compter les problèmes de gestion de flux de contentieux, qui ont pris une certaine importance dans la réglementation de l'accès à la justice : il faut encadrer le choix des justiciables. Le droit de la compétence naît ainsi précisément du refus d'une liberté inconditionnelle laissée au demandeur ou aux parties. L'internationalisation partielle du droit de la compétence, si elle en a accentué le libéralisme, n'en a ainsi pas modifié le sens : celui d'une organisation publique. Le sens même du droit de la compétence est donc celui d'une réglementation, publique, très internationalisée (Section 2).

#### **Section 1 : LA FONCTION DE LA COMPETENCE : ENCADRER LE CHOIX DU JUGE DANS LA CONCURRENCE INTERNATIONALE**

333. La compétence internationale doit être définie de manière fonctionnelle : il s'agit de l'ensemble des règles qui répondent à la concurrence des juridictions en permettant un choix (§1). Cette définition purement fonctionnelle élargit considérablement ce que l'on conçoit généralement comme la réglementation de la compétence, car le droit offre une certaine variété de manières d'encadrer ce choix (§2).

## Paragraphe 1) LES DONNEES DU PROBLEME : LA CONCURRENCE DES JURIDICTIONS

334. Il faut aller au-delà du sens premier, intuitif, de la compétence. La *fonction* de la compétence est de répondre à une situation de concurrence juridictionnelle ; l'attribution à un juge, ou à un ordre juridictionnel, n'est qu'un *effet*, important et nécessaire certes, mais simplement consécutif (I). Partir de ce problème de fait, de cette situation de concurrence, est toutefois insuffisant pour en comprendre la réglementation. Il faut en effet remarquer qu'il ne se présente pas de la même manière aux trois principaux acteurs de sa résolution : les parties, le législateur et le juge. Aborder les trois aspects de la concurrence juridictionnelle est donc nécessaire pour en préparer la résolution (II).

### I) La situation de concurrence juridictionnelle

335. **L'ambiguïté primordiale de la compétence.** Le terme de compétence porte en lui-même l'équivoque qui rend si difficile sa définition. À lire la plupart des définitions classiques, elle ne serait en effet rien d'autre qu'une attribution. Pour le Vocabulaire juridique de l'Association Capitant, la notion de compétence se réfère en effet à « l'ensemble des pouvoirs et devoirs attribués et imposés à un agent pour lui permettre de remplir sa fonction », à son « aptitude à agir dans un certain domaine » ou encore, en renversant quelque peu la perspective, à « l'ensemble des affaires dont [une] juridiction a vocation à connaître ». L'idée, cependant, est bien toujours d'une attribution, que ce soit du type de capacité (et de ses conditions) ou du champ de son intervention.

On retrouve cette même conception dans le langage courant. À titre d'exemple, le Petit Robert la définit dans un premier sens comme « l'aptitude reconnue légalement à une autorité publique de faire tel ou tel acte dans des conditions déterminées ». La formule est ramassée mais confirme les deux définitions précédentes (aptitude, conditions et champ de l'aptitude). Dans un second sens, il ajoute une autre acception : la « connaissance approfondie, reconnue, qui confère le droit de juger ou de décider en certaines matières ». On glisse alors de l'attribution en tant que telle à la cause d'une attribution. La compétence technique justifie en effet la compétence juridique. De cette idée, toutefois, on a vu les limites : l'individu compétent étant distinct de l'organe dans lequel il officie<sup>802</sup>, ce serait plutôt à la compétence juridique de l'organe de justifier l'emploi de personnels qualifiés. Quoi qu'il en soit, on retrouve ces deux définitions dans le *Littré*, lequel y ajoute cependant deux autres, qualifiées de surannées, synonymes pour l'une de convenance et pour l'autre de rivalité :

« 3. De compétence, comme il convient. Cet habit cependant n'est pas de compétence. - Vous savez que l'habit ne fait pas la science. [Regnard, *Les folies amoureuses*] - Vieilli en ce sens, qui, d'ailleurs ici, paraît attiré par science. 4.

---

<sup>802</sup> V. sur la question de l'investiture, *supra*, n° 242 (et sur les origines de la distinction, note n° 130).

*Rivalité. - La moindre ombre de compétence avec un fils de France a un grand air de ridicule. [Retz, II, 82] -Peu usité en ce sens »<sup>803</sup>.*

336. **Etymologie.** Cependant, pour être surannés, ces deux derniers sens sont révélateurs de l'étymologie du terme. Le terme est d'abord apparu dans la langue française sous la forme d'un adjectif relatif au juge. Le juge « compétent » fait alors référence au juge « convenable » ou « approprié », c'est-à-dire au juge naturel<sup>804</sup>. L'origine en serait une dérivation du latin *competo* qui signifie « coïncider », « s'accorder », « convenir à », mais aussi « chercher à atteindre ensemble, rechercher concurremment »<sup>805</sup> ; une origine dès lors elle-même ambiguë. Il y a déjà dans ces différents sens une idée d'attribution, de comparaison, même si la perspective est prise à partir de l'objet (à qui est attribué) et non à partir du sujet (qui attribue). Mais le terme *competo* est aussi à l'origine de « compétition » et de « concurrence » par le mot *competitio* (accord, candidature rivale)<sup>806</sup> : la comparaison, le rapport observé entre les objets est donc parallèle à un second sens, celui d'une fin commune des objets mis en rapport. Si le juge compétent (déjà en latin, *competens iudex*) est un juge « convenable », c'est en rapport à d'autres qui prétendent l'être, qui sont en concurrence avec lui. L'étymologie rejoint ici la sémantique. *Competentia*, signifiait en latin « proportion », « juste rapport ». Si un juge obtient compétence, c'est donc par rapport à d'autres organes qui tendent vers la même fin, qui le concurrencent : d'autres juges.

337. **La compétence, solution à une situation de concurrence.** Cette brève remontée dans le temps linguistique répond précisément au mouvement inductif opéré dans la première partie : il ne faut pas confondre la règle avec la question qu'elle résout. Si les définitions de la compétence insistent sur l'aptitude ou le titre, c'est parce qu'elles sont entièrement tournées vers le juge. Du point de vue de l'organe, en effet, il y a toujours dans la règle de compétence une part d'attribution, de délimitation de l'intervention, qui lui est personnelle, peut-être exclusive. Qu'elle soit juge des marques communautaires, juge du domicile ou juge naturel, la juridiction compétente est toujours celle à laquelle est attribuée un certain champ d'activité. Cependant, l'idée même d'attribution implique que la juridiction ne soit pas sujet de la compétence, mais seulement le destinataire. Penser la compétence au seul niveau du juge, c'est alors un peu s'intéresser à l'ombre portée au lieu de

---

<sup>803</sup> *Dictionnaire de la langue française Emile Littré*, v<sup>o</sup> Compétence : « 1. Terme de droit. Attribution, pouvoir d'un tribunal, d'un fonctionnaire, d'un officier public ; mesure de ce pouvoir. Décliner, reconnaître la compétence d'un tribunal. La compétence des notaires. Juger la compétence, décider à quel tribunal appartient la connaissance d'une affaire. - Clotaire II règle la compétence entre les juges des églises et les officiers. [Montesquieu, *L'esprit des lois*] - 2. Fig. Habileté reconnue dans de certaines matières et qui donne un droit de décider. La compétence de Vaugelas dans les questions grammaticales. Familièrement. Cela n'est pas de sa compétence, il n'est pas en état de juger, de décider. - Du moins devrait-il se taire sur les choses qui ne sont pas de sa compétence. [Voltaire, *Correspondance*] - ».

<sup>804</sup> *Dictionnaire historique de la langue française*, v<sup>o</sup> « Compétence ».

<sup>805</sup> F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin-Français*, Hachette 2000, v<sup>o</sup> « Competere ».

<sup>806</sup> *Ibid.* De « con- », ensemble, et « petere », rechercher, rencontrer, coïncider (aussi à l'origine du mot pétition, centripète, appétit ?). D'où par ailleurs la définition première de concurrence comme : « 1<sup>o</sup> Prétention de plusieurs personnes à un même objet », *Dictionnaire de la langue française Emile Littré*, v<sup>o</sup> Concurrence. *Adde.*, dans le même dictionnaire cité *supra*, l'emploi de compétence comme dans le sens de concurrence par MONTESQUIEU (« Clotaire II règle la compétence *entre* les juges des églises et les officiers », nous soulignons). V. sur ce point C. LUCAS de LEYSSAC, « Concurrence et compétition », *D.* 2004, p. 1722.



chercher la source de la lumière. Le véritable sujet, l'architecte de la compétence, est le législateur à la source de cette attribution.

Ce changement de perspective, du destinataire à l'ordonnateur de la compétence, contraint à s'éloigner de l'objet direct de la règle, l'attribution au juge, pour en examiner la finalité. Réduire cette finalité à une attribution, la délégation de l'État à ses organes du pouvoir juridictionnel, serait une erreur que l'on a déjà dénoncée : il ne se contente pas de déterminer la compétence de ses propres organes mais aussi des autres qu'il reconnaît<sup>807</sup>. Du point de vue de l'État, la compétence est donc moins une « attribution-délégation » qu'une « attribution-délimitation ». Elle a pour but, pour reprendre les caractères sémantiques, de trouver les « justes rapports » entre des organes qui « tendent à la même fin ». Elle permet ainsi d'organiser la concurrence de la pluralité d'organes auxquels a été attribuée cette fonction, résolvant ce que l'on a appelé un « conflit d'activités »<sup>808</sup>. En bref, la compétence a pour finalité l'organisation de la concurrence d'une pluralité d'organes dans l'exercice d'une même activité, c'est-à-dire, pour des juges, celle d'exercer leur pouvoir juridictionnel.

338. **Confirmations dans la doctrine de droit interne.** L'affirmation n'a par elle-même rien d'original. La doctrine de droit judiciaire définit d'assez longue date la compétence comme une organisation de l'appareil judiciaire<sup>809</sup>. EISENMANN avait très clairement posé les termes du problème lorsqu'il imaginait le législateur d'un État nouveau créant ses institutions<sup>810</sup>. Confronté à la problématique de la rédaction des textes constitutifs de l'institution judiciaire, le législateur aurait à trancher entre instituer une juridiction unique (peut-être composée de diverses chambres) et instituer une pluralité de juridictions. Dans le premier cas, il n'y aurait pas lieu de définir des cas d'intervention, d'établir de compétence, puisqu'il n'y aurait rien à organiser. Toute affaire requérant l'intervention d'un juge serait nécessairement portée devant ce tribunal. Le seul problème, éventuellement, serait de déterminer si la question relève vraiment du pouvoir juridictionnel et non, par exemple, d'une simple décision administrative. Dans le second cas, en revanche, il faudrait au contraire répartir, déterminer les cas d'intervention de chaque organe, autrement dit la compétence<sup>811</sup>.

---

<sup>807</sup> V. sur la reconnaissance de l'activité juridictionnelle, *supra*, n° 93s.

<sup>808</sup> Ph. THERY citant G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, rééd. 1965, p. 380. Ce dernier auteur développe cependant lui aussi par ailleurs une conception de la compétence en termes de pouvoir : « *Le pouvoir juridictionnel, en chaque organe qui en est investi, nous apparaît limité : ces limites constituent sa compétence. La compétence d'un organe est donc la part du pouvoir juridictionnel qu'il peut exercer* » (trad. libre : « *Il potere giurisdizionale, in ogni singolo organo che ne è investito, ci appare limitato : questi limiti costituiscono la sua competenza. La competenza di un organo è dunque quella parte di potere giurisdizionale che esso può esercitare* », *op. cit.*, éd. de 1923, p. 393 –Ch. III, Capacità speciale obbiettiva degli organi giurisdizionali).

<sup>809</sup> On fait ainsi souvent référence à l'image de la « *division du travail* » judiciaire, inventée par G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> éd. 1996, p. 153s. Sur cette expression et les confusions qu'elle engendre, v. *supra* n° 229.

<sup>810</sup> Ch. EISENMANN, « Sur la compétence des juridictions », *D.* 1948, Chron. p. 49.

<sup>811</sup> M. TUSSEAU a proposé un exemple analogue dont on s'est servi pour discuter la distinction de la compétence et du pouvoir, v. *supra* n° 230.

Purement théorique<sup>812</sup>, l'image fait cependant très clairement ressortir le fait que « l'autre » pris en compte dans l'idée même de compétence n'est pas forcément un élément quelconque, mais plutôt un agent identique à celui qui est « compétent ». En d'autres termes, la notion de compétence ne va pas sans l'idée de concurrence. Comme le rappelle M. THERY, « *les règles de compétence désignent, parmi plusieurs organes dotés des mêmes prérogatives juridiques, celui qui pourra les exercer dans un cas précis* »<sup>813</sup>. L'ensemble de la doctrine contemporaine est ainsi au diapason<sup>814</sup> et notre propre recherche sur la distinction entre le pouvoir et la compétence du juge le confirme<sup>815</sup> : il y a bien, derrière la compétence, un état de concurrence entre des organes aux pouvoirs identiques ou assimilés, et dans les règles de compétence, une volonté d'organisation.

**339. Problématique internationale.** C'est cependant sur cette double idée que l'on achoppe dans le contexte international. Concurrence et compétence supposent au moins, comme le rappelle leur origine commune, que les entités en concurrence « tendent vers la même fin ». Or, s'il est facile de considérer que des organes tels que des juges d'un même État peuvent tous avoir la même fonction, dès lors qu'ils ont été institués par le même État, il est plus difficile de le concevoir pour des juges institués par des États différents, voire par des organisations ou des parties privées. C'est la raison pour laquelle on a parfois défendu l'idée qu'il ne s'agissait plus alors de compétence au sens strict mais de délimitation du pouvoir de juger de l'État<sup>816</sup>. C'était à tort. Admettre cette proposition revient à dire que le pouvoir de juger attribué aux juges dans l'ordre interne, unique et indivisible<sup>817</sup>, serait, pour les situations internationales, éclaté entre les milliers de juridictions que l'État reconnaît par les règles de compétence internationale. Dès l'instant où il est démontré que la catégorie « situation internationale » ne peut être délimitée précisément<sup>818</sup>, le phénomène de la frontière ne saurait avoir un tel effet sur le pouvoir de juger. L'État dispose de la plénitude de ce pouvoir qu'il attribue et limite comme il le souhaite entre ses juges, seul ou au sein des réseaux

---

<sup>812</sup> Ou presque. Le Lichtenstein, par exemple, s'il dispose d'une hiérarchie judiciaire (Tribunal de première instance, *Landsgericht*, cour d'appel, *Obergericht*, Cour de cassation, *Oberster Gerichtshof*), n'a en effet établi qu'une juridiction pour chaque instance dans l'ordre judiciaire. Il dispose il est vrai d'une Cour administrative, et « d'officiels non juges » formés par le *Landsgericht*, v. art. 97s. de la Constitution de la Principauté de Lichtenstein du 24 octobre 1921, telle qu'amendée.

<sup>813</sup> Ph. THERY, v° « Compétence » in *Dictionnaire de la culture juridique*, spéc. p. 247 (nous soulignons).

<sup>814</sup> V. F. LEBORGNE, v° « Compétence », *Dictionnaire de la justice*, PUF 2004 ; SOLUS et PERROT, n° 1 ; L. CADIET et E. JEULAND, n° 106 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, n° 1472 (avec les réserves liées à leur présentation de la compétence internationale comme question de pouvoir de juger). L'idée se retrouve en droit comparé, même si les auteurs ne distinguent pas toujours compétence et pouvoir de juridiction : Ch. FRAGISTAS, « la compétence en droit international privé », *RCADI* 1961-III, t. 104, p. 159, spéc. p. 166 ; I. SZASZY, *International civil procedure, a comparative study*, Sijthoff 1967, p. 293s., spéc. 295 citant H. NEUHAUS qui parle de « division ».

<sup>815</sup> V. *supra* n° 206s.

<sup>816</sup> Sur la théorie du *Grenzrecht*, v. P. de VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, LGDJ 1997, n° 9s. et surtout 17s. Sur l'application qu'en tire BARTIN en matière de compétence juridictionnelle, v. *supra* n° 165s.

<sup>817</sup> Au sens où chaque juge ne reçoit pas une « portion » de pouvoir de juger, il le reçoit en plein, le pouvoir étant tout simplement ce qui permet d'exercer la fonction juridictionnelle. Les exceptions à ce principe ne portent que sur les limitations à la fonction juridictionnelle, comme pour la Cour de cassation ou le juge des référés, qui n'ont pas la possibilité d'exercer la fonction pleine, v. *supra*, n° 214s.

<sup>818</sup> V. *supra*, n° 282s.

internationaux que l'on a évoqués<sup>819</sup> ; mais l'idée même d'un pouvoir de juger de droit international public suppose que tous les États disposent du même. Quant au pouvoir de juridiction des juges eux-mêmes, il doit être distingué de la compétence dans la mesure où les deux notions, si elles ressortent d'une même idée générale d'habilitation, d'attribution, répondent à des questions bien différentes : le premier décrivant ce que le juge peut faire, la seconde quand il peut le faire<sup>820</sup>.

La majeure partie de la doctrine internationaliste a ainsi adopté cette distinction développée par M. THERY<sup>821</sup>. La concurrence des juges des différents États résulte d'une certaine communauté internationale du droit et de la justice, une proximité qui rend possible, pour les justiciables, de s'adresser à l'une ou à l'autre des juridictions potentiellement concernées. Sans doute, la compétence du juge allemand ou russe, français ou arbitral, n'est en rien équivalente pour le justiciable. Leurs règles de fond, de procédure et même leur environnement culturel et matériel différeront grandement de l'un à l'autre. Les rattachements choisis par les règles de compétence internationale en tiendront parfois compte. Cela n'en modifie pas pour autant les termes de l'équation que résout la compétence : la pluralité des juridictions. Concurrence et compétence retrouvent alors leur étymologie commune. L'une, la concurrence, relève du constat, de la situation de fait, du problème que le droit appréhende. L'autre, la compétence, forme la solution, la réglementation ou en tout cas la régulation juridique. En bref, avant d'être un ensemble de règles, la compétence est la solution d'un problème, celui de l'organisation de la concurrence internationale des juridictions.

## II) Les trois aspects de la concurrence

**340. Pour le justiciable, un problème de choix de juges.** On doit, cependant, affiner cette dernière affirmation. L'image d'EISENMANN, décrivant la concurrence des juridictions par l'image d'un État en formation, se trouble dès lors qu'on adjoint à cet État des frontières et des voisins. La concurrence juridictionnelle internationale ne saurait émerger sans le présupposé même de l'existence conjointe des États. À défaut, il suffirait en effet d'imaginer une organisation véritablement mondiale de la répartition des litiges, entre des juges participant d'une communauté humaine réunie<sup>822</sup>. Il faut donc penser cette concurrence juridictionnelle, en premier lieu, par

---

<sup>819</sup> P. MAYER, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979, p. 1s., 341s. et 537s. V. sur la participation de l'Etat, *supra* n° 93s.

<sup>820</sup> V. *supra* n° 217s.

<sup>821</sup> Depuis sa thèse (Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981), la notion est devenue d'un emploi régulier pour l'analyse d'autres problèmes de compétence ou de procédure, v. par exemple M.-L. NIBOYET-HOEGY *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Economica 1986, pour laquelle des liens trop forts de certains caractères de l'action avec le pouvoir juridictionnel justifie d'écarter la loi de l'action ; E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, LGDJ 1999, p. 3, fondant sa recherche sur le constat de M. THERY ; Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, thèse Paris X-Nanterre 2000 ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica 2008, p. 62, sur certains problèmes de chefs de compétence.

<sup>822</sup> V. d'ailleurs, dans cet esprit, l'utopie régulatrice de P. S. BERMAN, *The Globalization Of Jurisdiction*, 311 U. Penn. L. Rev. 151 (2002), lequel, sans nier l'existence de frontières, tente de reconstruire un droit international privé fondé non sur la séparation des ordres juridiques en Etats mais la reconnaissance d'ordres juridiques communautaires dans ce qu'il appelle une conception cosmopolite et pluraliste du droit (« *a cosmopolitan pluralist conception of jurisdiction* »).

la diversité des solutions, proposées par de nombreux États, seuls ou en groupes. Ce point de vue dominant sur l'ensemble des systèmes du monde est celui des justiciables. Pour ces derniers, le choix de la juridiction relève d'une perspective globale ; quel que soit le système de réglementation et le type de litige, toute réglementation leur sera extérieure. Le problème du choix de la juridiction compétente auquel ils sont confrontés est donc très concret, parce qu'ils ne distinguent pas les règles, mais les diverses solutions<sup>823</sup>. Il se présente à eux simplement sous la forme des possibilités (il est rare qu'elles soient au singulier) d'accéder à tel ou tel juge. De leur point de vue, la rue est large, et nombre de maisons de justice ont leurs portes ouvertes, tandis que d'autres les ont fermées. La concurrence internationale des juridictions n'est donc pas, en soi, le problème du justiciable. Il est trop abstrait pour être pertinent. Il se réduit pour lui au choix à effectuer parmi l'ensemble des juridictions qu'ils pourraient éventuellement saisir. En d'autres termes, la question se présente pour eux ainsi : « *quels juges puis-je saisir?* »<sup>824</sup>.

**341. Pour le législateur, un problème de choix de répartition et de régulation.** À un second niveau se trouvent les États. Pour eux, la question se pose en d'autres termes. Alors que les justiciables doivent faire un choix entre des juridictions compétentes, les États, en tant que législateurs<sup>825</sup>, doivent déterminer quand leurs juridictions le seront. Ils ne disposent pour cela que de deux voies. Ils peuvent, tout d'abord, participer à un système international, et organiser à plusieurs la coordination de leurs juridictions. Ils peuvent même aller plus loin, et réglementer uniformément leur réponse à l'arbitrage international ou organiser l'accès à des juridictions internationales instituées pour la cause. À défaut, cependant, ils devront se contenter de prendre acte de la concurrence des juges étrangers voire du choix des parties pour une procédure arbitrale. Il s'agit donc pour eux d'un double problème de réglementation : ils doivent d'une part choisir, parmi les juridictions sur lesquelles ils ont autorité (seuls ou, indirectement, par convention ou organisation internationale), celles qui seront disponibles et celles qui ne le seront pas et déterminer, d'autre part, les conditions dans lesquelles ils acceptent que les justiciables en choisissent d'autres sur lesquelles ils n'ont pas autorité. Du tableau précédent, le législateur est alors l'un des promoteurs et architectes. Il choisit, pour l'édifice de sa justice, lorsqu'il en ouvrira les portes et lorsqu'il les fermera. Il détermine aussi dans quelle mesure ce bâtiment sera connecté et organisé avec ceux de ses voisins. Enfin, il décide dans quelle mesure il acceptera que l'on en sorte pour aller choisir une autre justice, privée, étrangère ou internationale. Pour un tel architecte, la question est triple, elle est d'accès à sa justice, d'exclusion de sa justice

---

<sup>823</sup> En ce sens, H. MUIR WATT, « recension de l'ouvrage collectif *Declining jurisdiction* », RCDIP 1995, p. 900, spéc. p. 902.

<sup>824</sup> Comp. sur le droit des conflits de lois, L. d'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *Economica* 2006, n° 1 : « *A l'état brut, le conflit de lois constitue cette réalité internationale de pur fait, surgissant naturellement de la coexistence d'ordres juridiques étatiques, indépendants et non-coordonnés, à laquelle est immédiatement confronté, en dehors du contentieux, tout opérateur privé agissant par-delà les frontières* ».

<sup>825</sup> On entend ce terme au sens large de source de droit, comme synonyme de régulateur en quelque sorte. Il n'apparaît pas nécessaire de discuter, par exemple, dès lors, de la source exacte de la réglementation de l'arbitrage international (purement législative, jurisprudentielle ou d'origine coutumière internationale).

et d'organisation avec ses pairs, mais on peut la résumer à cette interrogation : « *comment organiser la concurrence de mes juridictions avec les autres ?* ».

342. **Pour le juge, un problème de vérification d'une attribution.** En dernier lieu, il faut encore changer de perspective pour adopter le point de vue des premiers concernés, les juges eux-mêmes. Pour ceux-ci, le problème se présente encore différemment, car le juge n'a pas les outils pour l'apprécier sur le seul plan factuel : il a les mains liées par le droit<sup>826</sup>. Pour déterminer quel type de question est posé, il lui faut donc le qualifier au regard des différentes solutions que le législateur lui a offertes<sup>827</sup>. Recevabilité de la demande, compétence objective du juge saisi, traitement d'une convention de compétence font appel à des raisonnements différents et des régimes différents qu'il doit distinguer. Le problème de la compétence internationale n'est rien d'autre pour lui que celui qui se pose lorsque les règles de compétence sont applicables, et de savoir ensuite, une fois la règle applicable déterminée, s'il est compétent ou non. Lorsque le justiciable se présente devant lui, il voudra savoir si ce dernier a ouvert les bonnes portes et si l'affaire rentre dans ses attributions juridictionnelles. En bref, la question se pose pour lui en ces termes : « *une règle me désigne-t-elle, moi, ou peut-être un autre ?* ».

## Paragraphe 2) LES DIFFERENTS TYPES DE SOLUTIONS

343. **Problème du justiciable : l'ouverture nécessaire du droit international privé (rappel).** La compétence répond à un problème dont le sens diffère en fonction des acteurs. La seule pluralité de perspectives qu'elle peut prendre confirme déjà une proposition : celle de la faiblesse scientifique de toute étude du droit international privé qui excluerait de son champ la méthode des règles matérielles, et donc, entre autres, l'arbitrage<sup>828</sup>. Tant qu'il s'agit d'un mode de résolution des litiges disposant en droit positif d'une fonction identique à celle des juridictions nationales, leur fongibilité relative pour le justiciable nécessite de les traiter à parité.
344. **Problème du justiciable : exclusion de ce qui n'est pas choix préalable.** En revanche, ce choix de perspective oblige à distinguer la réglementation de la compétence d'autres solutions à la concurrence internationale des juridictions, alors même que ces dernières adoptent des solutions proches. Ainsi, la question de la litispendance, dont le traitement intègre l'analyse de la compétence des juridictions saisies, pose un problème très différent au justiciable. Pour ce dernier, la difficulté

---

<sup>826</sup> On pourrait penser que la question est différente pour l'arbitre, puisque ce dernier ne dispose d'aucun for et que la distinction de sa compétence et de son investiture est controversée. Cependant, outre que l'on a déjà précédemment critiqué cette absence de distinction (*supra*, n° 242s.), il est tout aussi important pour l'arbitre de savoir si la question relève de son champ de compétence ou bien qu'elle ne saurait tout simplement pas être posée. Les sanctions de la violation de l'une et de l'autre sont en effet différentes : nullité de la sentence dans le premier cas, absence de sanction dans le second (en droit français du moins). V. J. PAULSSON, « Jurisdiction and Admissibility », in *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Pub. 2005, p. 601.

<sup>827</sup> En ce sens, sur la problématique de la distinction compétence/irrecevabilité, v. H. SOLUS et R. PERROT, n° 630 citant par ailleurs HEBRAUD, *RTD Civ.* 1961, p. 181 et 1966, p. 593.

<sup>828</sup> V. *supra* n° 180s.

de déterminer quel juge saisir est distincte de celle de savoir si son adversaire peut en saisir une autre. Elle le serait encore, par ailleurs, dans la situation où ce justiciable serait le défendeur et s'interrogerait sur l'opportunité de saisir à son tour un autre juge en parallèle de celui devant lequel il vient d'être assigné. Intellectuellement, la dissociation des deux situations est nécessaire, parce que la première, la concurrence des juridictions, se pose toujours, alors que la seconde, le conflit de procédures, est contingente.

Sans doute, les solutions de l'un et de l'autre peuvent entretenir une certaine proximité : pour le législateur, une solution juste du problème de litispendance serait ainsi certainement que le tribunal « le plus compétent » des deux conserve l'affaire. Ce n'est toutefois pas la première des considérations pour de nombreuses réglementations du conflit de procédures, en particulier en droit français et en droit européen, où la chronologie des saisines est prééminente, sans doute parce que les tribunaux y sont considérés comme « fongibles »<sup>829</sup>. Lorsqu'ils ne le sont pas, comme lorsqu'une juridiction française est saisie d'une exception de litispendance avec un juge non-européen, la compétence retrouve un peu de sa pertinence ; mais elle n'est, alors, qu'un élément parmi d'autres, et certainement pas le plus important<sup>830</sup>. La litispendance s'inscrit donc même pour le législateur dans une problématique plus large que la seule détermination du juge compétent. Le fait qu'il souhaite parfois s'inspirer de certaines solutions du droit de la compétence relève d'une certaine proximité des problèmes et de choix législatifs pour la résolution des conflits de procédure. L'inverse, toutefois, n'est pas nécessaire<sup>831</sup>.

**345. Solutions du législateur, catégories du juge : typologie des règles.** Il serait en revanche illogique d'écarter toutes les règles qui n'ont pas été édictées spécifiquement pour le problème international. Viennent en premier lieu les règles

---

<sup>829</sup> V. *supra*, n° 321.

<sup>830</sup> Le mécanisme de litispendance de droit commun prévoit en effet d'évaluer l'opportunité de se dessaisir au regard de la possibilité de reconnaître la décision à venir de la juridiction étrangère. La compétence, dans ce cadre, n'est donc évaluée que selon les critères de l'exequatur de droit commun, c'est-à-dire par la simple vérification de l'existence d'un lien caractérisé du litige avec le tribunal étranger concurrentement saisi. On est loin de la recherche du juge « le plus » compétent. Sur le sujet, v. globalement la thèse de V. MOISSINAC-MASSENAT, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, LGDJ 2007.

<sup>831</sup> C'est ainsi que, pour aussi intéressant qu'il soit dans l'espèce qui y a donné lieu, le raisonnement en termes de conflit de juridictions nous paraît obscurcir le problème plus que de l'éclairer. Pour expliquer la jurisprudence *Owusu*, Mme CHALAS proposait en effet de distinguer dans le champ du règlement n° 44/2001 d'une part les défendeurs visés et, d'autre part, les conflits de juridictions qu'il résout (Ch. CHALAS, note sous CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, *Owusu*, aff. C-281/02, RCDIP 2005, p. 698). Or, si l'on peut encore pédagogiquement, bien qu'au prix de certaines confusions (v. *infra*, n° 464s.) parler de champ d'application au sujet de l'article 2, l'idée d'un champ d'application quant aux conflits de juridictions concernés est fallacieuse. Elle postule en effet que la compétence est la résolution d'un conflit entre deux (trois peut être) juridictions en concurrence directe. Ce ne serait le cas que si l'on pouvait aisément, dans tous les cas, déterminer quels sont les juridictions qui entretiennent des liens avec le litige. Or, ce sera rarement le cas pour le justiciable (comp. D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 125, qui, tout en soutenant la proposition, de Mme CHALAS, remarquent que cette nouvelle fonction de l'article 2 serait plus complexe à mettre en œuvre). Ce dernier pourra s'interroger sur la compétence du juge de la localisation du dommage, celui de son domicile, ceux des domiciles des défendeurs, des assureurs, des agences de chacun, etc. S'il est facile *a posteriori*, de déterminer les juridictions « en conflit », la chose est moins évidente avant toute saisine (c'est particulièrement vrai pour *Owusu*, où le « conflit de juridictions » était cristallisé par une saisine parallèle des juridictions jamaïcaines pour une affaire comparable). En matière de compétence, évoquer le « conflit de juridictions » est plus perturbateur qu'autre chose.

de compétence interne dont on a déjà observé que le jeu était moins altéré qu'on ne le présente souvent<sup>832</sup>. Elles ne sont pas les seules. Du point de vue du juge, qui est celui de la mise en œuvre concrète des règles, il faut alors procéder à des distinctions. Le législateur, en effet, peut proposer trois moyens de résoudre le problème.

Il y a d'une part la possibilité de régler directement la distribution des affaires. Pour ce faire, le législateur développe des règles qui permettent de déterminer, au travers d'une formulation générale et d'un rattachement, quel juge est compétent dans l'espèce. Grâce à ce dernier élément, d'ailleurs, ces règles que l'on appelle communément règles de compétence fournissent la réglementation la plus directe du problème de la concurrence des juridictions (I). Il est toutefois aussi possible au législateur d'aménager des alternatives, des modulations voire des exceptions pour permettre aux deux autres acteurs, juge et parties, d'influer sur le choix. Certaines règles de procédure vont en effet permettre ou obliger le juge à modifier la solution de compétence, après désignation du juge par la règle de rattachement. Quant aux parties, elles peuvent souvent choisir d'écarter cette désignation objective grâce à des accords, conventions d'arbitrage et accords d'élection de for, dont la licéité et la validité sont réglementés par d'autres règles légales. Ces deux derniers types de normes forment alors une réglementation indirecte de la compétence, en encadrant l'activité du juge et la liberté des parties (II).

## I) La réglementation directe : la règle de rattachement

346. **Vocabulaire : règle de rattachement ou règle de compétence ?** On se retrouve d'abord devant une incertitude de vocabulaire : faut-il conserver le nom de « règle de compétence » aux seules règles de rattachement alors que d'autres règles participent à la résolution du problème éponyme, ou bien les appeler toutes ainsi, au risque de ne pas pouvoir ensuite distinguer ? Le pire choix serait de ne pas en faire ; le plus mauvais, celui qui perdrait le lecteur. Entre les deux choix possibles, il paraît donc préférable, bien qu'insatisfaisant, de laisser aux mots leur sens commun. On rappellera, à l'occasion, que la réglementation des conventions de choix de juridiction et celle, procédurale, du régime des règles de compétence objective fait aussi partie du droit de la compétence. Dans un premier temps toutefois, pour bien distinguer ces dernières des autres, c'est moins par leur fonction que par leur structure que les règles de compétence *stricto sensu* seront désignées, en ressuscitant un terme autrefois employé par ARMINJON : celui de « règles de rattachement »<sup>833</sup>.

Mais l'un découle de l'autre, en réalité : la règle de compétence *stricto sensu* peut se prévaloir de ce nom parce qu'elle est la meilleure solution au problème que doit résoudre la compétence. Elle permet en effet directement de distinguer une juridiction (ou un groupe de juridictions) au sein des juridictions en concurrence,

---

<sup>832</sup> V. *supra*, n° 282s.

<sup>833</sup> P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, t. 1, 2<sup>de</sup> éd. Dalloz 1927, n° 14.

c'est-à-dire de résoudre l'interrogation du justiciable ; la règle de rattachement est une règle de choix (A). Et si une telle règle remplit si bien sa fonction, c'est grâce à sa structure qui articule un champ d'application, une hypothèse, avec un effet : le rattachement (B).

### ***A) Une règle de choix***

347. Un rapide passage en revue des différentes espèces du genre habituellement qualifié de règle de compétence permet d'observer leur communauté de fonction : le choix (1). Pour comprendre comment cette idée du choix se retrouve même en matière de compétence internationale de droit commun, il faut évoquer la différence de perspective entre le législateur et le juge (2).

#### ***1. Des règles pour un choix***

348. **Absence de distinction des compétences interne et internationale.** Toutes les règles de compétence, telles que comprises sous ce terme en France du moins, répondent à la problématique de la concurrence internationale des juridictions, parce qu'elles permettent de choisir un juge au moins. Ainsi la distinction traditionnelle entre règles de compétence dites « internes » et règles de compétence dites « purement internationales » n'opère une distinction qu'au sein des règles de compétence internationale. Les unes comme les autres déterminent des juges compétents dans la concurrence internationale, même si les premières ne sont pas édictées dans cette perspective. La concurrence juridictionnelle internationale est avant tout une concurrence juridictionnelle, seuls les enjeux diffèrent.

349. **Absence de distinction des règles matérielles et localisatrices.** Les règles matérielles comme les règles localisatrices, ensuite, participent aussi, chacune pour leur part, à la résolution de ce même problème. Si les premières sont dans leur grande majorité des règles à la seule destination de la concurrence interne des juridictions, leur sens est identique lorsqu'elles transcendent les frontières : il s'agit toujours de déterminer une catégorie de juges, parmi les différents juges disponibles. Leur jeu n'est d'ailleurs pas affecté par l'internationalité éventuelle d'une situation juridique : l'affaire entre, ou n'entre pas, dans le champ de compétence des juridictions administratives, commerciales ou de sécurité sociale. Quant aux règles localisatrices, si l'on veut bien entendre par ce terme à la fois les règles de compétence territoriales (internes) et leurs pareilles plus spécifiquement dédiées aux situations internationales, elles font de même non pour une catégorie de juges, mais pour la localisation du juge (ou d'un ensemble de juges). Là encore, elles permettent ainsi de choisir.

350. **Indistinction des règles unilatérales et bilatérales.** Il en va de même pour les règles bilatérales et les règles unilatérales, une typologie importante issue des travaux de Dominique HOLLEAUX. À l'origine, l'auteur employait ces qualificatifs pour distinguer deux types de « doctrines », c'est-à-dire deux grandes familles d'analyse de la compétence du juge étranger lors de la réception de son jugement : celles qui limitent le jeu de la règle de compétence à l'ordre juridique de l'État qui



l'a édicté (unilatérales), et celles qui « bilatéralise » la règle de compétence pour en projeter l'application sur la compétence des juges étrangers, comme si ce dernier faisait partie de l'ordre juridictionnel français (bilatérales)<sup>834</sup>. En matière de compétence directe, ces mécanismes ne sont pas des concepts, mais des structures de normes qui permettent aussi un choix.

Tantôt, en effet, les règles de compétence adoptent une structure bilatérale, qui permet de déterminer, parmi un lot identifié de juridictions ou d'ordres juridictionnels auxquels elles s'appliquent, la juridiction (ou l'ordre juridictionnel) compétente dans l'espèce. Elles se présentent ainsi généralement sous la forme d'une affirmation du type « *les litiges/affaires de la catégorie X sont portés devant la juridiction/les juridictions dans le ressort de laquelle se réalise l'élément Y du litige/de l'affaire* ». Parce qu'elles n'envisagent pas ce que l'on pourrait appeler l'échec ou l'incompétence absolue, c'est-à-dire l'impossibilité d'assigner une affaire à une juridiction, les règles de compétence bilatérales sont la forme parfaite de l'organisation : le choix est alors encadré. Structurellement, ces règles discriminent en effet seulement quant à la catégorie de litige. Elles englobent en revanche une pluralité de juridictions qui ne se distinguent pas les unes des autres : c'est un élément extérieur, lié au litige ou aux parties, qui permettra de choisir. Tantôt, les règles de compétence adoptent une structure unilatérale. L'archétype de ces règles serait alors la règle de compétence matérielle, déterminant quand une juridiction ou un ensemble de juridiction sont compétents. Elles sont topiquement formulées comme une affirmation du type : « *lorsque le litige/affaire présente l'élément X, alors la juridiction/les juridictions Y est/sont compétente(s)* ». Structurellement encore, elles se distinguent des premières parce qu'elles discriminent tant par la catégorie de litige que par la juridiction. Le problème essentiel est alors, classiquement, la qualification de l'affaire. En revanche, contrairement aux règles bilatérales, une fois la qualification opérée, il n'est pas besoin d'analyser ses éléments plus avant : la juridiction, ou l'ordre de juridiction, est directement désignée. Si cette règle seule ne permet pas toujours de déterminer quel juge est compétent, elle permet néanmoins aux justiciables de faire le choix puisqu'elle autorise, ou non, la saisine du juge ou des juges qu'elle désigne.

351. **Choix sans répartition.** On a parfois douté que les règles de compétence de droit commun participaient vraiment d'un choix dans la résolution du problème de compétence internationale, dès lors qu'elles ne répartissaient pas entre les juridictions des différents États. La raison en tiendrait au phénomène de la frontière, qui interdirait aux règles de compétence interne de jouer pleinement leur rôle, et qui modifierait leur fonctionnement pour en faire des règles unilatérales<sup>835</sup>.

---

<sup>834</sup> V. D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz 1970, p. 8. Dominique HOLLEAUX employait ces adjectifs dans le cadre d'une recherche des règles de compétence indirecte, c'est-à-dire pour évaluer la compétence du juge étranger au moment de la reconnaissance du jugement. Il s'agissait alors moins de règle unilatérale ou bilatérale que de lecture unilatérale ou bilatérale des mêmes règles. Si les expressions que nous utilisons n'ont donc pas le même sens, les deux adjectifs conservent en revanche tout leur sens et donc leur pertinence.

<sup>835</sup> FRANCESKAKIS en concluait ainsi que l'on ne pouvait étendre des règles de compétence territoriale à l'ordre international comme le fit la jurisprudence *Scheffel*, arguant qu'il s'agissait d'une « *fiction d'unité juridictionnelle du globe* » (Ph. FRANCESKAKIS, note sous Paris 26 avr. 1952, RCDIP 1952, p. 343).

On ne saurait pour autant en déduire qu'elles ne participent pas de la résolution du problème de la concurrence internationale, qu'elles n'aident pas à faire un choix. On rappellera, en effet, que l'absence d'un *effet* de répartition normative de la règle, au sens où elle serait commune aux juridictions concernées, n'est pas nécessaire à la détermination d'une *fonction* de répartition des règles de compétence<sup>836</sup>. Si les règles de compétence internationale de droit commun n'ont ainsi pas été pensées pour organiser la concurrence internationale des juridictions, elles sont capables de remplir cette fonction puisqu'elles remplissent une assez proche en droit interne<sup>837</sup>. Une règle de choix n'implique pas nécessairement une solution unique et exclusive. La forme comme le fonctionnement unilatéral de certaines règles ne les disqualifie pas pour autant de la catégorie des règles de compétence, car elles ont la même fonction de répondre à la concurrence d'organes aux pouvoirs identiques. Même si elles ne la résolvent pas, elles n'ont d'autre fonction que de donner une réponse, parmi d'autres peut-être, à ce problème<sup>838</sup>.

## 2. La règle, le juge et le législateur

### 352. Règle de compétence internationale et organisation de la concurrence.

Nombreux ont été les auteurs à vouloir dissocier compétence interne et compétence internationale. Ils l'ont souvent fait pour des considérations relatives à l'État qui ont perdu de leur pertinence<sup>839</sup>. Certains, pourtant moins publicistes, avaient pourtant tiré la même conséquence : la règle de compétence ne pourrait pas répartir dès lors qu'on l'envisagerait dans l'espace international. Elle ne serait qu'une règle de rattachement : à l'ordre juridictionnel français ou à un juge, et par là à l'ordre juridique français<sup>840</sup>. Il ne fait pas de doute que l'article 42 du Code de procédure civile ne saurait servir, le cas échéant, à désigner le juge suisse du domicile du défendeur<sup>841</sup>. Il en faudrait beaucoup pour voir là une violation de l'autonomie des États ; mais la règle de compétence ne saurait avoir d'effet sur un juge qui n'en est pas destinataire. La conséquence de ce fait, toutefois, n'est pas plus le dédoublement de la règle interne en règle internationale qu'il n'est dans

<sup>836</sup> V. *supra*, n° 236s.

<sup>837</sup> V. ainsi R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, thèse Paris, 1947, p. 14s., spéc. p. 24 : « [...] si nous considérons isolément une de ces pièces minuscules [d'une horloge mécanique] tel un engrenage ou un ressort, on s'aperçoit que si, dans l'ensemble, il joue un rôle qui lui est propre, en réalité, sa finalité partielle, par rapport à cet ensemble, est moins accusée. Si on le détache du tout, on peut, à la rigueur, le faire entrer dans le mécanisme d'une machine autre qu'une horloge, ou sa force de détente sera utilisée de la même façon. Sans doute, ne faut-il rien exagérer, ce ressort a été conçu (sa forme, sa force) pour être utilisé dans un mécanisme d'horlogerie et pas ailleurs. Si on le transpose, néanmoins, il s'acquittera de sa mission ; mal sans doute, parce qu'il n'a pas été agencé pour la fin à laquelle on le destine, mais enfin dans l'ensemble le but sera atteint, si on ne lui demande pas d'accomplir un travail disproportionné à sa taille. [...] ce simple exemple est de nature à nous laisser pressentir qu'une harmonie minima doit au moins exister entre la finalité première de la technique et le but de l'institution à promouvoir ».

<sup>838</sup> V. déjà, alors même qu'il parle du droit commun, A. PILLET, *Les conventions internationales relative à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Sirey 1913, p. VI : « Le droit international est obligé de prendre pour axiome cette idée que les juges de tous les pays sont également aptes à bien remplir leurs fonctions et que la distribution des affaires doit être faite entre eux suivant des raisons de convenance ou de commodité ». Plus récemment, L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *Economica* 2008, spéc. p. 33s. ; S. BOLLEE, « la concurrence des justices (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *L'efficacité économique en droit*, S. Bollée, Y.-M. Laithier et C. Pérès, *Economica* 2010, p. 121, spéc. p. 121.

<sup>839</sup> L'affirmation procède de la démonstration d'ensemble de la première partie.

<sup>840</sup> V. par exemple Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, p. 445.

<sup>841</sup> V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janv. 2013, *JCP* 2013, doct. 519, obs. E. Jeuland ; *Gaz. Pal.* 12 avr. 2013, p. 38, obs. J. Morel-Maroger.

l'impossibilité de cette dernière d'opérer une répartition en matière internationale. Il faut pour cela en revenir aux trois perspectives que l'on a développées plus haut : celles du justiciable, du législateur et du juge.

353. **Exclusion, attribution et répartition.** Le plus « privatiste » des auteurs en ce domaine, Dominique HOLLEAUX, rejoignait pourtant la théorie classique sur ce point. Il présentait ainsi ce triple effet des règles de compétence : attribution, exclusion et répartition<sup>842</sup>. La règle de compétence, en droit interne, permet en effet d'attribuer compétence à un juge, à l'exclusion des autres, et donc de répartir les affaires entre eux. L'auteur ajoutait cependant que la même règle était nécessairement amputée d'une de ses fonctions dans l'ordre international. Elle ne peut que dire *lorsque* une juridiction française est disponible, et non *quelle* juridiction l'est dans l'absolu<sup>843</sup>. En d'autres termes, elle ne peut qu'attribuer ou exclure, mais se trouve par là-même impuissante à répartir.
354. **Utilité d'une analyse globale.** L'analyse de Dominique HOLLEAUX est toutefois uniquement centrée sur la règle de compétence et sur l'idée qu'elle ne remplit sa fonction que lorsque son rattachement désigne une juridiction déterminée. C'est le cas, par exemple, lorsque l'on peut appliquer l'article 44 du Code de procédure civile pour justifier la compétence du tribunal de grande instance de Toulouse pour exercer une action en revendication d'un immeuble sis sur la place du Capitole. La règle désigne alors ce tribunal et aucun autre. Elle attribue donc l'affaire à ce tribunal et fait un choix, c'est-à-dire une répartition, entre tous les tribunaux français. Modifions maintenant l'exemple pour un immeuble, propriété d'un Français, situé à Moscou. En principe, aucun juge français ne trouverait de compétence, dès lors du moins qu'aucun texte international ne lui permettrait d'être saisi : l'article 44 est exclusif de toute autre règle de droit commun et les articles 14 et 15 du Code civil ne fonctionnent pas lorsque l'immeuble est situé à l'étranger. Toutefois, il est probable que le juge moscovite se reconnaisse compétent et, si tel n'était pas le cas, l'article 44 C.P.C. pourrait s'effacer pour laisser la place à la règle de compétence fondée sur le déni de justice. Si l'on observe ainsi le jeu de l'ensemble des règles, le choix est toujours possible.
355. **Perspectives du juge et du législateur.** L'analyse de Dominique HOLLEAUX n'était pas fautive pour autant, elle confondait simplement les perspectives. En évoquant attribution et exclusion d'une part, l'auteur envisageait le seul juge, qui est ou n'est pas compétent dans le cas concret : à qui est attribué, ou qui est exclu. On évoque là l'effet de la règle. Mais le juge ne saurait répartir, dès lors qu'il est lui-même l'objet de cette répartition ; cela relève de la perspective du législateur. Quant à ce dernier, il n'intervient pas dans le cas concret, mais simplement par le jeu de règles abstraites, avant les litiges. Ce n'est qu'au prix de cette abstraction que l'on saurait comprendre l'idée de répartition, une idée qui se marie mal, à son tour, avec celle d'exclusion. Pour le législateur, en effet, il est inutile d'exclure, dès lors que

---

<sup>842</sup> D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz 1970, p. 15. V. aussi, proposant un raisonnement approchant, P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI* 1989-V, t. 219, p. 319.

<sup>843</sup> *Ibid.*

son choix est impératif : de la perspective abstraite et anticipée d'où il se place, aucun juge n'est exclu *a priori*, le jeu de la règle se contentera simplement d'en choisir un ou plusieurs. C'est que le législateur, quant à lui, s'intéresse essentiellement à la fonction des règles qu'il met en place. Ainsi, si l'on se penche maintenant vers l'attribution, on la retrouve tant dans la perspective du juge que du législateur, mais là encore de manières différentes : elle est pour l'un une conséquence de la règle ; elle est pour l'autre une fonction, celle de distinguer les affaires. Il faut détailler ces différences.

**356. Perspective du législateur : la fonction distributive.** Pour le législateur, qu'il soit national ou international, et donc pour l'analyse globale du jeu des règles qu'ils édictent, il serait plus utile de distinguer d'une part la fonction distributive ou de répartition des règles de compétence et d'autre part la fonction attributive de ces mêmes règles. La question posée au législateur est de savoir d'une part comment organiser la concurrence de ses juridictions entre elles, et d'autre part de déterminer leurs hypothèses d'interventions face aux autres. La fonction distributive des règles répond alors à la première des branches de cette question. C'est d'ailleurs cette fonction de distribution, qui pose l'hypothèse de la fongibilité de toutes ces juridictions, qui permet de reconnaître le pouvoir juridictionnel des juges étrangers<sup>844</sup>. On pense ainsi, par exemple à l'effet particulier des règles de compétence territoriale, en droit interne, ou encore aux différents chefs de compétence de l'article 5 du Règlement Bruxelles I : les premiers comme les derniers ont été édictés par leurs auteurs respectifs pour déterminer, dans leur domaine d'application, quelle juridiction est compétente dans chaque espèce.

**357. Perspective du législateur : la fonction attributive.** En ce qui concerne le législateur encore, l'attribution est cette autre fonction potentielle des règles qui répond à la seconde partie de sa question : savoir quand ses juridictions pourront être compétentes. Sous cet angle, on retrouve la définition de la compétence internationale critiquée en première partie, celle de la détermination par l'État des hypothèses dans lesquelles il met, globalement, ses juridictions à disposition des justiciables<sup>845</sup>. On abondera donc dans le même sens sous cette réserve renouvelée : il ne s'agit pas d'un problème spécifique à l'État<sup>846</sup>. La fonction attributive se retrouve dans tout jeu de règles de compétence, qu'elles soient établies par un législateur étatique ou international. Ainsi, si l'article 44 C.P.C. permettait de savoir quand un litige portant un droit réel immobilier pouvait être tranché par un juge français, il a été remplacé dans le même domaine par l'article 22 alinéa 1<sup>er</sup> du Règlement Bruxelles I qui protège aujourd'hui la compétence du juge

---

<sup>844</sup> V. *supra*, n° 93s.

<sup>845</sup> Aux auteurs publicistes étudiés en première partie, on ajoutera d'ailleurs l'affirmation de Dominique HOLLEAUX selon laquelle « les règles étatiques de compétence internationale directe, au contraire, parce qu'elles n'ont de valeur contraignante qu'à l'égard des juges du pays qui les a édictées [sont toujours ou exclusives, ou attributives] » (*Ibid.*, p. 16). C'est encore par exemple la raison essentielle pour laquelle M. THERY concluait sa thèse sur la distinction entre la fonction répartitrice de la règle de compétence interne, et la fonction de rattachement de la règle de compétence internationale (Ph. THERY, *op. cit.*, p. 639).

<sup>846</sup> On renverra par ailleurs aux développements précédents sur l'inexistence d'une nature spécifique à la règle de compétence internationale et l'indistinction entre règles de compétence interne et règles de compétence internationale, *supra*, n° 262s.

de l'État de situation dans toute l'Europe. La différence n'est pas que de formulation puisque la règle joue pour l'ensemble des juges européens. Et l'affirmation est identique pour l'article 2 du même règlement, dont les articles 3 et 4 consécutifs précisent la fonction attributive pour l'un et son caractère exclusif pour l'autre. On observe alors en outre que cette fonction se rajoute alors, pour l'article 2, à celle de distribution des affaires au sein de l'espace européen, comme la fonction attributive internationale de l'article 44 C.P.C. se rajoutait à la fonction distributive qu'il a en droit interne.

358. **Perspective du juge : l'effet d'attribution.** Si l'on veut bien maintenant considérer le point de vue du juge, les choses changent quelque peu ; essentiellement parce que ce dernier ne s'occupe pas du fonctionnement d'un corps de règles, mais simplement de l'application, au cas par cas et en ce qui le concerne, de certaines d'entre elles. Il s'agit moins pour lui de fonctions que de conséquences concrètes. L'attribution correspond alors à la conséquence la plus simple, celle dans laquelle la règle le désigne. Elle ne fait en effet rien d'autre que lui « attribuer compétence », c'est-à-dire lui permettre d'intervenir. On ne reviendra pas, là encore, sur la confusion que cette perspective peut entraîner avec le pouvoir de juger. On sait que ce dernier lui a déjà été attribué par l'investiture, en plein ; il ne lui est pas accordé par la règle de compétence dans chaque espèce<sup>847</sup>. Pour le juge, l'effet d'attribution est beaucoup plus simple : il l'autorise à intervenir. Le fait de savoir que d'autres juridictions peuvent être concurremment compétentes, par exemple au titre d'autres chefs de compétence alternatifs, n'a pour lui pas d'objet.
359. **Perspective du juge : interdiction d'intervenir ou obligation de désigner.** Si l'effet d'attribution est le côté positif de l'alternative de compétence, son effet négatif est plus délicat. À reprendre Dominique HOLLEAUX, il s'agirait soit de la répartition, soit, pour la compétence internationale, de la seule exclusion de l'intervention du juge. Mais si l'on peut comprendre que la règle exclut ainsi que le juge intervienne, on ne saurait en revanche imaginer qu'elle exige de ce dernier qu'il « répartisse ». En réalité, l'alternative est différente. Le juge pourra en effet, en premier lieu, conclure à son absence totale de compétence et considérer ainsi son intervention comme exclue. Ce pourrait être le cas, pour reprendre l'un de nos derniers exemples, s'il constate que le litige concerne un droit réel sur un immeuble sis à Moscou. En revanche, s'il est tribunal toulousain, et que l'immeuble est sis à Chartres, une autre conséquence va s'ensuivre. Reprenons le raisonnement. Ayant qualifié l'action, il saura en effet qu'il lui faut appliquer l'article 44 C.P.C. Or sa formulation est claire : « *En matière réelle immobilière, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble est seule compétente* ». Cet article pose une règle de structure bilatérale. Hors problématique internationale, il n'énonce pas *quand* telle ou telle juridiction est compétente, mais *laquelle* est compétente pour ces actions. Dès lors, pour déterminer s'il est ou non compétent, le juge toulousain devra savoir quelle juridiction cette règle désigne. En appliquant cette règle à l'espèce, en subsumant

---

<sup>847</sup> V. *supra* n° 204s. S'agissant de surcroît d'adopter ici le point de vue du juge, on ne saurait parler ici de l'effet de reconnaissance de son pouvoir juridictionnel, qui relève du point de vue d'un Etat étranger.

les faits dans son hypothèse même, il en fera jouer l'effet : la désignation du tribunal de grande instance de Chartres. Il n'aura pas d'autre choix. L'article 96 C.P.C., d'ailleurs, précise qu'il *doit* ainsi désigner le juge de Chartres dans sa décision, une désignation obligatoire tant pour les parties que pour ce dernier juge. En bref, un juge incompétent n'est pas toujours un juge inactif. Contraint de résoudre le problème de compétence, la règle obligera souvent le juge à déterminer la juridiction compétente dans l'espèce, même s'il ne s'agit pas de lui-même.

**360. Conclusion.** En définitive, l'important est l'objet de l'analyse. Si l'on traite du jeu des règles dans l'abstrait, il faut prendre la perspective du législateur et évoquer les fonctions attributive ou distributive des ces dernières. Pour le législateur, les règles de compétence peuvent en premier lieu avoir une fonction *attributive*, des affaires à ses juridictions dans leur ensemble, ou à des groupes de juridictions. En second lieu, et parfois corrélativement, elles peuvent avoir une vocation *distributive*, celle de répartir les affaires entre ces juridictions. Tout dépendra de la manière dont il organise la concurrence de ses juridictions avec des juridictions tierces, d'une part, et entre elles, d'autre part. En revanche, lorsque l'on s'intéresse aux solutions des règles de compétence pour le juge, les alternatives seront fonction de la forme de la règle elle-même. En principe, une règle unilatérale ne devrait que se résoudre dans l'alternative binaire je suis/je ne suis pas compétent. Elle a ainsi un effet d'*attribution*, ou d'exclusion qui n'en est que le pendant. Une règle bilatérale, en revanche, supposera dans tous les cas qu'il détermine le juge compétent pour savoir s'il l'est ou non. Elle le contraindra ainsi à opérer la *désignation* de ce juge, ne serait-ce que par application de la règle. Ces remarques nous amèneront, en leur temps, à proposer de modifier l'analyse du jeu des règles de compétence et de leur régime dans le contexte international. L'étude, toutefois, serait prématurée. On oublierait en effet ce qui fait le cœur des règles de compétence les plus importantes : le rattachement.

## ***B) Le choix par le rattachement***

**361. Faire le lien entre catégorie d'affaire et ressort du juge.** Un problème de choix est d'abord un problème de discrimination. Il faut distinguer, classer puis ranger<sup>848</sup>. Une fois ce classement opéré, on peut choisir entre les différents objets distingués. En matière de compétence, deux classements sont importants. Le premier, c'est celui opéré entre les juridictions, à raison de leurs ressorts matériels voire géographiques. Le second, lui, distingue les différentes actions et contentieux, pour les attribuer à des juridictions mieux placées ou plus spécialisées. C'est la raison pour laquelle, parmi toutes les règles présentées jusqu'ici, une certaine structure se retrouve systématiquement. On présente généralement les règles comme constitué d'une structure articulée autour de deux éléments : l'hypothèse et l'effet. L'hypothèse regroupe l'ensemble des conditions de fonctionnement de la règle (champ d'application et conditions de mise en jeu) et l'effet désigne ce que l'on

---

<sup>848</sup> V. sur ce point, dans une perspective logique, l'ouvrage de M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, PUF 2001.

appelle encore la sanction, les conséquences attachées par le droit à la réunion de ces conditions<sup>849</sup>. Les règles de compétence, en ce qui les concerne, opèrent toujours par l'ouverture d'une catégorie : c'est le présupposé, l'hypothèse de la règle, le domaine dans lequel elle peut intervenir<sup>850</sup>. La règle répond ainsi au premier classement. Ensuite, si elles interviennent, leur effet est de rattacher (ou de ne pas rattacher) à un juge ou un groupe de juridiction par la désignation d'un élément pertinent qui permet de faire un tri entre toutes (ou de vérifier le lien avec une en particulier). La règle répond alors au second classement, distinguant entre les juges par leur ressort. Le signe distinctif de la règle de compétence *stricto sensu* est ainsi le rattachement qui permet de relier ces deux classements l'un à l'autre, c'est-à-dire une action à une juridiction ou un ordre juridictionnel. C'est la raison pour laquelle on a pu l'appeler, à l'instar d'ailleurs de la règle de conflit de lois, règle de rattachement<sup>851</sup>.

362. **Compétence *ratione*...** On envisage en général quatre objets de la règle de compétence, que l'on peut caractériser selon leurs formules traditionnelles en latin : *ratione personae*, *ratione loci*, *ratione materiae* et *ratione temporis*. La compétence aurait ainsi respectivement pour objet de répartir selon les personnes, le lieu, la matière ou le temps. Il n'est toutefois pas évident de déterminer à quoi correspond ce « selon ». On prendra pour exemple l'article 5-1 du Règlement Bruxelles I qui prévoit un chef de compétence alternatif au domicile du défendeur en matière contractuelle :

« Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraitée, dans un autre État membre :

1) a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée; [...] »

On pourrait être tenté de qualifier cet article de compétence *ratione materiae* du fait qu'il vise une matière particulière : la matière contractuelle. Cependant, on enseigne traditionnellement qu'il s'agit d'une compétence territoriale, géographique, c'est-à-dire *ratione loci*. Une doctrine d'importance, bien que très minoritaire<sup>852</sup>, avait même pu qualifier ce type de règles de *ratione personae*, du fait qu'elles étaient souvent fonction du domicile de la personne du défendeur<sup>853</sup>.

363. **Qualification par le rattachement.** En réalité, il importe de distinguer la catégorie et le rattachement. La catégorie de l'article 5-1 est manifestement

<sup>849</sup> V. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey 1948, rééd. Dalloz 2002, p.18

<sup>850</sup> La règle de droit commun, par définition, ne dispose bien sûr que d'un champ résiduel. C'est le cas de l'article 42 du Code de procédure civile ou de l'article 2 du Règlement Bruxelles I par exemple.

<sup>851</sup> P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, t. 1, 2<sup>de</sup> éd., Dalloz 1927, n° 14.

<sup>852</sup> Ch. EISENMANN, « Sur la compétence des juridictions », *D.* 1948, Chron. p. 49.

<sup>853</sup> *Ibid.* L'auteur proposait de considérer que l'essentiel de la compétence territoriale était de distinguer quels justiciables relevaient de chaque juridiction. Cette compétence prenait donc le qualificatif de « compétence personnelle » dans son système. SOLUS (« Considérations sur la compétence des juridictions », *D.* 1949, p. 153) a facilement pu réfuter une telle qualification : la compétence en matière immobilière (aujourd'hui à l'article 46 C.P.C.) n'est que de très loin en rapport avec la personne du propriétaire...

matérielle, si l'on veut bien entendre par là les conditions ou le champ d'application de la règle ; c'est la matière contractuelle qui en forme le cœur<sup>854</sup>. Cependant, le rattachement proposé par l'article 5-1 est lui-même territorial : bien qu'il s'appuie sur une situation matérielle, l'exécution de la prestation, cette dernière ne sert qu'à localiser un juge. Elle sert ainsi de rattachement. Une comparaison permettra d'éclairer ce point. La compétence matérielle des juridictions des marques communautaires est indiquée à l'article 96 du Règlement n°207/2009 dans les termes suivants :

« *Les tribunaux des marques communautaires ont compétence exclusive:*

- a) pour toutes les actions en contrefaçon et –si la loi nationale les admet– en menace de contrefaçon d'une marque communautaire;*
- b) pour les actions en constatation de non-contrefaçon, si la loi nationale les admet;*
- c) pour toutes les actions intentées à la suite de faits visés à l'article 9, paragraphe 3, deuxième phrase;*
- d) pour les demandes reconventionnelles en déchéance ou en nullité de la marque communautaire visées à l'article 100 ».*

Il est aisé de constater la différence. La catégorie de l'article 96 du Règlement Marque communautaire est matérielle : ce sont les actions visées des lettres « a » à « d ». Mais son rattachement l'est aussi : les « tribunaux des marques communautaires » ne correspondent pas à un ensemble géographique de juridictions, mais à un certain type de juridictions nationales, spécialisées dans le traitement des actions en contrefaçon de ces marques, essaimées sur tout le territoire de l'Union.

**364. Le rattachement comme méthode de répartition.** Le rattachement forme ainsi la partie la plus sensible de la règle de compétence *stricto sensu* : il permet de déterminer comment sont réparties les affaires. La distribution territoriale des affaires n'est en effet possible que par un ensemble de règles de compétence disposant de rattachements territoriaux, la distribution matérielle, un ensemble de rattachements désignant des juridictions plus ou moins spécialisées par matière, etc. On peut donc qualifier de *ratione loci* ou compétence localisatrice les règles qui renvoient à des juridictions en fonction de leur ressort géographique et de *ratione materiae* ou compétence matérielle celles qui renvoient à des juridictions en fonction de leur ressort ou qualification matérielle (on dit plus souvent, au risque de la tautologie, de leur compétence matérielle). On comprend aussi, par ailleurs, pourquoi il est difficile d'édicter des règles de compétence personnelle (*ratione personae*) ou temporelle (*ratione temporis*)<sup>855</sup>. Quant aux premières, il faudrait imaginer,

---

<sup>854</sup> Le cœur, mais pas les seules conditions d'application : le Règlement Bruxelles I, de même que le caractère subsidiaire de l'article 5-1, notamment par rapport aux compétences exclusives, influent sur son champ d'application.

<sup>855</sup> On pourrait encore en imaginer d'autres : ainsi une compétence *ratione numeri*, fonction comme dans la plupart des administrations accueillant du public, d'ailleurs, du numéro attribué au guichet, dans l'ordre d'arrivée.



par exemple, des règles de compétence répartissant les affaires selon le nom de famille et des juridictions « spécialisés » par lettre alphabétique. On n'en voit guère la pertinence. Les articles 14 et 15 du Code civil, d'ailleurs, ne forment pas des règles de compétence *ratione personae*, mais *ratione loci* : si la catégorie de litiges qu'elles visent est fonction des personnes, les Français, le rattachement aux juridictions françaises répond quant à lui à la concurrence internationale des juridictions, en complément des autres règles localisatrices comme celles du Règlement Bruxelles I ou du droit commun<sup>856</sup>. Quant aux secondes, les règles *ratione temporis*, elles devraient répartir les affaires selon un critère temporel donc, par exemple, selon l'époque à laquelle le demandeur saisit le juge<sup>857</sup>. Si des juridictions de « printemps », « d'été » ou « d'automne » auraient quelque chose de poétique, ce serait certainement au détriment de la rationalité nécessaire à notre société moderne.

365. **Correspondance entre forme bilatérale et règle territoriale.** En définitive, il faut d'ailleurs constater que la meilleure répartition se fait par la compétence *ratione loci*, parce qu'elle est à la fois la plus effective dans l'administration de la justice, permettant d'organiser la concurrence en fonction de la proximité concrète de l'affaire au tribunal, et la plus logique, en ce sens qu'elle est une des rares à pouvoir reposer sur des règles bilatérales pertinentes. La meilleure répartition suppose en effet de pouvoir compter sur une règle qui ne distingue pas *a priori* entre les juridictions, mais le fait seulement dans l'espèce. C'est le principe même, on l'a vu, de la règle bilatérale dont le rattachement désigne un ressort auquel est associé un juge. Lorsque ce ressort n'est pas territorial mais matériel, toutefois, la règle bilatérale ne peut plus servir : il est impossible, dans un rattachement unique, de distinguer des matières.

Cette analyse de la règle de rattachement a permis de montrer en quoi elle est si efficace dans l'organisation de la concurrence juridictionnelle, particulièrement la règle de compétence territoriale. Elle n'épuise pas, toutefois, la réglementation de la compétence. Il est donc nécessaire de se tourner vers la réglementation indirecte, celle encadrant l'activité du juge et le choix des parties.

---

<sup>856</sup> S'agissant de règles qui désignent les tribunaux français pour des français, on pourrait aussi assimiler la localisation géographique du tribunal avec le rapport d'allégeance qui en forme la condition, et parler en clin d'œil de compétence *ratione patriae*.

<sup>857</sup> En dehors de cette hypothèse, cependant, parler de compétence dans le temps relève plus d'une facilité de langue que d'une véritable logique juridique (Sur laquelle, v. B. PLESSIX, *La compétence, Travaux de l'AFDA*, Litec 2010, p. 51 et la discussion consécutive p. 93s.). L'expression désigne en effet la succession ponctuelle ou définitive d'un organe à un autre dans une certaine fonction. Cependant, il s'agit alors moins de répartition de pouvoir que du retrait, voire de la dissolution d'un organe au profit d'un autre. En ce qui nous concerne, il s'agirait alors plutôt d'une délégation ou d'un transfert de pouvoir juridictionnel, ce qui en priverait logiquement le premier au profit du second. En l'absence d'une concurrence dans ce pouvoir, il ne saurait y avoir de compétence. (Comp. l'intervention J. PETIT au colloque précité p. 96). On pourrait toutefois imaginer des situations dans lesquelles cette concurrence pourrait exister, et donc ce rapport de compétence. Il suffirait par exemple de se figurer une nouvelle juridiction, établie pour traiter certains dossiers de manière spécialisée, mais sans que les affaires antérieures à son entrée en fonction puissent lui être transférées. Il y aurait alors effectivement une succession dans le temps avec une règle temporelle de compétence (destinée cependant à devenir sans application à terme).

## II) La réglementation indirecte : l'encadrement de l'activité du juge et du choix des parties

366. **Limitation des règles de rattachement.** La détermination d'au moins une juridiction est la solution logique du problème posée par la concurrence des juridictions aux justiciables. Cependant, cette solution logique est délicate dès lors que cette concurrence est internationale puisque, par hypothèse, les États ne se sont pas mis d'accord sur une organisation commune. L'échec patent de la convention multilatérale sur la compétence internationale, au début des années 2000, en prouve assez la difficulté<sup>858</sup>. Impossible, dès lors, de compter systématiquement sur une règle bilatérale et localisatrice pour déterminer quel est la juridiction ou le groupe de juridictions compétentes. La conséquence est connue : les États, chacun pour leur juridiction (ou à plusieurs, pour leurs juridictions), déterminent alors un champ de compétence ; c'est-à-dire des règles de compétence unilatérales. Les solutions à cette concurrence sont donc ainsi elles-mêmes globalement unilatérales. Toutefois, l'impossibilité structurelle de prendre en compte la compétence de juridictions tierces, c'est-à-dire des juridictions étrangères ou internationales dont l'activité n'est pas articulée avec celles des juridictions judiciaires, ne concerne que les règles de compétence stricto sensu. Derrière ces règles de rattachements, une autre organisation de la compétence peut prendre le relais, moins directe, peut être moins efficace, mais très utile malgré tout : celle qui permet ou oblige même parfois le juge à modifier le jeu de la règle de rattachement, les règles de procédure (A) et celle qui permet aux parties d'évincer ces règles objectives par le choix de leur juge, la réglementation des conventions de juridictions (B). On les examinera successivement.

### A) Les règles de procédure dans le traitement de la concurrence des juridictions

367. Les règles de procédure, et en particulier les règles concernant la recevabilité des demandes, peuvent être une arme efficace pour régler une difficulté d'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Du point de vue du juge français, cependant, règles de compétence et règles de procédure forment deux types de règle bien distincts, relevant eux-mêmes de régimes différents. On se trouve donc confronté à la divergence de perspectives que l'on a déjà observée : les règles sur la compétence, qui répondent ensemble au problème du point de vue abstrait d'un

---

<sup>858</sup> A. T. von MEHREN, « La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers : Le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir ? », *RCDIP* 2001, p.85 ; J. WALKER, « Canada's position on a Multilateral Judgments Convention », *Trilateral Perspectives on International Legal Issues: Conflict and Coherence*, C. Charmody (edr.), Am. Soc. Int'l L. 2003, p. 127 et les contributions à l'ouvrage de J. BARCELO et K. CLERMONT (eds), *A Global Law of Jurisdiction and Judgments: Lessons from The Hague*, Kluwer Law International 2002. Et encore les négociations ne furent infructueuses qu'à cause d'une opposition *common law*/pays de droit romano-germanique qui n'est pourtant pas la plus sensible en droit comparé : il est probable que la présence de délégation de négociation chinoise ou de pays musulman aurait encore compliqué l'obtention d'un résultat, ne serait-ce que du fait des difficultés culturelles.

législateur, doivent être notamment distinguées en règles de rattachement et règles de procédure pour le juge<sup>859</sup>. Dès lors, avant d'envisager l'altération des règles de compétence par certaines règles de procédure, il paraît nécessaire de distinguer ce qui relève globalement de la compétence, et ce qui n'en relève pas. Certaines règles portant sur la recevabilité des demandes forment ainsi de véritables règles de compétence au sens où elles permettent le choix (1), tandis que d'autres règles de procédure, en encadrant le régime des règles de rattachement, affectent la solution de compétence (2).

### **1. Les règles sur la recevabilité, parfois règles de compétence**

368. **La proximité de la compétence et de la recevabilité.** Pour les justiciables qui cherchent à saisir un juge, l'application des règles de procédure ou de compétence peut se résoudre à une même réponse : il peut ou ne peut pas intervenir. L'idée d'attribution est ici encore source de confusion, cette fois-ci, entre compétence et *recevabilité*<sup>860</sup>. Du point de vue du justiciable, la différence n'est pas très importante entre l'un et l'autre : que le juge soit incompetent ou que la demande soit irrecevable, il ne pourra dans tous les cas agir devant le juge. Passée la possibilité ou l'impossibilité de saisine, toutefois, les conséquences ne sont pas identiques. En particulier, si aucun juge n'est compétent, le justiciable pourra très certainement compter sur l'exception de déni de justice pour réclamer de l'un d'entre eux qu'il accepte malgré tout sa saisine. En revanche, une demande irrecevable constate le défaut du droit d'agir du demandeur qui n'aura ainsi pas droit d'accès à la justice dans son ensemble. On pense par exemple au défaut d'intérêt à agir, à la prescription de la demande, à l'autorité de chose jugée attachée à une décision précédente dans la même affaire, etc<sup>861</sup>. On a vu toutefois précédemment des exemples d'emploi de règles sur la recevabilité approchant l'idée de compétence : la règle *una via electa*, qui oblige le demandeur à faire le choix entre justice nationale et justice arbitrale pour obtenir réparation d'une atteinte étatique portée à un investissement étranger. Dans cette hypothèse, le choix du juge est aussi nécessaire, bien que la règle ne mette pas directement en relation ces deux juridictions<sup>862</sup>. L'idée centrale, donc, est celle de l'alternative : même si la règle ne l'envisage pas structurellement comme une règle de rattachement, elle peut avoir pour effet d'y répondre.
369. **Les immunités de juridiction, règle internationale.** Les immunités de juridiction, prises sous un angle abstrait, pourraient par exemple relever du problème de la compétence internationale, c'est-à-dire de la concurrence

---

<sup>859</sup> V. *supra* n° 340s.

<sup>860</sup> Il ne s'agit que d'une autre facette de la confusion entre pouvoir de juger et compétence que l'on a critiquée en première partie, v. *supra*, n° 204s.

<sup>861</sup> V. l'article 122 du Code de procédure civile : « *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée.* »

<sup>862</sup> V. *supra*, n° 142.

internationale des juridictions<sup>863</sup>. Il s'agit après tout moins d'une exception à ce que le juge peut faire (trancher en droit) qu'une exception à son intervention<sup>864</sup>. Les immunités de juridiction reposent sur une règle internationale coutumière selon laquelle un État ne saurait, dans une certaine mesure, en juger un autre : *par in parem non habet jurisdictionem*<sup>865</sup>. Cette règle, toutefois, ne vaut que dans les relations entre États : elle a besoin d'une expression de droit processuel pour signifier au juge l'interdiction de statuer<sup>866</sup>. Par ailleurs, la règle elle-même n'est qu'un principe au contenu incertain qui ne saurait suffire à délimiter exactement le domaine ni surtout à préciser le régime de cette exception<sup>867</sup>. Aussi n'est-il pas étonnant que la doctrine ait un temps proposé d'expliquer cette abstention par l'idée d'une incompétence spéciale.

**370. La proposition de l'immunité-incompétence.** L'analyse de ces auteurs, NIBOYET en particulier, se fondait alors sur une analogie. De la même manière que les tribunaux judiciaires ne pouvaient entendre des contestations relatives au fonctionnement de la puissance publique et au service public français par l'effet de la compétence exclusive des juridictions administratives, les tribunaux judiciaires français ne pouvaient être valablement saisis des mêmes contestations au sujet de la puissance publique étrangère ou de services publics étrangers<sup>868</sup>. La jurisprudence,

<sup>863</sup> C'est ainsi l'opinion de certains auteurs, F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, Bruylant 2007, p. 100, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, n° 694.

<sup>864</sup> Le critère a été employé pour distinguer compétence et pouvoir de juger V. *supra*, n° 217s.

<sup>865</sup> Sur cette question, v. I. PINGEL-LENUZZA, *Les immunités des États en droit international*, Bruylant 1998 ; M. COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes*, Pedone 1996. *Adde.* M. LAAZOUZI, *Les contrats administratifs à caractère international*, Economica 2008, p. 283.

<sup>866</sup> Sur la mise en cause du lien entre la source de l'abstention et la manifestation de l'abstention, v. M. LAAZOUZI, *op. cit.*, p. 369.

<sup>867</sup> M. LAAZOUZI, *op. cit.*, p. 375. V. aussi H. MUIR WATT, « Recension de l'ouvrage de M. COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes* », *RCDIP* 1997, p. 202.

<sup>868</sup> V. par exemple N. POLITIS, note sous Trib. Civ. Seine, 23 mars 1907, *Eoux Dessus*, D.P. 1907, II, 281 et Ch. ROUSSEAU, *S.* 1933, 1, p. 249. L'analyse fut reprise, plus tard, par NIBOYET, sa pensée ayant grandement évoluée en la matière. On peut d'abord évoquer une note en 1934. NIBOYET y considérait que l'immunité était totale dès lors que l'État était défendeur (note sous Req. 23 janv. 1933, *RCDIP* 1934, p. 935). Sur la qualification, l'auteur ne se prononce pas, bien que le pourvoi ayant amené à la décision de la Cour soit un pourvoi pour excès de pouvoir et que la Cour décide que le juge aurait dû se déclarer d'office incompétent sur défaut de l'État défendeur. En 1949, dans le sixième tome de son *Traité*, Niboyet évoque ensuite tant l'incompétence absolue (citant notamment cet arrêt) lorsque l'État ne se présente pas que l'incompétence relative lorsque celui-ci se présente au contraire. Il parle d'ailleurs de l'immunité elle-même relative, modifiant son interprétation de la jurisprudence antérieure (*op. cit.*, n° 1761 et 1768). Enfin, l'aboutissement de sa pensée semble se révéler dans un article de 1950 (« Immunité de juridiction et incompétence d'attribution », *RCDIP* 1950, p. 139), dans lequel il distingue compétence d'attribution et immunité de juridictions. Il est probable que l'auteur ait aussi souhaité s'adapter à l'évolution terminologique opérée en procédure civile dans le vocabulaire de la compétence, v. SOLUS, « Compétence d'attribution et compétence territoriale », *JCP* 1947, I, 663. À son aboutissement, l'auteur proposait de distinguer l'immunité de juridiction de l'incompétence d'attribution. Cette dernière serait en effet la véritable cause de l'abstention lorsque l'acte soumis à la juridiction judiciaire française ne relève pas de sa compétence à raison de l'objet (de service public, ou de puissance publique) de la contestation, en d'autres termes, lorsque la contestation porterait sur un droit public étranger. Seules resteraient des cas d'immunité de juridictions les hypothèses dans lesquelles, tout d'abord, l'objet du litige rentrerait dans la compétence des juridictions françaises et, ensuite, pour lesquelles il faudrait paralyser l'activité du juge du fait de la qualité particulière du défendeur (J.-P. NIBOYET, « Immunité de juridiction et incompétence d'attribution », *op. cit.*). Réciproquement, l'auteur considérant que les démembrements de l'État ne peuvent bénéficier de l'immunité car ils n'ont pas par eux-mêmes de souveraineté, ce serait sur le fondement de l'incompétence d'attribution que se justifierait l'abstention lorsque l'acte litigieux serait un acte de fonction, c'est-à-dire un acte relevant du fonctionnement d'un service public ou de l'exercice par une autorité administrative de son pouvoir de police (J.-P. NIBOYET, *op. cit.*, p. 142, note 1, citant l'interprétation de M. WALINE sur

cependant, n'a pas retenu cette théorie. Les immunités, depuis 1986 au moins<sup>869</sup>, sont traitées par la voie de l'irrecevabilité.

371. **Le critère téléologique : le problème de la concurrence juridictionnelle.** À n'envisager que la proximité des critères de la compétence administrative et des immunités, on en oublie toutefois leurs fonctions. Le premier correspond à une volonté de réserver certaines questions à des juridictions spécialisées. Il s'agit encore de compétence, de répartition des affaires entre différentes juridictions organisées par un même législateur. Le second, en revanche, est de source internationale. Or, en l'état de la société internationale, le droit international public ne fournit pas d'organisation de la concurrence juridictionnelle. Les immunités ne servent pas à cela, car elles sont dissociées de la question de la détermination d'un juge compétent. La solution, qui avait déjà été démontrée en doctrine à partir de la jurisprudence française<sup>870</sup>, s'infère de l'un des motifs de l'arrêt de la Cour internationale de justice *Allemagne c. Italie* rendu le 3 février 2012 : rien n'indique, dans le droit international, que la mise en jeu de l'exception d'immunités dépende de la possibilité pour le justiciable de saisir un autre tribunal<sup>871</sup>. La Cour en déduisait d'ailleurs que le déni de justice ne saurait justifier l'éviction du principe d'immunité de juridictions des États. Il se peut qu'un jour, à un stade plus avancé de l'organisation internationale de la justice, la réponse soit différente. En l'état actuel du droit international, cependant, les deux questions ne sont pas liées. Or, si les immunités de juridictions ne relèvent pas du problème d'organisation de la concurrence entre les juridictions, il n'y a pas de question de compétence.
372. **Règles de procédure, problème de compétence : l'articulation indirecte des juridictions.** Il est des hypothèses, en revanche, où la règle de procédure répond

---

le droit administratif). Charles FREYRIA reprit cette pensée et y ajouta son propre développement : « Mais, précisément, n'est-il pas possible d'aller plus loin ? De dire que la puissance publique, ou si l'on préfère la souveraineté de l'Etat étranger est suffisamment protégée par l'organisation de la compétence d'attribution de nos tribunaux judiciaires français ? » (Ch. FREYRIA, « L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers », *RCDIP* 1950, p. 227s. et 449s., spéc. p. 450. Il est permis de voir dans cet article non le dévoiement mais bien le développement nécessaire de la doctrine de NIBOYET, v. F. TERRE, note sous Paris, 10 févr. 1961, *RCDIP* 1963, p. 588, spéc. p. 597). L'analyse de l'immunité en incompétence atteignait là son paroxysme, en assimilant incompétence d'attribution des tribunaux judiciaires selon le droit administratif français et abstention du juge face à l'activité publique étrangère.

Plus récemment, Mme Marie-Laure NIBOYET avait proposé de traiter la question par une exception de procédure, catégorie plus ouverte, notamment pour obliger l'Etat à soulever son immunité à l'entrée du procès et l'empêcher de saisir l'opportunité de cette défense au moment où il jugerait que le procès tourne en sa défaveur, M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, *Economica* 1986, n° 516.

<sup>869</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 avr. 1986, *RCDIP* 1986, p. 723, note G. Couchez ; *JDI* 1987, note Ph. Kahn. V. encore, plus récemment, Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 2011, *RCDIP* 2011, p. 716, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 2011, p. 889, obs. C. Tahri ; *Gaz. Pal.* 18 oct. 2011, p. 289, note A. Loiseau ; *RTD Civ.* 2011, p. 382, obs. Ph. Théry. Des juges du fond avaient cependant très clairement posé la question plus de vingt ans auparavant, v. ainsi Nancy, 18 mai 1961, *JCP* 1961, II, 12421, note J.A. ; *RTD Civ.* 1962, p. 182, obs. Hébraud ; *JDI* 1962, p. 436 et Paris 17 mars 1978, *RCDIP* 1978, p. 714, note P. Bourel ; *JDI* 1978, p. 605, note Ph. Kahn ; *D.* 1978, I.R. p. 370, obs. B. Audit.

<sup>870</sup> Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, p. 228s.

<sup>871</sup> C'est l'un des motifs de la décision de la Cour Internationale de Justice dans *l'affaire Allemagne c. Italie* : « Elle ne voit, dans la pratique des Etats –dont découle le droit international coutumier –, aucun élément permettant d'affirmer que le droit international ferait dépendre le droit d'un Etat à l'immunité de l'existence d'autres voies effectives permettant d'obtenir réparation » (C.I.J., 3 févr. 2012, *Rec.* 2012, p. 24).

directement à un problème de compétence. Cela peut être le cas lorsque des organes différents interviennent sur le même type d'affaire sans pour autant bénéficier d'une organisation directe par une règle de rattachement. Il en va ainsi des rapports de certaines juridictions internationales de droit public avec les autres<sup>872</sup>. En effet, à prendre le contentieux international des investissements, qui oppose toujours un État à un investisseur, c'est bien une règle de procédure qui règle l'articulation des éventuelles procédures devant les juridictions nationales et les juridictions spécialisées. Le demandeur perd son droit à agir, de manière irrévocable ou seulement conditionnelle, s'il saisit une juridiction nationale. En d'autres termes, la concurrence entre ces deux juridictions est réglée, en ce qui concerne la juridiction internationale, par une règle unilatérale qui prend en compte la saisine de l'autre<sup>873</sup>.

La solution est logique. En l'absence d'une réglementation directe des hypothèses d'intervention des tribunaux nationaux et internationaux, le seul point d'ancrage de la réglementation ne peut être que l'activité des parties. C'est elle seule qui permettra de déterminer s'il est souhaitable ou non que le juge statue sur la demande. Ce faisant, l'organisation se fera par l'irrecevabilité de la demande ou la mise en œuvre de règles spécifiques de conflit de procédures, mais pas par l'élaboration d'une règle de rattachement, qui permettrait de répondre directement à la question de la juridiction : « *suis-je le bon juge ?* »<sup>874</sup>. Toutefois si, du point de vue du juge, la règle sera de procédure, le problème résolu est bien, pour les justiciables comme pour le législateur, une question d'articulation de l'activité de juridictions en concurrence.

**373. Une solution indirecte à la concurrence internationale des juridictions.** Une règle de rattachement ne saurait désigner une juridiction tierce, à laquelle la règle n'est pas applicable, il faut donc qu'une autre règle s'en charge. Sa structure l'impose, car une fois l'hypothèse vérifiée, c'est-à-dire ses conditions remplies, son effet est unique : le rattachement, c'est-à-dire la désignation, ou non, d'une juridiction ou d'un groupe de juridiction destinataires de cette règle. Elles ne sont donc modelées que pour prendre en compte ces dernières, et pas les concurrentes, ces juridictions qui n'appliquent pas ces normes. Les règles de recevabilité de la demande, en revanche, le permettent. Elles s'intéressent en effet tant au fond du droit qu'à l'activité et à la personne des parties. Or, à défaut de pouvoir prendre en compte l'activité des juges dans la concurrence, abstraite, des juridictions, on peut encore s'attacher à observer leur mise en concurrence, concrète, par les parties. Sans même s'attacher au jeu des règles de rattachements, certaines règles de procédure, sur la recevabilité, participent ainsi du problème de la compétence internationale.

---

<sup>872</sup> On ne le peut pas, puisque l'autre juridiction n'est pas destinataire de la législation du for. On abordera le caractère public de la législation, ainsi limitée aux juridictions de l'Etat ou des Etats légiférant *infra* n° 422s.

<sup>873</sup> Ch. SCHREUER et al., *The ICSID Convention, a Commentary*, Cambridge Uni. Press, 2<sup>nd</sup> ed. 2009, p. 365.

<sup>874</sup> V. *supra*, n° 139s.

## 2. Les règles de procédure altérant la solution de compétence

374. **Office du juge.** L'autre forme d'altération de la solution de compétence relève du jeu, sur la règle de rattachement, des règles de procédure qui en forment le régime. Le caractère obligatoire pour le juge de sa compétence ou de son incompétence peut en effet être modifié par la prise en compte d'autres éléments, et notamment la revendication d'un État tiers pour la compétence de sa ou ses juridictions. Le caractère facultatif du relevé par le juge de son incompétence matérielle ou internationale, prévu à l'article 92 C.P.C. ou à l'article 24 du Règlement Bruxelles I<sup>875</sup>, en est un exemple, mais ce n'est pas le seul.
375. **Caractère obligatoire ou facultatif de la compétence et de l'incompétence.** Le caractère facultatif ou obligatoire de la compétence pour le juge est souvent évoqué au sujet du *forum non conveniens* de certains droits anglo-saxon<sup>876</sup>. Selon ce principe, le juge désigné par la règle de rattachement, qui a donc « *jurisdiction* »<sup>877</sup> sur l'affaire, peut toutefois renvoyer à un juge qu'il estime « plus approprié », « *more convenient* »<sup>878</sup>. Le développement de cette règle, en droit anglais et plus récemment en droit américain, a il est vrai perturbé les solutions traditionnelles des droits continentaux, peu habitués à voir la règle de compétence traitée comme une simple indication pour le juge. Le *forum non conveniens* aurait ainsi été reconnu depuis longtemps incompatible avec le droit français et le droit européen<sup>879</sup>. Pourtant, le traitement de la compétence en droit français laisse planer le doute sur le caractère obligatoire de cette désignation.
376. **Article 93 C.P.C.** En droit interne, en effet, le régime de la règle de rattachement dépend notamment de l'article 93 C.P.C. Or cet article nous intéresse ici au premier chef, car il s'adresse à l'office du juge lorsque la règle de compétence territoriale applicable ne le reconnaît pas compétent.

*« En matière gracieuse, le juge peut relever d'office son incompétence territoriale. Il ne le peut, en matière contentieuse, que dans les litiges relatifs à l'état des personnes, dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne comparait pas ».*

---

<sup>875</sup> Ce dernier article se qualifie lui-même de règle de compétence, mais, s'il joue en effet nécessairement sur la compétence du juge, on ne saurait le qualifier de règle de rattachement. Comp. Ph. THERY, « La compétence » in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordinations des justices étatiques*, IRJS Ed. 2013, p. 45, spéc. p. 50 qui évoque dans le même ordre d'idée que l'article 24 manque de la prévisibilité que l'on est en droit d'attendre d'une règle de compétence. Le demandeur, en effet, ne saura s'il a saisi un juge « compétent » à ce titre qu'après que le défendeur ait laissé passer le moment de soulever l'incompétence du tribunal. L'auteur émet par ailleurs un avis négatif sur l'altération des chefs de compétence par des règles de procédure (*ibid.* p. 51s.)

<sup>876</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 176s.

<sup>877</sup> Les règles de compétence dans les litiges internationaux sont souvent considérées comme des règles de pouvoir. Les règles de distribution des litiges au sein de l'espace américain sont quant à elles qualifiées de *venue* le plus souvent. V. G. BORN et P. RUTLEDGE, *International civil litigation in United States Courts*, 5<sup>th</sup> ed., Wolters Kluwer 2011, p. 458.

<sup>878</sup> Le terme anglais révèle d'ailleurs son origine puisque *competens* signifie notamment « convenable » en latin, v. *supra* n° 335s.

<sup>879</sup> G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, Dalloz 1972, n° 206 ; H. GAUDEMET-TALLON, n° 81.

On doit en conclure qu'en matière contentieuse et en matière économique en tout cas, le juge ne peut presque jamais pallier la négligence du défendeur qui omettrait de soulever l'incompétence du juge : ce n'est que si la matière litigieuse relève d'une compétence exclusive que le juge est tenu de le faire. Si le défendeur comparait sans soulever l'incompétence du juge, le juge ne saurait le protéger. En d'autres termes, en ce domaine, la solution de la règle de compétence territoriale peut être écartée. L'affirmation selon laquelle l'esprit du *forum non conveniens* est inconnu en France appelle donc au moins une modération. En ce qui concerne la répartition des affaires au sein de l'État, le caractère facultatif de la solution de compétence est au contraire ainsi avéré tant pour le juge français que pour le juge anglais ou américain<sup>880</sup>. On verra par ailleurs qu'un autre aspect du *forum non conveniens* se retrouve en droit français : le juge incompetent doit en effet, selon l'article 96 C.P.C., désigner et renvoyer les parties au juge compétent. La spécificité du *forum non conveniens* ne se trouve en réalité ni dans cette désignation, ni dans le caractère facultatif de la solution de compétence pour le juge, mais dans le caractère facultatif de sa désignation comme juge compétent. Ce qui surprend le civiliste n'est donc pas tant le libéralisme de ce procédé que la remise en cause du caractère d'intérêt privé de la règle, en allant à l'encontre d'un choix du demandeur par l'attribution au juge d'un pouvoir de modération de la solution de compétence<sup>881</sup>. Là où, en France, l'article 93 altère l'incompétence territoriale, le *forum non conveniens* altère de son côté la compétence du juge. Toutefois, si la différence est importante du point de vue du juge, elle ne l'est pas du point de vue du législateur abstrait que nous avons adopté pour étudier le fonctionnement de la compétence. Pour ce dernier, compétence et incompétence ne sont que les deux facettes de la même pièce, la répartition<sup>882</sup>, que le *forum non conveniens* comme l'article 93 C.P.C. modifie directement<sup>883</sup>. Surtout, elle démontre ainsi que, d'un côté comme de l'autre de la Manche et de l'Atlantique, des règles de procédure peuvent altérer le choix que permet la règle de rattachement.

**377. L'affaire *West Carribean*.** Il faut en déduire que, malgré certaines affirmations, une décision de *forum non conveniens* prise par une cour anglo-saxonne<sup>884</sup> malgré une

<sup>880</sup> On ne s'est intéressé ici qu'au fonctionnement de la compétence interne. Or, l'assimilation du droit de la compétence internationale aux règles de compétence territoriale a pu être discutée à cette occasion. Pour l'emploi de cet article en matière internationale, v. *infra*, n° 619s.

<sup>881</sup> Sur des développements sur cette perspective du droit français, et d'un glissement préjudiciable, v. *infra*, n° 408s.

<sup>882</sup> V. *supra*, n° 356.

<sup>883</sup> Bien sûr, le caractère obligatoire de la règle pour le juge en est passablement altéré (V. ainsi, réévaluant une analyse en termes d'effectivité, S. CLAVEL, « Les mutations de l'office du juge à l'aune du développement des règles de droit international privé supranationales », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Ed. 2013, p. 57). À bien y regarder cependant, cette altération n'est pas supérieure à ce qu'un accord procédural des parties permet en empêchant, par exemple, l'application du droit objectivement désigné selon le règlement Rome II du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. On pourrait encore rétorquer que, alors que, là où l'accord procédural se contente de substituer une loi à une autre dans une même procédure, le *forum non conveniens* renvoie les parties devant un juge étranger. Cependant, ce renvoi n'est pas fait sans garantie, l'une des conditions d'exercice de ce dernier étant la démonstration de la disponibilité du for de renvoi. V. cependant, nuancé sur l'application de cette condition, J. SAMUELS, *When is an Alternative Forum Available? Rethinking the Forum non conveniens Analysis*, 85 Ind. L.J. 1059 (2010).

<sup>884</sup> En particulier américaine : le Montana, l'Oregon et l'Idaho sont les seuls États à avoir refusé de le faire jouer G. BORN et P. RUTLEDGE, *International civil litigation in United States Courts*, 5<sup>th</sup> éd., Wolters Kluwer 2011, p. 372.



règle de rattachement uniforme la désignant n'est pas plus en soi la « violation » d'une règle de compétence que ne saurait l'être l'article 93 C.P.C. On ne saurait donc critiquer la solution retenue par les juridictions américaines dans l'affaire *West Caribbean*<sup>885</sup>. Comme nombre d'autres affaires de catastrophe aérienne<sup>886</sup> et industrielle<sup>887</sup>, cette affaire plaçait le juge américain en objet de désir du forum shopping d'un grand nombre de victimes<sup>888</sup>. Les demandeurs étaient ici composés notamment des familles des 160 victimes françaises du crash au Venezuela d'un avion charter en route pour Fort-de-France depuis Panama. Newvac, une société américaine, avait été engagée par une agence de voyage de la Martinique pour assurer le vol aller-retour dans le cadre d'un voyage de vacances organisées. Cette société avait alors à son tour, par un contrat qui concluait un montage assez frauduleux, affrété l'avion à une société écran colombienne, West Caribbean Airways (WCA). Le vieil avion employé pour le vol, renfloué à peine un mois auparavant, s'est alors écrasé dans les montagnes du nord-ouest du Venezuela<sup>889</sup>.

Les familles de victimes (françaises pour l'essentiel, les familles des pilotes colombiens ayant suivi une autre procédure) ont alors assigné Newvac et WCA devant le Tribunal fédéral de Miami, en Floride. Ce tribunal bénéficiait en effet de trois chefs de compétence au regard de l'article 33 de la Convention de Montréal du 28 mai 1999. Il était en effet à la fois « tribunal du domicile du transporteur », du « siège principal de son exploitation » et du « lieu où il possède un établissement par le soin duquel le contrat a été conclu ». Le texte de l'article 33 offrait cependant encore un chef de compétence alternatif : celui des tribunaux de l'État du lieu de destination de l'avion, c'est-à-dire en l'espèce le tribunal de grande instance de Fort-de-France<sup>890</sup>. Le défendeur souleva cependant devant le juge américain une

<sup>885</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 déc. 2011, *West Caribbean Airways*, JDI 2012, p. 1384, note S. Clavel ; RCDIP 2012, p. 138, Rapp. Maitrepierre ; D. 2012, p. 254, obs. X. Delpech et note Ph. Delebecque et p. 1237, obs. F. Jault-Seseke et 1439, note H. Kenfack ; JCP 2012, p. 414, note 264 par L. d'Avout ; RTD Civ. 2012, p. 367, note Ph. Théry ; RDC 2012, p. 957, note A. Lapart. V. aussi, O. DUBOS, « Juridictions américaines et juridictions françaises face à l'article 33 de la Convention de Montréal : un dialogue de sourd ? », JDI 2012, p. 1281

<sup>886</sup> V. par exemple, l'affaire *Flash Airlines*, Paris 6 mars 2008 (sur laquelle v. *infra*, n° 801s., spéc. n° 805) mais aussi, plus ancien, *Helicopteros nacionales de Colombia*, 466 U.S. 408 (1984), première affaire à évoquer la compétence des juridictions américaines pour une affaire impliquant un défendeur étranger devant la Cour suprême, sur laquelle v. A. LOWENFELD, *International litigation and the Quest for reasonableness*, Clarendon press 1996, p. 52s. V. plus généralement, P. DEMPSEY, *All along the watchtower: Forum non conveniens in international aviation*, XXXVI Annals of Air & Space Law 323-75 (2011).

<sup>887</sup> Ainsi la tristement célèbre affaire *Bhopal*, du nom de la ville où eut lieu la catastrophe industrielle la plus meurtrière à ce jour, M. GALANTER, *When Legal Worlds Collide: Reflections on Bhopal, and Good Lawyer, and the American Law School*, 36 J. Legal Educ. 292 (1986).

<sup>888</sup> Les pouvoirs procéduraux des juges américains et, éventuellement, les larges dommages et intérêts accordés aux parties attirent un nombre de demandeurs étrangers d'autant plus important que l'activité internationale des grands groupes américains les confronte fréquemment à des actions en responsabilité portées par des étrangers. L'Etat français lui-même, pour éviter l'application d'une convention restreignant les montants de dommages et intérêts, avait ainsi préféré agir devant les tribunaux de New-York que devant les siens dans l'affaire de l'*Amoco-Cadiz*. Sur cette affaire, v. la synthèse d'A. de RAULIN, « L'épopée judiciaire de l'Amoco-Cadiz », JDI 1993, p. 41. *Adde.*, sur le point de vue américain, A. LOWENFELD, *op. cit.*, p. 86.

<sup>889</sup> Sur les conditions douteuses des relations entre les sociétés américaines et colombiennes, toutes les deux créées par un chef d'entreprise québécois à la réputation sulfureuse, v. O. DUBOS, *op. cit.*

<sup>890</sup> Article 33 de la Convention de Montréal : « 1. L'action en responsabilité devra être portée, au choix du demandeur, dans le territoire d'un des États parties, soit devant le tribunal du domicile du transporteur, du siège principal de son exploitation ou du lieu où il possède un établissement par le soin duquel le contrat a été conclu, soit devant le tribunal du lieu de destination.

exception de *forum non conveniens*, arguant que le TGI martiniquais était le tribunal le plus approprié. Le juge américain l'accueillit, confirmé ensuite par la Cour d'appel fédérale du 11<sup>ème</sup> circuit<sup>891</sup>. Les demandeurs saisirent en conséquence le tribunal de grande instance de Fort-de-France. Toutefois, plutôt que d'agir au fond, ils demandèrent à titre principal que les juges français se déclarent incompétents. La demande était exotique, le droit français ne connaissant en principe que l'exception d'incompétence, soulevée par le défendeur<sup>892</sup>. Concédant toutefois la recevabilité d'une telle action, le TGI puis la Cour d'appel de Fort-de-France la rejetèrent ensuite au fond : l'article 33 désignait en effet les juges français. L'affaire vint alors, sur recours, devant la Cour de cassation qui, le 7 décembre 2011, fit droit au pourvoi des défendeurs et cassa sans renvoi : le juge français, par l'effet du choix des demandeurs au profit des juridictions américaines, était incompétent. Les demandeurs étaient libres de saisir à nouveau la justice américaine pour leur demander le retrait de la décision précédente de *forum non conveniens*. La décision de la Cour de cassation fut cependant inefficace : les juges américains refusèrent très nettement de revoir cette ordonnance et, évoquant la fraude, menacèrent les demanderesses de sanction pour action abusive<sup>893</sup>.

378. **Qualification du *forum non conveniens* : une règle de procédure sur la compétence.** En première approximation, la question, dans cette affaire, portait sur l'articulation de l'article 33 de la convention de Montréal et du *forum non conveniens* ; c'est-à-dire, en fin de compte, de la notion de *forum non conveniens* et sa portée<sup>894</sup>. Pour les juridictions américaines, il s'agit d'une notion de procédure qui se surimpose aux règles de compétence<sup>895</sup>. Elle reste ainsi une arme au pouvoir des

---

2. En ce qui concerne le dommage résultant de la mort ou d'une lésion corporelle subie par un passager, l'action en responsabilité peut être intentée devant l'un des tribunaux mentionnés au paragraphe 1 du présent article ou, en égard aux spécificités du transport aérien, sur le territoire d'un État partie où le passager a sa résidence principale et permanente au moment de l'accident et vers lequel ou à partir duquel le transporteur exploite des services de transport aérien, soit avec ses propres aéronefs, soit avec les aéronefs d'un autre transporteur en vertu d'un accord commercial, et dans lequel ce transporteur mène ses activités de transport aérien à partir de locaux que lui-même ou un autre transporteur avec lequel il a conclu un accord commercial loue ou possède.

Aux fins du paragraphe 2 :

a) « accord commercial » signifie un accord autre qu'un accord d'agence conclu entre des transporteurs et portant sur la prestation de services communs de transport aérien de passagers ;

b) « résidence principale et permanente » désigne le lieu unique de séjour fixe et permanent du passager au moment de l'accident. La nationalité du passager ne sera pas le facteur déterminant à cet égard.

4. La procédure sera régie selon le droit du tribunal saisi de l'affaire. ».

Il faut ajouter que, si les juridictions américaines considèrent que le rattachement utilisé par l'article 33 est un rattachement général, désignant un Etat, la jurisprudence française considère au contraire que le texte évoque un rattachement spécial, c'est-à-dire un tribunal. Vérifiant l'interprétation française, le juge américain pouvait donc effectivement désigner le tribunal de Fort-de-France dans son ordonnance de *forum non conveniens*.

<sup>891</sup> *In re West Caribbean Airways*, 619 F. Supp. 2d 1299 (première instance) ; *Pierre-Louis v. Newvac Corp.*, 584 F.3d 1052, 2009 (en appel).

<sup>892</sup> La Cour d'appel de Paris avait en effet en 2008 octroyé à cette action le bénéfice de la recevabilité. La Cour de cassation, cependant, avait ensuite cassé l'arrêt sur un autre fondement. Au sujet de cette affaire *Flash Airlines*, v. *infra*, n° 803s.

<sup>893</sup> *In Re West Caribbean Airways*, (S.D.F.L. 16 May 2012) confirmée par US Court of appeals, 11<sup>e</sup> Cir., May 6, 2013.

<sup>894</sup> Sur le *forum non conveniens*, v. A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens, Etude de droit international privé comparé*, Bruylant LGDJ 2003, Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM 2000 ; v. aussi D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 176.

<sup>895</sup> V. pour un historique intéressant de cette relation, A. NUYTS, *op. cit.*, p. 50s.

juges américains pour éviter les saisines qu'ils estiment être de pur forum shopping<sup>896</sup>. Pour le juge français, la règle de compétence uniforme prive au contraire le juge de ce pouvoir. La compétence vérifiée, le juge n'a pas le pouvoir de la refuser. On voit bien l'ambiguïté de la règle. Toutefois, à l'aune des développements précédents, sa qualification s'impose : la règle du *forum non conveniens* est une règle de procédure qui influe sur la compétence<sup>897</sup>. La Convention de Montréal n'énonce que des règles de rattachement et a laissé la procédure, et parmi elles, le *forum non conveniens*, à la réglementation autonome des États contractants<sup>898</sup>. Le juge français, faut-il le rappeler, était compétent au regard de la règle de compétence. Le fondement de la décision de la Cour de cassation n'est donc pas réellement l'incompétence de ce dernier, mais plutôt l'opposition à l'interprétation de la règle uniforme comme permettant le *forum non conveniens* et, indirectement, la remise en cause du choix des demanderesse.

379. **Conclusion.** Il s'agit là d'une conception de la compétence sur laquelle on pourra un peu plus tard s'interroger<sup>899</sup>. Pour l'heure, il suffit de relever que l'affaire West Caribbean comme l'article 93 C.P.C. pour la compétence territoriale démontre bien que la règle de rattachement n'est pas la seule réponse au problème de la concurrence internationale des juridictions. Par leur caractère nécessairement directif, les règles de compétence manquent d'une souplesse que d'autres règles peuvent apporter, en particulier pour prendre en compte la concurrence internationale d'autres juridictions, une concurrence que la règle de rattachement

---

<sup>896</sup> La règle du *forum non conveniens*, telle que posé par la Cour suprême fédérale dans l'affaire *Piper v. Reno* et précisée ensuite, exige en effet l'évaluation de multiples éléments : l'intérêt du for dans l'espèce, la congestion des tribunaux et les charges administratives, l'importance de décider localement des affaires locales, la difficulté de déterminer et d'appliquer un droit étranger, l'accès et l'apport des preuves et la disponibilité des témoins, le pouvoir du juge étranger sur le défendeur, les motifs du demandeur pour saisir le juge, la possibilité d'exécuter le jugement, etc. V. G. BORN et P. RUTLEDGE, *op. cit.*, p. 408s. Il laisse alors une marge de manœuvre au juge américain. V. In re Air Crash Disaster Near New Orleans, Louisiana, 821 F. 2<sup>d</sup> 1147 (US Court of appeals, 5<sup>th</sup> Cir., July 21, 1987) : « ... We are of the opinion that article 28(1) offers an injured passenger or his representative four forums in which a suit for damages may be brought. The party initiating the action enjoys the prerogative of choosing between these possible national forums but that selection is not inviolate. That choice is then subject to the procedural requirements and divides that are part of that forum's internal laws [Ref...]. As one commentator of the Convention has stated: 'No evidence can be found anywhere that the drafters of the Convention intended to alter the judicial system of any country' Robbins, *jurisdiction under article 28 of the Warsaw Convention*, 9 McGill L.J. 352, 355 (1963). We simply do not believe that the United States through adherence to the Convention has meant to forfeit such a valuable procedural tool as the doctrine of *forum non conveniens* » (cité par O. DUBOS, *op. cit.* p. 1286; nous soulignons).

<sup>897</sup> Dans l'esprit américain, le *forum shopping* est encore possible entre les différents chefs de compétence, et il peut être pertinent d'écarter le choix du demandeur au profit d'un autre for. Les conceptions divergentes de la justice entre les pays de droit civil et les États-Unis d'Amérique se retrouvent ici comme en d'autres domaines (A. GARAPON et I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob 2003). En ce qui concerne l'application du droit uniforme, il est vrai qu'il y a alors de la part du juge une évaluation concrète des différents fors disponibles qui n'est jamais indiqué dans les textes. Mais elle n'y est jamais non plus expressément interdite. Le *forum non conveniens* permet ainsi de réguler entre les options de compétence ouvertes aux justiciables (En ce sens encore, v. A. NUYTS, *op. cit.*, p. 874s.).

<sup>898</sup> On peut en effet apprendre des conclusions déposées par le Département d'Etat américain dans l'affaire *West Caribbean*, à laquelle il s'est porté *amicus curiae* (Brief of the United States as *amicus curiae* in support of the defendant-appellees, disponible sur le site du Département d'Etat, <http://www.state.gov/documents/organization/138505.pdf>), que le *forum non conveniens* a été évoqué pendant les négociations, mais écarté (Brief précité, p. 11s.). On y notera, d'ailleurs, que la France avait soutenu une motion des négociateurs américains et australiens tendant à introduire le *forum non conveniens* dans le jeu même de la convention, sans succès.

<sup>899</sup> V. *infra*, n° 408s.

ne résout pas. Reste, enfin, une dernière manière de résoudre cette concurrence : le choix des justiciables.

## **B) Les conventions de juridiction**

380. Le problème de la concurrence internationale des juridictions est en premier lieu posé aux parties. Dans l'absolu, on pourrait très bien concevoir que les seules réponses à y apporter soient celles des conflits de procédures et de décisions. En d'autres termes, on pourrait concevoir une compétence qui ne serait que la conséquence d'un choix des justiciables. Le choix des justiciables pourrait d'autant plus prétendre à être la solution à cette concurrence qu'il permet non seulement d'élire un tribunal parmi les tribunaux étatiques ou internationaux, mais même de refuser de choisir parmi ces tribunaux en optant pour une autre solution, la justice privée de l'arbitrage. En réalité, on ne saurait laisser les justiciables *entièrement* libres, ce qui implique qu'un tel principe d'organisation, bien qu'utile, soit encadré (1). Cette réglementation, même si elle permet ainsi l'altération des solutions légales de compétence et la mise en place de juridictions privées, n'en fait pas moins aussi partie des solutions de compétence. Comme les règles de procédure, toutefois, elles ne lient pas par principe le juge saisi et le juge élu. Comme le droit de la compétence hors convention, il s'agit d'une réglementation unilatérale de la compétence (2)

### **1. Une organisation utile mais nécessairement encadrée**

381. **L'organisation par le choix du demandeur.** La première technique de résolution de la concurrence des juridictions pourrait relever du non-droit : laisser les justiciables, c'est-à-dire le plus souvent le demandeur, décider. Toutefois, maintenir cette solution aujourd'hui poserait sans doute d'importants problèmes d'administration des flux de contentieux, entre l'encombrement des juridictions « à succès » et la faible utilité des juridictions peu saisies. De surcroît, la solution reviendrait à favoriser le demandeur. Si elle n'est pas ponctuellement sans mérite<sup>900</sup>, la solution inverse de préférer le défendeur se justifie mieux. En favorisant le demandeur, on favorise une course au contentieux nuisible à la paix sociale et la possibilité de situations aberrantes dans lesquelles un individu doit consentir à des efforts personnels et financiers extrêmes pour se déplacer et se défendre d'une responsabilité inexistante. L'idéal serait sans doute de pouvoir faciliter l'*accès* sans pour autant encourager le *recours* à la justice : un équilibre bien utopique<sup>901</sup>. Il faut en tout cas des règles, objectives et préalables.

---

<sup>900</sup> G. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP* 1993-1994, p. 97.

<sup>901</sup> V. cependant S. BOLLEE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *L'efficacité économique en droit*, S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès, *Economica* 2008, p. 121.

382. **L'organisation par le choix des parties : présupposés théoriques.** À défaut, on pourrait toutefois concevoir une solution d'organisation alternative consistant à fixer comme règle que le juge compétent est celui que les parties ont choisi ensemble, par un accord. L'organisation de la concurrence des juridictions fondée sur un tel modèle de solution aurait certainement pour les justiciables d'importants avantages, qu'une certaine doctrine a récemment évoqués<sup>902</sup>. Selon certains auteurs, en effet, cela représenterait un certain avantage en termes de qualité de la justice, dès lors que le choix rationnel des parties devrait les pousser à choisir les meilleurs juges, et que cette faveur au meilleur juge devrait ensuite encourager les « justices » à prendre exemple sur les plus prospères. Mais un tel raisonnement est fondé sur trois présupposés hautement discutables : une qualité déterminable, la rationalité de ce choix, enfin l'émulation entre juges.

L'estimation de la qualité de la justice est difficile à conduire objectivement. Elle relève tant d'aspects propres au juge<sup>903</sup> que dépendant du tribunal (huissiers, barreau, etc.) et même de l'éventuel État dans lequel ce juge officie (système juridique, données économiques, culturelles, etc.<sup>904</sup>) : les personnes les plus compétentes du monde ne feront qu'un piètre travail si elles ne disposent pas de bons outils. Par ailleurs, il n'est pas certain que de tels critères objectifs puissent être premiers dans l'esprit des parties<sup>905</sup>. Ainsi, le caractère rationnel du choix est pour le moins à nuancer. Preuve en est, par exemple, de la désignation très fréquente dans les clauses attributives de juridiction du juge du domicile de l'une des parties, un constat qui n'a d'ailleurs pas changé depuis des décennies<sup>906</sup>. Enfin,

<sup>902</sup> V. les propositions libérales de J. DAMMANN et H. HANSMANN, A Global Market for Judicial Services, *RIDC* 1998, p. 421 (disponible sur <http://ssrn.com/abstract=976115>) et, des mêmes auteurs, Globalizing Commercial Litigation, 94 *Cornell L. Rev.* 1 (disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1113217>).

<sup>903</sup> C'est-à-dire ici à la personne du juge, et non à la qualité abstraite de la juridiction, puisque pour paraphraser une formule célèbre, « tant vaut le juge, tant vaut la procédure judiciaire » (sur la formule « tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage », v. par exemple S. LAZAREFF, « De la qualité des arbitres », *Cahiers de l'arbitrage*, vol. III, Pedone 2006, p. 2). Par ailleurs, dans les États où la personne du juge est beaucoup mieux identifiée, il semble que la concurrence entre juges se fait plus en fonction d'une recherche de prestige individuel que d'apport étatique, v. H. MUIR WATT, « La régulation des services judiciaires en Europe, Concurrence interjuridictionnelle et mobilité des juges : vers des *riding circuits* ? », in *Conflits de lois et régulation économique*, M. Audit, H. Muir Watt, E. Pataut (dir.), *LGDJ* 2008, p. 231, spéc. p. 239. C'est d'ailleurs aussi l'une des raisons du succès de l'arbitrage où l'un peut choisir au moins l'un de ses juges.

<sup>904</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, n° 6 et 44, *in fine*. V. entre autres, E. BREEN (dir.), *Evaluer la justice*, PUF 2002.

<sup>905</sup> Surtout, la qualité de la justice organique sera parasitée par des valeurs relevant de la justice substantielle. Ainsi, la « justice » sera certainement évaluée différemment selon que l'on est exportateur ou importateur, consommateur ou grand distributeur, créancier ou débiteur en procédure collective. Il semblerait ainsi que la France soit un pôle d'attraction pour les entreprises en difficulté, ces dernières organisant le transfert de leur centre des intérêts principaux en France pour bénéficier, par le biais du règlement n° 1346/2000, de la loi française sur l'insolvabilité (Intervention de M. MENJUQ au colloque « L'Union Européenne et l'Etat de droit » publié chez Ed. Panthéon-Assas 2012).

<sup>906</sup> L'idée d'une prévalence, sinon d'une primauté, du choix rationnel sur des choix irrationnels est contestée même chez les économistes, v. Ph. MONGIN, « Le principe de rationalité dans les sciences sociales », *Rev. éco.* 2002, n° 2, p. 301. Et effectivement, le choix régulier de la juridiction la plus proche du domicile d'une des parties démontre simplement, au mieux, que le meilleur juge est en général le plus près de chez soi. S'il est vrai que le « meilleur juge » pourrait être alors celui dont on connaît la langue, la monnaie, la culture et le droit, toutes ces informations ne sont pas toujours très difficiles à acquérir, et un choix rationnel devrait au moins pousser les plus grandes entreprises, celles disposant des moyens de faire un bilan coût/avantages des différentes juridictions du monde, à en choisir d'autres. Or, le constat n'a pas changé, le choix premier reste la juridiction la plus proche. Reste qu'en certaines matières spécifiques, certains juges sont très fréquemment désignés :

si tant est même que du point de vue des parties, la loi de la demande puisse vraiment se retrouver, il n'est pas certain que les tribunaux puissent suivre une loi de l'offre. En tant que service public étatique, les caractéristiques de leur « offre de justice » sont essentiellement fixées par un autre, le législateur, et ce dernier ne sera pas forcément sensible à l'intérêt qu'il pourrait trouver à prendre en compte cette compétition. On s'arrêtera ici un moment, cependant, sur cet intérêt dont l'État français n'a, à notre sens, pas mesuré la portée.

**383. Intérêt de l'État (et de son droit) à la compétence de ses juridictions.** À mieux développer l'attractivité de son for, l'État français gagnerait en effet au moins sur trois plans. Le premier avantage, à notre sens le plus faible, serait les bénéfices économiques directs tirés de l'augmentation du nombre d'affaires traités par les tribunaux français. La différence entre les coûts induits par un procès et les bénéfices dans l'activité économique qu'ils génèrent n'est pas forcément négative pour l'économie française. L'affirmation nécessiterait une vérification approfondie mais le fait que l'accès à la justice soit en France essentiellement gratuit ne suffit pas, en soi, à démontrer la négative<sup>907</sup>. La faiblesse de l'argument vient surtout du fait que l'État français bénéficie déjà grandement de l'attractivité de Paris en tant que place d'arbitrage<sup>908</sup> et il n'est pas certain qu'un développement de ses juridictions étatiques ne soit pas ainsi l'occasion d'un « cannibalisme » dangereux<sup>909</sup>.

Un deuxième avantage, un peu moins économique, pourrait être relevé. Le choix du juge est en effet notamment motivé par son droit, à tel point que l'on constate souvent en pratique des clauses de choix de loi en complément de la clause d'élection de for. Or, pour un État, l'option en faveur de sa loi n'est absolument pas neutre. Outre l'effet culturel de promotion de la langue<sup>910</sup>, l'avantage compétitif octroyé aux professionnels de ce droit, en particulier avocats<sup>911</sup>, est très

---

ainsi le contentieux maritime à Panama ou au Royaume-Uni ou le contentieux financier à New York. Bien que l'on ne dispose pas de données précises, on peut s'interroger sur l'effet d'habitude des rédacteurs de contrat (rarement juristes eux-mêmes) de désigner ces juridictions nationales ou, par ailleurs dans d'autres matières, l'arbitrage. La rationalité du choix, s'il n'est pas exclu qu'elle existe objectivement, reste à être démontré psychologiquement.

<sup>907</sup> V. par exemple les analyses des coûts privés (qui sont marginalement un bénéfice pour l'économie française) et les coûts publics, bien moindres, dans E. CHANTREL, R. GIRAUD, S. GUIBAUD, « Quelques pistes d'analyse économique », in *Evaluer la justice*, E. Breen (dir.), PUF 2002, spéc. le tableau XXIX, p. 291 et l'analyse du rendement, p. 269.

<sup>908</sup> Une étude relative au rôle de Paris en tant que place d'arbitrage évoque le chiffre d'affaires global de 35 cabinets d'avocat en ce domaine à 200 millions d'euros (disponible sur <http://www.parisarbitration.com/uploads/Rapport%20ICC%20Paris0.pdf>). On ne pourra s'empêcher de remarquer que, si ce chiffre n'englobe *a priori* pas le chiffre d'affaires des autres acteurs économiques intervenant dans le cadre de procédure d'arbitrage (notamment dans le domaine hôtelier et restauration), il ne semble pas discriminer en fonction du lieu où les arbitrages ont lieu, nombre de cabinets parisiens intervenant pour des arbitrages dont Paris n'est pas le siège. V. aussi le Rapport de la Commission dirigée par M. PRADA, *Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, 2011, disponible sur <http://www.textes.justice.gouv.fr/> et C. NOURISSAT, « Petit manuel de séduction juridique à l'usage des affaires internationales », *JCP* 2011, 541.

<sup>909</sup> Le cannibalisme est, en théorie économique, le phénomène par lequel un produit lancé par une entreprise prend des parts de marché à un autre produit développé par la même entreprise.

<sup>910</sup> V. ainsi les craintes développées par l'Italie et l'Espagne dans le cadre du Brevet unifié européen qui a mis en valeur les seules langues anglaises, allemandes et françaises.

<sup>911</sup> Mais pas seulement. Ainsi, l'ouverture de l'Université Paris-Sorbonne – Abu-Dhabi, aux Emirats Arabes Unis, provient notamment d'une volonté de mieux former les juristes locaux au droit

important<sup>912</sup>. La compétition des ordres juridiques est reconnue comme telle par les pouvoirs publics français depuis 2004 au moins et devrait faire réfléchir sur le lien entre la compétition des ordres juridiques et celle des ordres juridictionnels<sup>913</sup>.

Un dernier avantage, plus discret, ne nous en semble pour autant pas moins important. Comme le droit international privé en donne un bel exemple, le droit n'a que la valeur de la somme des expériences de ses acteurs, au premier rang desquels se trouvent les juges. Plus un juge traitera de contentieux dans un domaine, plus il affinera sa jurisprudence et, en définitive, son droit<sup>914</sup>. L'une des raisons pour lesquelles le droit international français est plus riche que le droit de pays moins développés est ainsi certainement le fait que, pour des raisons culturelles, politiques ou économiques, le droit est plus souvent « testé » par le jeu du contentieux judiciaire ou administratif en France que dans ces derniers pays. Il paraît donc important, ne serait-ce que pour la capacité du droit français à traiter, à l'avenir, de nouvelles problématiques juridiques, de faire en sorte que le contentieux économique international ne s'échappe pas trop loin de ses palais de justice<sup>915</sup>. Cela pourrait notamment passer par une politique d'investissement dans le traitement des contentieux économiques internationaux pour favoriser le choix par les parties des juridictions françaises<sup>916</sup>.

- 384. Le choix des parties : limites.** Il reste que l'on ne peut non plus se fonder uniquement sur le choix des parties. On ne saurait imaginer d'imposer aux parties de se mettre d'accord sur leur juge quand elles ne sont pas d'accord sur leurs droits. En outre, certains contentieux ne sauraient échapper à l'État. C'est toute la raison

---

français, comme par ailleurs les accords de l'Université de Paris 1 avec le Caire et Dubaï. Autant d'opportunités, scientifiques et professionnelles, pour des juristes universitaires français, S. JAHEL, « Le rayonnement de la culture juridique française dans les pays arabes et du Moyen-Orient », *D.* 2013. 849.

<sup>912</sup> Les Etats-Unis ont ainsi mis en place de nombreux programmes destinés à subventionner les Etats en développement dans la rédaction de leurs réformes législatives, notamment les anciens Etats du bloc de l'est et les Etats asiatiques et centrasiatiques. Bien évidemment, le fonds est destiné notamment à payer des avocats et universitaires américains pour cela, Etats qui offriront ensuite autant de nouveaux marchés de conseil et de contentieux pour des cabinets américains, v. J. deLisle, *Lex Americana ? United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond*, 179 *U. Penn. J. Int'l Eco. L.* 20 (1999).

<sup>913</sup> Depuis le discours de J. CHIRAC sur la réforme du Code civil à la suite du rapport de la Banque mondiale, l'appui structurel à « l'exportation » des services juridiques se serait amplifié. V. *JCP* 2005, act. 592, « *Les métiers du droit vont faire l'objet d'un plan d'appui à l'exportation* » et sur la Fondation pour le droit continental, *JCP* 2006, act. 109, « Pascal Clément donne le coup d'envoi de la Fondation pour le Droit continental » (Plus récemment, v. encore *JCP* 2013, act. 587, « La Fondation pour le droit continental a élu son nouveau président »).

<sup>914</sup> D'aucuns pourraient critiquer cette analyse en prenant, par exemple, les difficultés de la jurisprudence, pourtant saisies à plusieurs reprises, sur certains textes européens. On répondra plus tard sur ce point (v. *infra*, n° 582s). Qu'il suffise maintenant de répliquer que l'expérience des juges français sur le droit français est celle de nains sur les épaules de très nombreux autres nains et de quelques géants. Ces textes européens, récents, hétérogènes et fréquemment remaniés, manquent de la pratique des siècles.

<sup>915</sup> Cette inquiétude commence à être partagée par un certain nombre, encore assez faible, d'acteurs du droit français. V. par exemple C. KESSEDJIAN (intervention au colloque CREDIMI des 15-16 mars 2013, « Ordre public et arbitrage », à paraître).

<sup>916</sup> C'est d'ailleurs une politique de ce genre qui est suivie dans les tribunaux de commerce de Paris et Nanterre en permettant de traiter les dossiers en anglais lorsque les parties sont toutes anglophones, v. *Annonces de la Seine, Direct*, 18 nov. 2010. *Adde.* les opinions de J.-M. BAISSUS, « Langue des pièces et langue du procès », *JCP* 2010, doct. 742 et T. BAUDESSON, « Le contentieux international devant les juridictions françaises », *D.* 2012, p. 2232.

d'être des compétences impératives<sup>917</sup>, dont l'arrêt *Sorelec* en droit commun<sup>918</sup> et nombre de dispositions dans les textes spéciaux délimitent le champ<sup>919</sup>. Il est donc nécessaire de prévoir tant des chefs de compétence supplétifs de volonté pour toutes les hypothèses où les parties n'auraient pu se mettre d'accord que d'autres, impératifs, pour exclure la possibilité même d'un tel accord. Enfin, il ne faut pas oublier les procédures pour lesquelles, comme on a pu le faire remarquer, il n'existe pas véritablement de contentieux : les procédures gracieuses. Or, en ces matières, en l'absence de parties au litige, il ne saurait être question de règles de compétence impératives ou supplétives. Dès lors, là encore, même le paradigme le plus libéral ne saurait justifier de remplacer toutes les règles de compétence par la volonté des parties. Il reste encore nécessairement un champ important à la réglementation publique directe de la compétence, même si cette dernière est alors concurrencée par d'autres, dans d'autres États.

## 2. Une réglementation unilatérale de compétence

385. **Problématique.** Il faut ici rappeler le choix, adopté en première partie, de décrire l'organisation de la compétence du point de vue de l'État<sup>920</sup>. De son point de vue, l'organisation de la concurrence d'organes tant publics que privés aurait pu relever d'une réglementation purement publique. Le « choix » de la juridiction nationale ou de la juridiction arbitrale pourrait ainsi être imposé par son droit. Cela avait été par exemple partiellement fait dans les États du bloc communiste, même si les « commissions arbitrales » ainsi nommées ne pouvaient être considérées comme des juridictions véritablement privées<sup>921</sup>. L'esprit même du commerce international

---

<sup>917</sup> Il faut ici rappeler que le terme de compétence exclusive, souvent employé indistinctement de celui de compétence impérative, ne devrait qualifier que ce type de compétence qui interdit de reconnaître un jugement étranger lorsque le rattachement du litige qui entre dans son champ d'application désignait un autre for. Si une compétence exclusive devrait donc à l'évidence être toujours impérative, l'inverse n'est pas forcément vrai : le législateur peut vouloir empêcher les parties de choisir, ensemble, une autre juridiction, mais en même temps respecter qu'un autre État ouvre ses propres juridictions. V. en ce sens, C. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, LGDJ 2011, p. 149s., D. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *RCADI* 2006, t. 323, p. 1, spéc. p. 112 ; implicitement, H. GAUDEMET-TALLON, « Compétence internationale », *Rep. Dalloz dr. int et proc. civ.*, n° 85s., spéc. n° 98.

<sup>918</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 déc. 1985, *RCDIP* 1986, p. 537, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1986, IR, p. 265, obs. B. Audit ; *Grands Arrêts* n° 72. La description exacte du champ de l'impérativité est en revanche beaucoup plus complexe. V. entre autres les propositions de C. ARRUE MONTENEGRO, *ibid.* ; H. GAUDEMET-TALLON, *ibid.* ; A. SINAY-CYTERMANN, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, thèse Strasbourg, 1980.

<sup>919</sup> V. sur ces dispositions, *infra*, n° 746s.

<sup>920</sup> V. *supra*, n° 113.

<sup>921</sup> Certains États de ce bloc, et non des moindres, avaient en effet mis en place une réglementation du contentieux du commerce extérieur qui comprenait notamment une juridiction spécialisée, arbitrale, mais dont la mise en œuvre restait très encadrée. V. par exemple, pour la Chine, A. FOUCAULT, « L'arbitrage dans le règlement des litiges économiques et commerciaux avec la Chine », *Rev. arb.* 1986, p. 131, B. HANOTIAU, « L'arbitrage en République populaire de Chine après la ratification de la convention de New York », *Rev. arb.* 1987, p. 541 ; pour les pays de l'URSS et les États satellites, v. I. SZASZY, *International civil procedure*, Sijthoff 1967, p. 589s. C'est d'ailleurs encore le cas pour les litiges entre journalistes et anciens employeurs au sujet de l'indemnité de départs en France, et son mélange de juridiction spéciale non professionnelle et obligatoire a récemment provoqué le renvoi d'une question prioritaire sur sa constitutionnalité en 2012, (Soc., 9 mars 2012, *Procédures* 2012, comm. 149, obs. A. Bugada), que le Conseil constitutionnel a rejeté (Décision n° 2012-243/244/245/246 QPC, *Dr. soc.* 2012, p. 1039, note A. Sintives ; *Rev. dr. trav.*



aidant, c'est au contraire sous l'égide d'un libéralisme assumé que s'est développé un ensemble de règles à même de régir partiellement cette concurrence : les conventions de juridiction. Sous ce terme, on peut rassembler les conventions, clauses ou conventions indépendantes, par lesquelles des parties s'engagent à porter leurs différends devant une juridiction déterminée, quelle qu'elle soit<sup>922</sup>. On pourrait encore les appeler chefs subjectifs de compétence, posés par la volonté des parties, par opposition aux chefs objectifs, posés par des règles. La difficulté, alors, est de savoir si ces conventions participent vraiment d'une organisation de la concurrence des juridictions, c'est-à-dire, s'il s'agit vraiment de règles de compétence.

386. **Adéquation quant à l'objet.** La réponse ne saurait être que positive<sup>923</sup>. L'objet premier objet de ces clauses est en effet d'abord juridictionnel. Par une clause d'élection de for, les parties choisissent un juge ou un ordre juridictionnel<sup>924</sup>, tandis qu'elles désignent un tribunal arbitral (potentiel) dans une convention d'arbitrage. Ce faisant, elles désignent un juge ou des juges qui n'ont peut-être pas été reconnus en tant que tels par l'ordre juridique du juge saisi. Mais en appliquant l'effet exclusif de la convention de juridiction, on reconnaît alors nécessairement le caractère

---

2012, p. 438, note E. Serverin ; *JCP S* 2012, n° 1343, obs. N. Dauxerre ; *Constitutions* 2012, p. 456, note Ch. Radé).

<sup>922</sup> Le terme a été proposé par N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ 1999, p. 12 et a depuis été repris par la doctrine (v. par exemple, C. ARRUE MONTENEGRO, *l'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, LGDJ 2011, spéc. p. 25s.; Ch. JARROSSON, « Arbitrage commercial - Droit international », *J.-Cl. Comm.* fasc. 199, n° 25). Il n'est toutefois pas pleinement satisfaisant. Selon son inventeur, tous les effets, positifs comme négatifs, de ces accords, sont ou s'approchent du pouvoir juridictionnel : effet exclusif des juridictions nationales et d'investiture pour l'arbitre, effet exclusif d'autres juridictions nationales et de compétence internationale pour la clause attributive de juridiction (« Cette convention a dès lors un effet sur la juridiction d'un Etat, c'est-à-dire sur le pouvoir souverain que celui-ci exerce sur son territoire par ses organes dans leur ensemble et dont le pouvoir de juger est l'un des éléments », p. 13). Or, on peut valablement critiquer l'assimilation de la compétence internationale au pouvoir de juger (v. *supra*, n° 241s.), ce qui dissocie investiture (du tribunal arbitral par la mise en jeu de la clause, du tribunal national par acte réglementaire) et compétence (du tribunal arbitral comme national par la clause). La compétence, bien plus que l'investiture, est donc au cœur du genre « convention de juridiction », mais il faut bien reconnaître que l'espèce « convention d'arbitrage » dispose par ailleurs d'un effet attributif qui lui est essentiel : un tribunal ne saurait avoir de compétence s'il n'a pas de pouvoir. Par ailleurs la plupart des autres termes possibles, « convention attributive de juridiction », « convention d'élection de for », sont particulièrement connotés (« convention de prorogation de for » supposant que le for dispose déjà d'une compétence, il ne saurait s'appliquer aux conventions d'arbitrage, quant aux « contrats judiciaires », l'expression, à la fois trop large et trop étroite, peut viser tous les accords des justiciables se rapportant à la procédure judiciaire comme les transactions). Dès lors, on emploiera à notre tour le vocable de « convention de juridiction » pour les désigner de même, sauf à préciser que l'on entend par là simplement une contraction de « convention sur le choix d'une juridiction » et non « convention attributive de pouvoir juridictionnel ». Comp. V. HEUZE, « Conflits de juridictions et contrats internationaux », *Dict. Joly Contrats Internationaux*, Livre IX, n° 128 qui distingue de son côté, pour une raison à laquelle nous ne saurions adhérer dès lors qu'elle assimile presque totalement pouvoir de juger et compétence, « convention attributive de juridiction » et « convention de prorogation de for ».

<sup>923</sup> V. déjà N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, p. 37s. La doctrine ne s'interroge que rarement sur ce problème dans tous les cas. V. cependant V. HEUZE, *ibid.* qui tend justement à minimiser leurs effets pour la raison qu'elle ne saurait altérer la réglementation objective.

<sup>924</sup> La convention de la Haye du 30 octobre 2005, par exemple, a choisi de ne donner effet à ce type de clause en ce qui concerne la répartition interne des compétences dans un Etat que dans la limite où la juridiction désignée ne fait pas jouer le *forum non conveniens* ou une autre règle de renvoi interne dont elle conserverait le pouvoir, art. 5-3 b) de la convention.

juridictionnel du tribunal (étatique ou arbitral) ainsi désigné : on l'autorise à se substituer aux autres<sup>925</sup>.

387. **Relativité de la distinction entre les conventions de juridiction quant à leur objet.** Ainsi en acceptant de donner effet à une clause désignant une juridiction jusqu'alors non reconnue par l'État français, ne serait-ce que parce que le tribunal arbitral qui l'incarne n'est pas encore constitué, le juge français la considère comme son équivalent fonctionnel, qu'elle soit juridiction publique ou privée. En fait, du point de vue du juge national non élu, la distinction entre les conventions d'arbitrage et les conventions d'élection de for se fera sur le lien de l'organe choisi avec une institution internationale ou un État, ne serait-ce qu'un État en voie de création<sup>926</sup>. À défaut de ce lien, on pourra en effet qualifier l'accord de convention d'arbitrage<sup>927</sup>. Il faudrait bien évidemment que la clause manifeste clairement l'intention des parties d'obtenir un règlement définitif d'un différend, né ou éventuel ; mais puisque leur accord permettrait d'en attribuer le pouvoir à n'importe qui, on peut penser qu'une clause qui indiquerait, par exemple, que « tout différend né ou à naître entre les parties sera tranché définitivement, par application du droit français, par le Tribunal Russell pour la Palestine », pourrait être reconnue en France au titre de clause compromissoire<sup>928</sup>.

A l'instar des conventions d'élection de for, l'effet donné aux conventions d'arbitrage présuppose l'interchangeabilité relative des juridictions nationales et des juridictions arbitrales. Que ces dernières soient instituées par contrat et non par la voie règlementaire n'y change rien. Le droit étatique a souhaité reconnaître et

---

<sup>925</sup> V. *supra*, sur la critique de l'idée que cette substitution entraîne corrélativement privation du pouvoir de juger des juges français, n° 247s.

<sup>926</sup> Encore faudrait-il, cependant, qu'il soit éventuellement reconnu. On peut d'ailleurs ce demander si l'affaire *Staudé*, dans laquelle le Tribunal de la Seine rejeta la demande en exequatur d'un jugement rendu par une juridiction « russe blanche » (v. *supra* note n° 326), n'aurait pas été mieux résolu par la proposition de traiter la décision comme une sentence. Il aurait cependant, bien sûr, fallu montrer que les parties avaient toutes deux accepté la saisine de ce tribunal.

<sup>927</sup> Comp. V. HEUZE, *ibid.*, qui dans une analyse renversée considère que le juge désigné par la clause attributive de juridiction qui ne serait pas par ailleurs objectivement compétent agirait comme arbitre. Cette proposition est dans la logique d'une analyse qui mêle compétence internationale et pouvoir de juridiction et refuse aux parties le pouvoir de modifier ce dernier.

<sup>928</sup> Sur lequel *supra*, n° 68. Cet organe, dont on a déjà évoqué l'ancêtre, refuserait certainement de résoudre un différend commercial. La désignation d'une institution dans une clause compromissoire n'engage d'ailleurs que les parties. L'institution d'arbitrage, par l'organisation de procédures arbitrales, ne fait rien d'autre qu'offrir un service qu'elle n'est pas obligée d'accomplir lorsque l'engagement des parties ne correspond pas à ce dernier. Ce qui vaut pour une éventuelle clause désignant un Tribunal Russel vaut aussi pour la Chambre de Commerce Internationale ou encore la London Court of International Arbitration. Mais s'il acceptait, qu'il rendait une sentence fondée, formellement au moins, en droit, et selon une procédure qui ne viole aucun principe fondamental, il est peu probable que cette dernière ne puisse recevoir reconnaissance et exécution en France. S'il fallait donc pour une autre raison refuser son activité juridictionnelle, on ne pourrait le faire que sur la qualification même de juridiction qui lui serait accordé. Il nous paraît peu probable qu'on le lui refuserait. La liberté des parties est sur ce point sans grande limite sinon son pendant nécessaire, l'interprétation. Le Code de procédure civile français interdit en effet de désigner comme arbitre une personne morale, mais offre alors une règle d'interprétation : si une personne morale est désignée, elle n'a alors que le pouvoir d'organiser l'arbitrage (article 1450 C.P.C.). Bien que l'article 1506 ne l'ajoute pas à la litanie des règles applicables à l'arbitrage international, il est probable que cette règle d'interprétation guiderait un juge d'appui confronté à une telle clause. Elle n'aurait de toutes manières vocation qu'à permettre l'exequatur de sentences signées par les seuls responsables de centre d'arbitrage (v. T. CLAY, « Liberté, Égalité, Efficacité' : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage, Commentaire article par article », *JDI* 2011, p. 443, spéc. p. 476). *Adde.* T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz 2001, p. 379

donner effet à ces conventions particulières et il lui a donné un effet particulier : celui d'une alternative entre juridiction étatique et juridiction arbitrale.

Il lui aurait pourtant été simple de traiter l'arbitrage autrement. Pour prendre un proche cousin, l'articulation entre médiation et juridiction est traitée par une règle de procédure qui a une même fonction d'articulation entre les procédures en créant une priorité de la médiation sur la juridiction nationale : une fin de non-recevoir. Certaines irrecevabilités sont des règles de compétence, au sens où elles articulent le jeu des juridictions en concurrence. Mais celle atteignant l'action portée devant le juge en violation de la clause de médiation n'exige des parties qu'un préalable nécessaire<sup>929</sup>. L'incompétence des juridictions nationales face à une convention d'arbitrage, au contraire, oblige à faire un choix, soit l'une, soit l'autre des juridictions ; mais elles ne peuvent statuer sur le même différend dès lors que cette convention est valide. Et l'on ne saurait arguer de la possibilité d'une annulation de la sentence pour insister sur l'aspect contractuel de l'arbitrage : le procès en annulation de la sentence n'est pas le procès du différend des parties ; ce dernier a déjà été tranché, par l'arbitre. Dès lors même si, dans le cas concret, c'est bien l'exécution de ces conventions qui en est parfois à l'origine, les conventions de juridiction ont aussi pour objet d'organiser la concurrence des juridictions. Sans être des règles de rattachement, les conventions de juridictions répondent ainsi à une organisation de la compétence.

- 388. Spécificité de l'organisation privée : une réglementation substantielle.** Il existe toutefois une spécificité importante dans la réglementation de cette organisation « privée » de la compétence : le caractère de ses règles. On ne saurait parler en effet de réglementation en visant les conventions de juridictions elles-mêmes. Elles ne règlent la concurrence des juridictions, chacune en ce qui la concerne, que pour le contrat ou du moins la relation juridique pour lesquelles elles ont été conclues. En revanche, ces conventions elles-mêmes sont encadrées par un certain nombre de règles abstraites, la première d'entre elles portant d'ailleurs, en droit commun, sur le principe de licéité de ces conventions. On trouve, ensuite, des règles sur la validité de ces conventions, leur régime et leurs sanctions. Il s'agit ainsi, pour l'essentiel, d'une branche procédurale du droit des contrats spéciaux : des règles substantielles, qui s'intéressent à une application particulière de l'autonomie de la volonté.
- 389. Le principe de compétence-compétence.** Le caractère substantiel de leur réglementation entraîne une faiblesse particulière : la facilité avec laquelle on peut contester le jeu de ces solutions privées de compétence. Dès lors, s'ajoutent aux questions habituelles de la compétence celle de savoir qui peut statuer sur ces

---

<sup>929</sup> La raison s'en trouve dans le fait que la médiation, telle qu'elle est consacrée par le Code de procédure civile, n'est pas une technique véritablement juridictionnelle : le médiateur n'a pas le pouvoir de trancher le litige, mais simplement de proposer une solution aux parties (Article 1530 C.P.C. : « *La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* »).

questions de compétence : la compétence-compétence. Ces questions ne sont pas inconnus du droit de la compétence des juridictions internes, mais elles se posent rarement. Historiquement, on les a évoquées au sujet de la compétence exclusive au fond, pour savoir si la juridiction qui en bénéficiait était la seule à pouvoir déterminer si le problème d'espèce en relevait. C'est le sens initial de l'expression allemande de *Kompetenz-kompetenz*<sup>930</sup>. On a pu aussi l'évoquer au sujet de l'*antisuit injunction* des juges anglais, qui tend à préjuger de la décision d'une autre juridiction européenne sur sa propre compétence<sup>931</sup>. C'est qu'en réalité, la norme de compétence est une règle de droit, et le problème de compétence une espèce particulière du problème de droit. Partant, répondre à la question de compétence relève de la *juris dictio* et toute juridiction devrait pouvoir y répondre.

**390. Effet positif du principe de compétence-compétence.** La première conséquence de cette remarque est que l'effet positif de la compétence-compétence, c'est-à-dire le pouvoir de statuer sur sa propre compétence<sup>932</sup>, ne saurait être refusé aux juridictions nationales. Il se déduit naturellement de leur pouvoir juridictionnel. Mais, lorsque la jurisprudence française a admis que le tribunal arbitral puisse aussi statuer sur sa compétence, elle a simplement accentué le caractère juridictionnel de l'arbitrage<sup>933</sup>. C'était en effet admettre qu'en reconnaissant la possibilité du recours à l'arbitrage, l'État français reconnaissait également le pouvoir de tout tribunal arbitral de statuer sur sa compétence, même si ce pouvoir pouvait par ailleurs ensuite être soumis à un contrôle<sup>934</sup>. La solution n'a rien de choquant ou d'absurde : de la même manière que le droit français accepte que les parties désignent des juges privés, les arbitres, pour statuer sur le fond de leur différend, il peut autoriser les parties à désigner des personnes privées pour décider si leur litige est de la compétence d'un tribunal arbitral<sup>935</sup>. Le fait que ces mêmes personnes puissent ensuite conserver leur position pour statuer sur le

<sup>930</sup> V. O. GLOSSNER, "Germany", *Handbook Commercial Arbitration*, ICCA Pub. 1987, p. 14; K. P. BERGER, *International Economic Arbitration*, Kluwer 1993, p. 359. Sur les origines de la notion en droit public, v. N. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, thèse Nice, 2011, p. 10.

<sup>931</sup> V. par exemple *Turner* (CJCE, 27 avr. 2004, Aff. C-159/02) et encore *West Tankers* (CJCE 10 févr. 2009, Aff. C-185/07), pt. 28 de l'arrêt : « Partant, le fait d'empêcher, au moyen d'une «anti-suit injunction», une juridiction d'un État membre, normalement compétente pour trancher un litige conformément à l'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001, de se prononcer, conformément à l'article 1 er, paragraphe 2, sous d), de ce règlement, sur l'applicabilité même de ce dernier au litige qui lui est soumis revient nécessairement à lui ôter le pouvoir de statuer sur sa propre compétence en vertu du règlement n° 44/2001 ».

<sup>932</sup> La distinction de l'effet positif de l'effet négatif de la compétence-compétence revient à E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », in *Études en l'honneur de Jean-François Poudret*, Stampfli 1999, p. 387.

<sup>933</sup> Le principe tel qu'on le connaît date de l'arrêt de la Chambre commerciale en date du 22 février 1949, *Caulliez*, JCP 1949 II 4899, note H. Motulsky (reproduit in *Écrits*, t. II, *Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz 2010, p. 222). Avant cet arrêt, la jurisprudence distinguait selon que la contestation de validité portait sur la clause compromissoire (absence de compétence-compétence) ou le contrat lui-même (v. la note de H. Motulsky précitée). En 1949, la thèse juridictionnelle n'était pourtant pas encore pleinement reçue en jurisprudence. V. par exemple Paris, 9 déc. 1955, RCDIP 1956, note H. Motulsky, p. 452, qui qualifie la sentence de contrat pour éviter de lui appliquer le système de la révision. *Adde.* S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, *Economica* 2004, n° 76s.

<sup>934</sup> En ce sens, E. GAILLARD, *op. cit.*, qui indique que, « pour prononcer leur incompétence, les arbitres ne peuvent se fonder que sur une règle qui ne doit rien à la volonté des parties, par définition inexistante ou entachée d'un vice. C'est ce supplément de compétence, fourni aux arbitres par le droit objectif de l'arbitrage, qu'est le principe de compétence-compétence dans son effet positif ». *Adde.*, J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *Rev. arb.* 2010, p. 729, spéc. p. 732.

<sup>935</sup> En ce sens, v. N. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, p. 358s.

fond si elles se reconnaissent compétentes soulève éventuellement un risque de biais psychologique, mais pas un problème logique<sup>936</sup>.

391. **Effet négatif du principe en droit de l'arbitrage.** Le principe de compétence-compétence dispose en outre, en France du moins<sup>937</sup>, d'un effet exclusif : sauf rares exceptions, seul le tribunal arbitral peut déterminer s'il est compétent dans l'espèce<sup>938</sup>. C'est dire qu'en principe, en droit français, la question de compétence posée par l'invocation d'une clause compromissoire est un problème de droit retiré au juge national<sup>939</sup>. Le juge français, sauf exception assez stricte, doit laisser l'arbitre se prononcer sur sa compétence. La formule n'est pas d'évidence. Le régime de la compétence laisse en principe au juge saisi le soin d'évaluer la compétence du juge souhaité, que ce souhait résulte de l'application d'une règle objective de compétence ou du choix subjectif par une convention d'élection de for<sup>940</sup>. Il ne faut toutefois pas surestimer cette particularité. L'effet négatif de la compétence-compétence n'est qu'une règle de priorité.
392. **Extension du principe au droit des conventions d'élection de for.** Quoi qu'il en soit, le principe de l'effet négatif est certainement original. Il tend cependant à infiltrer, timidement, le droit de la convention d'élection de for. Ainsi, les règles issues du règlement n°1215/2012 Bruxelles I refondu, si elles restent silencieuse sur la saisine d'un juge en violation d'une convention d'élection de for, autorisent le juge élu premier saisi à résoudre de manière prioritaire l'éventuel conflit de procédures avec un autre juge européen<sup>941</sup>. La Convention de la Haye sur l'élection de for du 30 octobre 2005 laisse de son côté le juge non-élu se prononcer sur le différent dans une série de cas assez large : lorsque « l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu » ou lorsque « donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi ». L'infiltration reste donc mesurée. Le renvoi immédiat à l'arbitre, selon la technique de l'effet négatif de la compétence-compétence, reste une exception. Au demeurant, le juge français retrouvera l'opportunité d'un contrôle

<sup>936</sup> *Contra*, P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI* 1989-V, t. 219, p. 319.

<sup>937</sup> V. nuancé, G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. II, Bruylant 2013, n° 765s.

<sup>938</sup> Article 1448 C.P.C. : « *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable* ». Le caractère « manifestement nul ou inapplicable » est de surcroît difficile à caractériser, v. la synthèse d'O. CACHARD, « *Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire* », *Rev. arb.*, 2006, p. 893.

<sup>939</sup> Parce qu'il ne s'agit pas dans ce cas d'un problème de compétence de l'organe mais de l'investiture de l'un de ses membres, la Cour de cassation a d'ailleurs décidé que le principe ne bénéficiait pas à la contestation du contrat d'arbitre lui-même, Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2013, *JCP* 2013, note 558 par M. de Fontmichel et doct. 784 par J. Ortscheidt ; *Gaz. Pal.* 24 mai 2013, p. 18, chron. M. Foulon et Y. Strickler et 2 juil. 2013, p. 14, chron. D. Bensaude ; *Procédures* 2013, comm. 182 par L. Weiller.

<sup>940</sup> Article 96 C.P.C. : « *Lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir. - Dans tous les autres cas, le juge qui se déclare incompétent désigne la juridiction qu'il estime compétente. Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi* ».

<sup>941</sup> Article 31 du règlement 1215/2012 : « *1. Lorsque les demandes relèvent de la compétence exclusive de plusieurs juridictions, le dessaisissement a lieu en faveur de la juridiction première saisie. 2. Sans préjudice de l'article 26, lorsqu'une juridiction d'un État membre à laquelle une convention visée à l'article 25 attribue une compétence exclusive est saisie, toute juridiction d'un autre État membre sursoit à statuer jusqu'à ce que la juridiction saisie sur le fondement de la convention déclare qu'elle n'est pas compétente en vertu de la convention* ».

plein sur la clause dans l'éventualité d'une contestation de l'exécution ou de la validité de la sentence arbitrale<sup>942</sup>. Il devra cependant attendre que l'arbitre se soit prononcé.

**393. Double unilatéralité de la réglementation des conventions de juridiction.** Le caractère le plus remarquable de l'organisation de la concurrence juridictionnelle par les conventions de juridiction se trouve ici. Cette organisation de concurrence juridictionnelle relevant d'un acte de volonté, elle ne sera perçue non comme une règle, mais comme un acte privé. Comme pour tout acte, la mise en œuvre de ses effets dépendra de la validité de sa formation. Si la juridiction saisie d'une part et la juridiction désignée d'autre part ne disposent pas d'une même règle uniforme pour en vérifier la validité, la convention de juridiction pourra être déclarée nulle pour l'un et valable pour l'autre<sup>943</sup>. Le rapport de compétence qui est créé par la convention de juridiction n'est donc pas complet. Il ne peut s'agir d'une véritable répartition dès lors que les juridictions en concurrence ne sont pas réunies par une même réglementation de compétence. En réalité, il s'agit plutôt d'une communauté de solutions qui, si elles s'accordent sur le principe de la licéité des conventions de juridictions, peuvent parfaitement différer ensuite sur leurs limites et leurs conditions de validité. Pour les qualifier suivant les termes employés précédemment, on peut dire qu'il s'agit d'une règle unilatérale, c'est-à-dire s'adressant seulement au juge saisi. Cette règle unilatérale a seulement la particularité de pouvoir être soit attributive, si la clause désigne la juridiction saisie, soit exclusive, si la clause en désigne une autre. Or, non seulement cette attribution pourra être mise en cause par les règles applicables devant le juge national saisi en violation de la clause, mais elle pourrait l'être encore par celles qu'appliquera la juridiction élue elle-même, que ce soit un autre juge étatique ou un tribunal arbitral. Tout cela, bien entendu, à moins là encore que juge exclu et juge élu ne disposent d'une même règle de traitement des conventions de compétence comme ce peut être le cas avec certaines conventions internationales ou des règlements européens.

\* \* \*

**394. Conclusion de la section.** Trois acteurs pour trois perspectives et trois types de règles : la compétence est loin d'être une question uniforme. Le problème concret

---

<sup>942</sup> La jurisprudence française en a même fait l'une des justifications de l'effet négatif de compétence-compétence, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 2004, *Dame Rado*, *D.* 2004, p. 2458, note Najjar, *RTD Com.* 2004, p. 447, note Loquin, *Rev. Arb.* 2005, p. 115, note Boukobza, *JCP* 2005, I, 134, note Seraglini.

<sup>943</sup> V. pour un exemple rare en droit de l'arbitrage, par ailleurs renversé par les juges nationaux, l'affaire *Abela*, Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 oct. 2010, *Rev. arb.* 2010, p. 813, note F.-X. Train ; *D.* 2010, p. 2441, obs. X. Delpech ; *JCP* 2010, II, 1028, note P. Chevalier. La Cour confirme un arrêt de la cour d'appel de Paris, 22 mai 2008, *Rev. arb.* 2008 p. 730, note F.-X. Train ; *D.* 2008, p. 3117, obs. T. Clay ; *JCP* 2008, I, 222, obs. Ch. Seraglini. *Adde.* J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *Rev. arb.* 2010, p. 729. Pour être parfaitement juste, on ne sait pas précisément quelle règle le tribunal arbitral a employé dans cette affaire. Il semble qu'il se soit limité à l'interprétation de la clause compromissoire prévue aux statuts de la fondation alors que le juge français, tout en procédant de même, a fait application de sa jurisprudence relative à l'extension de la clause aux personnes impliquées dans l'exécution du contrat. En admettant que l'arbitre ait appliqué le droit français pour en juger, la question devient plus délicate. La règle employée par le tribunal arbitral n'est-elle pas « uniforme » aux deux juridictions ? On aurait tendance à penser la négative : le tribunal arbitral ne saurait être *lié* par la règle. S'il peut employer le droit applicable à la clause compromissoire, la règle ne s'impose pas à lui.

se pose aux parties, qui ont souvent la possibilité de choisir entre de multiples juridictions. Dans l'esprit libéral qui préside à l'organisation du commerce international, on a par ailleurs permis aux parties de résoudre ce problème par des règles autorisant, sous condition, le choix de son tribunal, national comme arbitral. De manière un peu plus abstraite, un même problème se pose à l'État, sous la forme cette fois-ci de la détermination des hypothèses de compétence de ses propres juridictions et surtout aujourd'hui de participation à des réseaux internationaux déterminant la compétence de juridictions dépendant de plusieurs États. La solution première sera donnée par des règles de rattachement, que l'on appelle classiquement des règles de compétence, matérielle ou localisatrice. Mais elle n'est pas la seule. Des règles de procédure peuvent modifier ou altérer ces règles et participer ainsi à la résolution du problème de la compétence. Pour le juge enfin, le problème est « personnel », en ce sens que de sa résolution dépend son activité. Il lui est donc nécessaire d'identifier la règle de compétence applicable, de vérifier sa mise en œuvre et l'effet éventuel d'une règle de procédure ou, le cas échéant, d'une convention de juridiction. Ces trois solutions théoriques au problème de la compétence répondent en effet à la fonction de la compétence : la résolution de la concurrence internationale des juridictions. Elles sont cependant régulièrement mises à l'épreuve par l'utilisation et l'interprétation qu'en donnent ses acteurs principaux, ses destinataires : les juges eux-mêmes. On ne pourra s'épargner d'en découvrir le sens, pour voir quelles en sont les limites.

## **Section 2 : LE SENS DE LA REGLEMENTATION DE LA COMPETENCE, UNE ORGANISATION PUBLIQUE INTERNATIONALE**

395. Au stade actuel de son évolution, le droit de la compétence est partagé entre deux tendances. L'une, traditionnelle, ressort de la force centripète d'attraction de la justice par l'État. Attributives, unilatérales, les règles de compétence qui ressortent de cette tradition particulariste tendent cependant à perdre en importance<sup>944</sup>. Elles sont cependant battues en brèche, en emploi si ce n'est en nombre, par celles issues d'une autre tendance qui organise la concurrence des juridictions dans une perspective plus privatiste, prenant en compte essentiellement l'intérêt des justiciables pour créer des passerelles transnationales ou internationales vers des

---

<sup>944</sup> Un regard à l'étranger semble démontrer que ce tiraillement n'est pas seulement français. Ainsi, les débats observés aux USA sur le *forum non conveniens* mettent également en valeur les deux aspects de la compétence : d'une part le rapport à l'État, à l'organisation interne, au pouvoir de juger dans le pouvoir du juge de rejeter la saisine même s'il y a chef de compétence ; d'autre part le droit d'une partie à bénéficier de l'option prévue par le droit de la compétence (voire des textes internationaux) et donc le refus du *forum non conveniens* (V. l'ensemble des références citées par P. DEMPSEY, *All along the watchtower : Forum non conveniens in international aviation*, XXXVI *Annals of Air & Space Law* 323-75 (2011) et O. DUBOS, « Juridictions américaines et juridictions françaises face à l'article 33 de la Convention de Montréal : un dialogue de sourd ? », *JDI* 2012, p. 1281).

juridictions étrangères, internationales ou même arbitrales. Cette tendance, cependant, doit être doublement tempérée. D'une part, l'organisation de la concurrence des juridictions, fut-elle faite dans l'intérêt privé, suppose encore nécessairement une organisation publique (§1). Une telle affirmation pourrait surprendre, au regard de l'éviction progressive de l'État à laquelle on a procédé dans la première partie. C'est qu'il ne faut pas confondre, d'autre part, organisation publique et organisation étatique. Si l'organisation par l'État reste par défaut le droit commun, la nécessité, ou ressentie comme telle, d'organiser plus directement la concurrence transnationale par des règles plus efficaces de répartition de la compétence a impliqué une internationalisation du droit de la compétence et de son régime (§2). On abordera ces deux questions successivement.

### **Paragraphe 1) L'ORGANISATION PUBLIQUE D'INTERET PRIVE**

*« De la compétence, on peut dire que c'est à peine un objet de droits [...] Qu'importe ? dira-t-on. Il importe si bien que, lorsque ces matières font l'objet d'un traité, la moindre disposition de cet acte suscite des controverses interminables, les procès naissent à tout propos, les magistrats sont embarrassés et leurs verdicts manquent de la fermeté qui serait désirable. »<sup>945</sup>*

**396. Organisation publique administrative ?** C'est en ces termes qu'Antoine PILLET dénonçait, au début du XX<sup>e</sup> siècle, le traitement superficiel de la compétence. Il ne s'agissait pas seulement pour lui de relever le désamour de la doctrine, mais aussi les dangers d'abandonner le droit de la compétence aux manœuvres des parties et à l'arbitraire du juge. Plus même qu'une partie de la procédure civile au sens large, la compétence est un droit servant qui s'intéresse à l'activité du juge : elle tient donc, face à la question internationale, plus du droit public que du droit privé (I). Elle reste toutefois, bien plus qu'une simple organisation administrative, un droit à part entière qui permet, par son caractère contentieux, de prendre en compte les intérêts des justiciables (II).

#### **I) Le caractère public de la réglementation**

**397. Discussion droit public/droit privé.** La qualification de la question de compétence comme d'une question de pur droit public relève d'un syllogisme assez ancien<sup>946</sup>, bien exprimé par NIBOYET :

*« L'organisation judiciaire, et l'étendue de la compétence des tribunaux à l'égard des personnes et des choses font, au premier chef, partie du droit public en droit*

---

<sup>945</sup> A. PILLET, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Sirey 1913, p. VI.

<sup>946</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, t. II, n° 667.



*interne, et par là aussi en droit international. Il s'agit là essentiellement des rapports de la puissance publique avec les particuliers pour le fonctionnement d'un des services publics les plus importants qui soient. Les conflits de juridictions font donc partie de la branche du droit public interne consacrée à la compétence des tribunaux, c'est-à-dire à la Procédure civile »<sup>947</sup>.*

Un tel syllogisme n'a pourtant pas toujours convaincu. Dans le domaine précis de la compétence, par exemple, Mme GAUDEMET-TALLON<sup>948</sup> et Dominique HOLLEAUX<sup>949</sup> ont ainsi suivi ROUBIER dans l'idée que « l'activité judiciaire n'est pas matière de droit public dans la mesure où il s'agit simplement de reconnaître et de sanctionner des droits privés »<sup>950</sup>. Ces deux auteurs souhaitaient en effet chacun dans leur domaine dénoncer la conception publiciste de la matière des conflits de juridictions<sup>951</sup>. Le débat de droit international privé faisait alors simplement l'écho de deux conceptions internes qui reprenaient précisément les mêmes arguments opposés ; même si, paradoxalement, la conception interne traditionnelle était plutôt de faire prévaloir la qualification privatiste<sup>952</sup>. Faut-il alors préférer la fonction d'organisation publique de la compétence ou bien l'objet plus général de la protection des droits privés ?

398. **Critique de la qualification de droit privé.** Si l'esprit privatiste qui a fondé les travaux de ces auteurs se retrouve aujourd'hui dans le droit positif de la compétence, on ne saurait toutefois transformer la compétence en question de droit privé. À suivre le raisonnement présenté ci-dessus, il faudrait comprendre que tout le droit judiciaire, voire toute la machinerie étatique, dès lors qu'ils participent de la sanction des droits privés, seraient eux-mêmes de droit privé. Il serait pourtant surprenant d'évoquer le caractère de droit privé des choix de répartition des affaires entre les chambres d'une Cour : cette question, si elle participe de l'activité judiciaire, n'affecte que peu le traitement des affaires et donc, *in fine*, des droits des parties. Ce n'est donc certainement pas la bonne perspective.
399. **Un droit public.** D'autres auteurs ont évoqué le caractère mixte de la procédure civile, relevant du droit public ou du droit privé en fonction des questions, certaines touchant complètement au droit privé, comme l'action en justice, d'autres au droit public, comme l'organisation judiciaire, enfin certaines relevant parfois d'une branche mixte à cheval entre les deux<sup>953</sup>. ROUBIER, d'ailleurs, n'était lui-même pas absolu dans sa distinction. Il évoquait ainsi le caractère de droit public de l'organisation judiciaire. Il se fondait en conclusion sur un double critère de distinction du droit privé et du droit public : l'organisation de la puissance publique

<sup>947</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité*, t. I, n° 62.

<sup>948</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz 1965, p. 140. L'auteur nuance toutefois immédiatement son propos en envisageant aussi la situation dans laquelle la règle de compétence serait une règle de droit public.

<sup>949</sup> D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz 1970, p. 338.

<sup>950</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey 1951, p. 299 cité par H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 140.

<sup>951</sup> V. plus récemment, H. CROZE, Ch. MOREL et O. FRADIN, *Procédure civile*, 4<sup>ème</sup> éd. Litec 2008, n° 8.

<sup>952</sup> R. MOREL, *Traité élémentaire de Procédure civile*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey 1949, p. 709 ; CORNU et FOYER, p. 10-11 ; H. SOLUS et R. PERROT, t. I, n° 7.

<sup>953</sup> CORNU et FOYER, p. 7 ; L. CADIET et E. JEULAND, n° 11.

et l'exercice des droits de la puissance publique<sup>954</sup>. On en reconnaît aisément l'héritage : il est proche du critère principalement employé pour distinguer le droit administratif en droit interne<sup>955</sup> comme celui qui exclut l'applicabilité du Règlement Bruxelles I<sup>956</sup>. Il s'agit, aussi, de celui qui recouvre les matières dont on dit qu'elles sont encore les plus rétives à la circulation internationale<sup>957</sup>. Or quant à ces deux critères, il apparaît vite que l'on ne saurait qualifier la réglementation de la compétence de droit privé. Au contraire, du point de vue de l'État, la compétence reste principalement une question d'organisation publique, en ce que toutes ces règles – règles de rattachement, règles de procédure et même réglementation des conventions de juridiction – ont pour objet de déterminer l'intervention ou l'exclusion des juridictions publiques et en conséquence pour sujet, par ailleurs, ces mêmes juridictions. Elles déterminent, en outre, les hypothèses d'intervention de la puissance publique, si l'on veut bien comprendre comme tel le pouvoir juridictionnel des juridictions étatiques. On ne saurait mieux dire, dès lors, que la compétence est une question de droit public. Finalement, le fait que ses promoteurs aient souhaité démontrer la « privatisation » de la question de la compétence internationale n'implique pas pour autant que ce mouvement ait transformé une question de droit public en question de droit privé<sup>958</sup>. Ce qu'il faut en déduire est plus subtil : la compétence est une question de droit public réglée, au moins principalement<sup>959</sup>, en fonction d'intérêts privés.

## II) L'influence des intérêts privés sur la réglementation

400. Comme le faisait remarquer ROUBIER<sup>960</sup>, et comme on le craint encore<sup>961</sup>, la qualification de droit public, liée à l'idée d'organisation judiciaire, n'a pas été sans influence sur la réglementation de la compétence. Toutefois, la réalité s'impose vite : la compétence relève d'une organisation publique qui ne saurait exclure les parties : elle ne saurait être purement bureaucratique (A). C'est plutôt un autre risque qui la menace, à dire vrai, celle d'un glissement des intérêts privés vers un « droit à la compétence » qui ne porte en lui rien de moins, en réalité, que la mort du droit de la compétence (B).

---

<sup>954</sup> *Ibid.*, p. 299 ainsi que p. 314.

<sup>955</sup> Déc. n° 86-224 DC du 23 janv. 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, Rec. p. 8, qui restreint toutefois le champ du « noyau dur » de la compétence des juridictions administratives à « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou contrôle ». V. généralement A. COURREGES et S. DAËL, *Contentieux administratif*, 4<sup>ème</sup> éd., PUF 2013, p. 6

<sup>956</sup> CJCE 14 oct. 1976, *Eurocontrol*, Aff. 29/76, RCDIP 1977, p. 776, note G. Droz; JDI 1977, p. 707 note A. Huet; *Cab. Dr. Eur.* 1977, p. 146, note G. Leleux.

<sup>957</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 239.

<sup>958</sup> P. de VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, LGDJ 1997, p. 36s.

<sup>959</sup> On peut, en effet, discuter du caractère privé ou public des intérêts principalement défendus par les compétences exclusives spéciales retenues en matière réelle immobilière et plus généralement dans toutes les matières qui impliquent l'activité de services publics étatiques étrangers. C'est ainsi que certains présentent en effet ces chefs de compétence comme relevant d'intérêts étatiques, v. par exemple P. MAYER et V. HEUZE, n° 310s., spéc., pour ce que nous retenons, n° 317 à 319. *Adde.*, E. PATAUT, *Principes de souveraineté et conflits de juridictions*, LGDJ 1999.

<sup>960</sup> *Op. cit.*, spécialement, pour le droit public et droit privé, p. 257s.

<sup>961</sup> H. CROZE, Ch. MOREL et O. FRADIN, *op. cit.*, loc. cit.

**A) L'organisation publique, pas l'organisation bureaucratique**

401. **Une question d'organisation interne.** La compétence est avant tout perçue par le législateur, lorsqu'il en régleme le régime, comme une question d'organisation interne. Analyser le traitement de la compétence en droit interne permet ainsi de se faire une idée assez précise de la conception que ce dernier se fait de la compétence. Elle l'est d'autant plus, par ailleurs, que les juges sont globalement, au sein de l'ordre juridique, des agents de l'État. L'organisation de la concurrence entre ses agents devrait être chose assez simple et rapide et l'on pourrait même s'interroger sur la pertinence de faire de cette question une question contentieuse ouverte à la discussion des parties : ne serait-il pas plus efficace d'en laisser le traitement aux juges eux-mêmes ? C'est ce qui fut tenté par l'organisation, au début de la V<sup>e</sup> République, d'une réglementation très administrative des incidents de compétence. Elle fut extrêmement critiquée et suscita beaucoup de difficultés, démontrant l'impasse d'une telle organisation de la concurrence juridictionnelle, même entre juges du même ordre judiciaire. L'assimilation de la justice à une organisation bureaucratique, pour avoir été imparfaite, n'a toutefois pas été sans mérite.
402. **La réforme de 1958 : la compétence, question d'administration judiciaire.** Dans l'histoire récente de la procédure civile, le meilleur exemple d'une tentative d'organisation très « administrative » de la compétence est en effet le décret n°58-1289 du 22 décembre 1958. La procédure venait en effet d'être classée au rang des matières réglementaires relevant de l'article 37 et non de l'article 34 de la Constitution, c'est-à-dire pouvant faire l'objet d'une réglementation par voie administrative et non parlementaire<sup>962</sup>. Ayant comme objectif de rationaliser les procédures et surtout de pourchasser chicane et moyens dilatoires avec sévérité, le pouvoir exécutif en profita pour modifier profondément le régime du règlement de l'incompétence et le rapprocher d'une question d'administration judiciaire, laissée presque entièrement aux mains du juge<sup>963</sup>. Assoupli et réécrit par un décret du 2 août 1960, le régime n'en restait pas moins très strict et administratif. L'exception d'incompétence, tout d'abord, devait être soulevée dans le cadre rigoureux du début de l'instance, avant toute défense au fond<sup>964</sup>. Ensuite, les conclusions rendues par les parties sur ce point n'avaient pas de valeur juridique dans la procédure<sup>965</sup>, et les parties, encore, n'avaient pas de maîtrise sur l'aspect dévolutif du contredit de compétence à la cour d'appel<sup>966</sup>. Réciproquement, les pouvoirs des

---

<sup>962</sup> Ph. THERY, « La question des sources », *1806-1976-2006 : De la commémoration d'un code à l'autre, 200 ans de procédure civile en France*, L. Cadiet, G. Canivet (dir.), Litec 2006, p. 261.

<sup>963</sup> P. HEBRAUD, « La réforme de la procédure civile, le décret du 22 décembre 1958 », *Ann. Fac. droit de Toulouse*, t. X, 1961, fasc. 1, p. 3, spéc. p. 44.

<sup>964</sup> Sauf la question de l'exception de caution en rapport avec la *cautio judicatum solvi*, article 168 ancien du Code de procédure civile tel qu'issu du décret de 1958.

<sup>965</sup> La solution est cependant une solution jurisprudentielle qui se contente de tirer parti de l'esprit de la réforme, v. Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 oct. 1963, *Bull.* 1963, n° 601, dans laquelle, alors que le défendeur n'avait pas conclu, la cour d'appel a pu valablement statuer sur la compétence.

<sup>966</sup> La remarque, cependant, ne vaut qu'autant que l'on compare cette réforme au droit antérieur. L'article 92 C.P.C., qui permet dans une certaine mesure à tout juge de soulever certaines questions de compétence d'office aboutit en effet au même résultat.

juridictions et en particulier de la cour d'appel étaient augmentés. La décision rendue par cette dernière, sans grand débat et potentiellement de la propre initiative du juge, était obligatoire pour les parties et pour le juge de renvoi. Le renvoi des parties « à mieux se pourvoir », règle de principe auparavant, laissait ainsi la place à un renvoi à un juge déterminé, lequel juge était par ailleurs lié par cette décision<sup>967</sup>.

**403. L'impasse administrative : le lien de la compétence et du fond.** Une telle réforme, transformant le contentieux de la compétence en une simple mesure d'administration judiciaire<sup>968</sup>, presque une question disciplinaire<sup>969</sup>, devait échouer pour une raison simple: le lien de la compétence et du fond<sup>970</sup>. Les règles de compétence résolvent des questions d'organisation du service public et il peut être de bonne pratique de laisser au juge, administrateur de la justice dans tous les sens du terme, un pouvoir plus important que sur le fond de l'affaire. L'un et l'autre, fond et compétence, sont cependant souvent dans un lien étroit. La détermination de qualification ou la localisation de rattachement tels le lieu d'exécution du contrat, le lieu du dommage ou la qualification d'action contractuelle ou délictuelle, par exemple, peut avoir un impact manifeste sur le fond du litige<sup>971</sup>. En outre, la solution procédurale est même contre-productive: si le juge s'épargne effectivement la chicane, il y perd réciproquement la possibilité de bénéficier des ressources et des lumières des parties sur les éléments de fond qui lui permettent de décider. Les règles de rattachement emploient toujours des éléments substantiels: qualification, localisation, autant d'éléments dont l'évaluation est souvent indispensable et nécessite parfois des débats complexes. Demander au juge de la traiter rapidement et unilatéralement, sans presque aucune participation des parties, était une fausse bonne idée<sup>972</sup>. Respecter les intérêts des parties et les entendre n'est donc pas réductible aux seuls respects des droits de la défense, c'est aussi une nécessité pour l'organisation publique de la justice.

**404. Un lien d'autant plus fort en matière de compétence internationale.** Sur ce problème, ce qui vaut pour la seule compétence interne vaut d'autant plus pour la problématique de la compétence internationale. Le juge interrogé sur un problème de compétence internationale n'agit plus simplement comme agent d'une organisation judiciaire. Les considérations d'administration de la justice y sont donc plus volontiers tempérées par les enjeux privés, et de fond, entre les parties. Or, le juge national ne saurait ici faire fi des distances beaucoup plus importantes qui peuvent séparer deux juridictions potentiellement compétentes dans deux États différents. Sans compter, en outre, la possible application d'un droit différent. Les

---

<sup>967</sup> La solution se trouvait au même article 169 du Code de procédure civile.

<sup>968</sup> R. LINDON, « Pour diminuer et simplifier les conflits de compétence », *JCP* 1956, I, 1300. *Adde.*, du même auteur, « Les modifications du Code de procédure civile en matière de conflits de compétence », *JCP* 1959, I, 1468.

<sup>969</sup> H. SOLUS et R. PERROT, n° 715.

<sup>970</sup> Pour des critiques doctrinales en ce sens, v. P. HEBRAUD, *ibid*; R. DEGOUY, « Remarques sur le contredit d'incompétence », *Gaz. Pal.* 1960, 1, doct. p. 39; J. VINCENT, *Procédure civile*, 19<sup>ème</sup> éd., Dalloz 1977, n° 327. Sur l'ensemble, v. H. SOLUS et R. PERROT, n° 619.

<sup>971</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *Ibid*.

<sup>972</sup> A la suite de certains auteurs (H. SOLUS et R. PERROT, n° 620), on ajoutera qu'elle l'est d'autant moins que l'on multiplie les règles de compétences et que l'on spécialise les juridictions.

enjeux juridiques et financiers s'en trouvant démultipliés, il est évident que l'on saurait encore moins faire abstraction des intérêts en jeu qui seront, principalement, ceux des parties<sup>973</sup>.

**405. L'apport utile : l'abandon du caractère exclusif de la compétence-compétence.** En revanche, un élément de la réforme de 1958, qui avait tout autant choqué la doctrine à l'époque<sup>974</sup>, est aujourd'hui communément considéré comme une réussite malgré son aspect extérieur administratif : il s'agit du pouvoir du juge, prononçant son incompétence, de renvoyer l'affaire à la juridiction compétente de manière obligatoire. Avant 1958, la solution de principe restait le renvoi des parties « à mieux se pourvoir », et le débat sur la compétence pouvait donc recommencer devant le juge saisi en second. Les parties devaient se présenter devant le juge d'un autre ressort et plaider potentiellement à nouveau sur la compétence, en espérant qu'il ne faille pas aller jusqu'à la Cour de cassation pour obtenir un règlement de cette question<sup>975</sup>. Le juge était ainsi, sauf recours, le seul à pouvoir statuer sur sa propre compétence. Il disposait de ce que l'on a appelé une compétence-compétence exclusive.

**406. Critique de ce caractère.** Or, en soi, le fait de contraindre une juridiction à accepter la compétence déterminée par une autre n'a rien de choquant. La compétence dépend d'une règle de droit commune aux deux juridictions. Dès l'instant que l'affaire est identique, la seconde ne devrait pas diverger de l'analyse de la première. Si la tradition refusait d'y reconnaître une décision porteuse d'autorité de chose jugée, c'était peut-être par héritage de l'ancien régime où les régions judiciaires étaient autonomes<sup>976</sup>. On pourra aussi, d'ailleurs, le lier à cette conception de la compétence comme d'un pouvoir : le « pouvoir » laissé à une juridiction ne saurait, ainsi compris, être déterminé par une juridiction qui ne dispose pas d'autorité sur elle<sup>977</sup>. Le changement de 1958 fut brutal, et donc mal perçu. Mais il fut salutaire, au point d'être dans une certaine mesure renforcé par les réformes ultérieures<sup>978</sup>. Bien qu'elles atténuèrent l'aspect unilatéral du règlement

<sup>973</sup> La doctrine est à l'unisson sur ce point, v. entre autres B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 388 ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 286-1 ; LOUSSOUARN, BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 692. Sans doute, l'État lui-même pourra avoir, à l'occasion, un intérêt particulier à la compétence de ses juridictions (v. les différents exemples révélés par E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, LGDJ 1999). Cela n'en reste toutefois pas moins, en ce cas, un intérêt de fond, qui ne se réduit pas à la bonne gestion de l'appareil judiciaire.

<sup>974</sup> H. SOLUS et R. PERROT, n° 778. La solution innovait grandement au regard du droit antérieur, qui refermait les problèmes de compétence au sein des limites de la hiérarchie judiciaire, *ibid.*, n° 616.

<sup>975</sup> V. les éléments de critique chez R. LINDON, *op. cit.*

<sup>976</sup> H. SOLUS et R. PERROT, n° 616, qui évoquent cette raison pour justifier les réactions doctrinales à l'encontre de la désignation d'une juridiction du premier degré par une cour d'appel d'un autre ressort.

<sup>977</sup> V. sur la distinction du pouvoir et de la compétence *supra*, n° 204s. C'est pourquoi on n'ira pas jusqu'à soutenir les critiques de HEBRAUD (qui tendent par ailleurs à assimiler, là encore, compétence et pouvoir de juridiction) : « *c'est méconnaître ce qu'il y a de propre et de spécifique dans le pouvoir juridictionnel, dont l'aptitude à apprécier sa propre compétence est l'un des signes les plus caractéristiques* », JCP 1960, II, 11396 ; v. aussi du même auteur RTD Civ. 1967, p. 464 et 1968, p. 773. On constatera, d'ailleurs, que l'évolution a été sur ce point progressive, le pouvoir de renvoyer à une juridiction compétente n'étant dans un premier temps reconnu qu'à la Cour d'appel (v., sur la solution sous l'empire du décret de 1972, H. SOLUS et R. PERROT, n° 778s.).

<sup>978</sup> Art. 15 de la L. n° 72-626 du 5 juillet 1972 et Dc. n° 72-684 du 20 juil. 1972. Le Code de l'organisation judiciaire mettra cependant six ans avant d'être adopté par deux décrets du 16 mars

de l'incompétence<sup>979</sup>, ces réformes successives permirent en effet directement à un juge de première instance de désigner le pair, même spécialisé, qu'il estime compétent de manière à ce que sa décision s'impose à ce dernier. Bien que le Code de procédure civile n'emploie pas le terme, la compétence est ainsi devenue une question de droit revêtue, comme une autre, d'une sorte d'autorité de chose jugée<sup>980</sup>. On évite par là les risques de renouvellement du contentieux en « purgeant », une fois pour toute, le contentieux sur la compétence.

**407. Bénéfices de l'approche administrative.** Traiter les juges comme différents bureaux d'une même administration est donc dangereux. Toutefois, traiter la compétence comme une véritable question de droit, et non de pouvoir, est au contraire très bénéfique. S'il faut nécessairement évincer le caractère unilatéral, mécanique et discrétionnaire de ses décisions, il est en revanche salutaire de rappeler que le juge n'est qu'un organe parmi d'autres, un organe de justice dont la fonction même réclame qu'il traite rapidement de la détermination du juge compétent. Dès l'instant où il n'est plus tant ce titulaire d'une part du pouvoir souverain de juger qu'un organe du service public de la justice, il n'y a pas lieu de se formaliser que son intervention soit déterminée par un de ses pairs dans l'application de la règle de droit qui leur est commune. D'ailleurs ces innovations, tant dans la rapidité de la conclusion du débat que dans la sécurité de sa solution, profitent directement aux justiciables. On insistera sur ce point : la relative rapidité du traitement procédural bénéficie aux parties qui ne sont pas allées en justice pour discuter de compétence<sup>981</sup>. Ainsi, l'accentuation du caractère administratif est à l'avantage des parties elles-mêmes. L'intérêt des parties, toutefois, n'est qu'un élément du sens de la règle de compétence, qui n'en reste pas moins une règle objective. On ne saurait transformer cette règle de détermination du juge en un « droit à la compétence ».

---

1978. La réforme du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, instaurant un nouveau Code de procédure civile, ne bouleversa pas vraiment le règlement de la compétence, tout en poursuivant l'œuvre de tempérance du décret de 1972, v. sur ce dernier J.-L. MEUNIER, *D.* 1974. Chron. p. 213. On peut encore citer à cette période le Dc. n° 76-1236, qui modifie le régime de la décision de la cour d'appel saisie sur contredit (art. 87 C.P.C.) et du relevé d'office de l'incompétence territoriale (art. 93 C.P.C.) ainsi que le décret du 26 nov. 1965 dont les retouches furent cosmétiques, v. J. VINCENT, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>979</sup> Le juge de première instance pouvait statuer en même temps sur le fond et la compétence, après avoir invité les parties à en débattre (Art. 16 du décret du 20 juil. 1972, repris à l'article 76 C.P.C.), tandis que le contredit devant la Cour d'appel a pu ensuite être motivé et la procédure accueillir des « observations écrites » à défaut de véritables conclusions (Art. 20 du décret du 20 juil. 1972, repris à l'article 85 C.P.C.).

<sup>980</sup> Article 96 C.P.C. : « Lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir. - Dans tous les autres cas, le juge qui se déclare incompétent désigne la juridiction qu'il estime compétente. Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi » (nous soulignons).

<sup>981</sup> Les seules parties qui y perdent avantage sont celles-là même qui pouvaient dans l'ancien système provoquer manœuvres dilatoires sur manœuvres dilatoires. Ce n'est certainement pas à leur aune que l'on saurait juger de l'intérêt des parties en cette matière.

## B) L'intérêt privé, pas le droit à la compétence

408. **Question d'intérêt privé.** Le fait que la question de la compétence soit d'intérêt privé ne doit plus faire de doute. Tant les sources, multipliées pour faciliter le commerce international, que les règles elles-mêmes, dont les rattachements prennent en compte l'intérêt des parties, en manifestent la réalité<sup>982</sup>. On a vu encore que le traitement procédural de ces règles était organisé pour les laisser, en droit interne du moins, aux mains des parties<sup>983</sup>, et pour prendre en compte leurs intérêts, notamment en évoquant le fond tout en suivant une procédure rapide et efficace<sup>984</sup>. La réglementation de la compétence a clairement un caractère d'intérêt privé qui justifie par ailleurs d'autres solutions. Outre l'inévitable licéité de principe des conventions de juridiction, renoncer à contester la compétence reste souvent possible<sup>985</sup>.
409. **Une réglementation publique.** Il ne faudrait pas, toutefois, oublier que si l'organisation de la concurrence juridictionnelle est essentiellement faite dans l'intérêt privé, elle reste une organisation publique. À trop laisser filer le thème de l'influence libérale dans l'organisation de la concurrence des juridictions, on pourrait en effet le perdre de vue<sup>986</sup>. Ainsi, malgré le caractère d'intérêt privé de ses règles, le régime procédural de la règle de compétence reste partiellement entre les mains du juge lequel peut soulever d'office son incompétence, en particulier en matière internationale<sup>987</sup>. De même, la renonciation ou la contestation de la compétence est enserrée dans des délais très brefs, puisque les parties doivent la contester *in limine litis*<sup>988</sup>.
410. **Plan.** Cette réalité a été cependant ignorée par une certaine tendance jurisprudentielle contemporaine. On en a déjà évoqué un exemple avec l'affaire *West Caribbean*. En réalité, le droit subjectif à la compétence, en tant que droit à

---

<sup>982</sup> V. par exemple les motivations du développement de l'internationalisation de la réglementation sur la compétence, *supra*, n° 98.

<sup>983</sup> Quant à la manifestation de la prédominance de cet intérêt dans le caractère obligatoire de la désignation par la règle de rattachement, v. *supra*, n° 374s.

<sup>984</sup> Quant à la résolution des exceptions d'incompétence, v. *supra*, n° 401s.

<sup>985</sup> Du moins en droit commun : le droit européen dans son ensemble semble revenir sur cette faculté. En effet, le Règlement Bruxelles I, qui sera par ailleurs sur ce point souvent applicable conjointement avec d'autres systèmes européens, oblige le juge à vérifier sa compétence et à se déclarer d'office incompétent lorsque le défendeur ne se présente pas ou ne conclue pas au fond (art. 24 à 26 du Règlement Bruxelles I) ou lorsque l'affaire relève de la compétence exclusive d'une juridiction d'un autre Etat-membre. Paradoxalement sur ce point, l'article 24 du Règlement interdit réciproquement au juge de soulever son incompétence lorsque le défendeur comparait et conclue au fond en dehors des cas de compétence exclusive : le droit européen est clairement moins dans la rigueur des règles de compétence que dans l'encadrement de la liberté du juge national, certainement suspect de ne pas appliquer les règles européennes. Par ailleurs, l'affaire *Mostaza Claro* a confirmé cette tendance. La Cour de justice y a affirmé que la règle de procédure nationale ne devait empêcher de relever la qualité de consommateur d'un litigant et que le juge devait écarter en conséquence la sentence arbitrale à laquelle le consommateur avait pourtant participé sans soulever l'inarbitrabilité du litige, CJCE 26 oct. 2006, aff. C-168/05, *JDI* 2007, p. 581, note Mourre ; *Rev. arb.* 2007, p. 109, note L. Idot ; *D.* 2006, p. 2910, obs. V. Avena-Robardet, p. 3026, obs. T. Clay et 2007, p. 2562, obs. S. Bollée ; *JCP* 2007, I, 168, obs. Ch. Seraglini ; *Gaz. Pal.* 29 avr.-3 mai 2007, p. 17, note F.-X. Train ; *LPA* 20 sept. 2007, p. obs. Gh. Poissonnier et J.-Ph. Tricoit ; *RTD civ.* 2007, 113, obs. J. Mestre et B. Fages et p. 633, obs. Ph. Théry.

<sup>986</sup> L. CADJET, « Ordre concurrentiel et justice », in *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éd. Frison-Roche, 2003 p. 109.

<sup>987</sup> Article 92 C.P.C. Il s'agit bien sûr ici du droit commun, hors du Règlement Bruxelles I.

<sup>988</sup> Article 74 C.P.C.

choisir son juge, forme tout simplement un oxymore : droit à la compétence et droit de la compétence sont antinomiques (1). Au mieux, on ne peut qu'envisager la possibilité, en l'absence d'enjeu particulier, que le droit fondamental d'accès à la justice altère les rattachements du droit objectif (2).

### 1. *L'impossible droit subjectif*

411. **Le choix du demandeur, droit subjectif.** Depuis le début des années 2000 au moins, la Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises « *le droit du demandeur à saisir* » les juridictions désignées par la règle de compétence<sup>989</sup>. Dans sa substance, l'affirmation est de peu de poids. Mais dans sa forme, elle est un exemple, parmi d'autres, de la tendance à lire le droit objectif comme une liste des droits subjectifs des justiciables<sup>990</sup>. Or il ne faudrait pas que, d'un droit subjectif-paradigme, de lecture du droit positif, la jurisprudence glisse à un droit subjectif-prérogative, s'ajoutant au droit positif.

412. **L'affaire West Caribbean (suite).** L'affaire *West Caribbean*, déjà évoquée<sup>991</sup>, a ainsi été l'occasion pour la Cour de cassation d'interpréter l'article 33 de la Convention de Montréal dans un sens approchant. Cet article, en effet, énonce que le juge compétent est l'un des quatre proposés, « *au choix du demandeur* ». Or, on se rappellera que dans cet affaire la Cour de cassation a renvoyé les parties devant le juge américain qui avait selon elle ignoré l'importance de ce membre de phrase en se déclarant *forum non conveniens*, c'est-à-dire en refusant sa compétence, établie sur le fondement de la convention et choisie par les demandeurs.

Il est vrai que le texte même de cet article semble plaider pour un choix par le demandeur. On pourra cependant tout aussi bien interpréter ce membre de phrase comme un rappel de l'évidence selon laquelle c'est le demandeur qui choisit d'abord le juge voire comme une exclusion des clauses d'élection de for<sup>992</sup>. Il est après tout avéré que les délégations n'ont pas su s'accorder sur le rejet du *forum non conveniens* lors de la négociation du texte de la convention<sup>993</sup>. La Cour de cassation s'est d'ailleurs sentie obligée de préciser, dans un *obiter dictum* :

« *qu'en effet, cette option, qui a été assortie d'une liste limitative de fors compétents afin de concilier les divers intérêts en présence, implique, pour satisfaire aux objectifs de prévisibilité, de sécurité et d'uniformisation poursuivis par la Convention de Montréal, que le demandeur dispose, et lui seul, du choix de décider devant quelle juridiction le litige sera effectivement tranché, sans que puisse lui être opposée* ».

---

<sup>989</sup> V. par exemple, Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 déc. 2000, RCDIP 2001, p. 682, note V. Heuzé ; Dr. et pat. juin 2001, p. 122, note F. Monéger ; Ch. mixte 11 mars 2005, RCDIP 2005, p. 732, note H. Gaudemet-Tallon ; D. 2005, p. 1332, note J.-C. Mahinga ; RDC 2005, p. 1186 ; Com. 21 juin 2005, RDAI 2005, p. 802.

<sup>990</sup> Sur une telle critique, v. déjà P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963.

<sup>991</sup> V. *supra* n° 377.

<sup>992</sup> La jurisprudence considère déjà qu'elle exclut en tout cas la prorogation fondée sur l'article 42 alinéa 2 C.P.C., v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juil. 2006, D. 2006, p. 2055, obs. X. Delpech ; RTD Com. 2006, p. 703, obs. Ph. Delebecque.

<sup>993</sup> V. les éléments évoqués par le ministère public américain dans l'affaire *West Caribbean*, *supra* n°377 et la note.



**413. Critique du droit subjectif.** On notera, tout d'abord, que le raisonnement est inutilement restrictif. L'argument de texte consistant à voir un droit subjectif dans le membre de phrase que l'on a mis en exergue n'apparaît pas déterminant<sup>994</sup>. Quant au choix du demandeur face à des fors alternatifs, il ne fait pas toujours, dans d'autres occasions, l'objet d'une grande déférence de la Cour de cassation. Ainsi dans une affaire *Fortis* décidée le 16 mai 2012, la deuxième Chambre civile a censuré une décision qui avait fait droit à la demande d'assurés qui, s'étant trompé dans l'exercice de leur option, demandait le renvoi devant le juge de leur domicile, compétent sur le fondement de l'article 9-1 du Règlement Bruxelles I. Selon la cour, « *en saisissant une juridiction différente de celles désignées par les dispositions impératives de [cet article] avaient implicitement, mais nécessairement, renoncé à se prévaloir de l'option de compétence instituée par ce texte* »<sup>995</sup>. Si le problème de droit était certes différent, l'esprit de la solution ne s'en accomode pas moins assez mal avec celle de l'affaire *West Caribbean* : si le choix du demandeur doit être protégé, le simple fait qu'il se soit trompé, en particulier lorsqu'il s'agit d'une partie faible, justifie-t-il d'abandonner cet objectif et les renvoyer dans un pays étranger ?

**414. Critique des fondements de la décision.** En outre, les objectifs de prévisibilité, de sécurité et d'uniformisation qu'avance la Cour dans son attendu ne commandent pas que le choix soit laissé à la seule maîtrise du demandeur. Avant le litige, la seule prévisibilité dont peuvent se prévaloir les parties est celle des quatre chefs de compétence. La prévisibilité du choix du demandeur est nécessairement plus tardive, puisqu'il faut qu'il y ait un demandeur. Alors que le professionnel du transport est toujours défendeur à cette action, il est peu probable que les demandeurs aient anticipé, parmi les quatre fors possibles, celui qu'ils choisiraient dans l'éventualité d'un accident ; encore moins lorsque les demandeurs sont les ayant-droits des victimes. La prévisibilité est donc réduite. En réalité, les seuls éléments de prévisibilité qu'ils pourraient anticiper sont les coûts éventuels d'une contestation de la compétence. Mais là encore, le fait que les chefs de compétence soient inscrits dans une convention internationale n'empêchera pas le défendeur de plaider l'erreur de qualification du rattachement, du ressort et, s'agissant simplement de règle générale de compétence, l'incompétence spéciale du tribunal saisi. La prévisibilité perd encore de sa valeur pour être réduit à une peau de chagrin. La sécurité peut être entendue comme la certitude de la solution<sup>996</sup> : elle se résoud donc dans la prévisibilité ou l'uniformisation.

---

<sup>994</sup> Il faudrait d'ailleurs alors compter l'article 46 du Code de procédure civile au rang de ces règles, puisqu'il énonce que « *Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur [suivent les chefs de compétence alternatifs]* » ? Quoiqu'il en soit, on ne voit pas en quoi la faculté de choix entre plusieurs chefs de compétence au sein d'une même règle conventionnelle internationale développerait davantage un droit subjectif que l'existence, par exemple, de fors alternatifs au principe *actor sequitur* au sein de Bruxelles I, ou encore que les articles 14 et 15 du Code civil qui, malgré leur statut facultatif et tout à fait subsidiaire, n'en ont pas moins longtemps porté en jurisprudence le nom de privilège de juridiction (Le terme est il est vrai plus volontiers employé par les juridictions du fond que par la Cour de cassation, v. cependant par exemple Com. 10 mars 2009, 07-19447, *Bull.* n° 33).

<sup>995</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 16 mai 2012, n° 11-16942, *Rev. Lamy de dr. civ.* 1<sup>er</sup> juil. 2012, n° 95, p. 57, obs. A. Paulin.

<sup>996</sup> V. le rapport de Mme le conseiller MAITREPIERRE, *RCDIP* 2012, p. 138, n° 38s.

L'élément important des motifs de la Cour de cassation porte à notre avis plus sur ce dernier objectif. La Cour souhaite seulement insister sur une interprétation de la Convention qui exclut le *forum non conveniens*<sup>997</sup>. Elle souhaite imposer une interprétation de la Convention de Montréal contre une autre. S'agit-il alors encore de défendre un droit subjectif ? Le terme, même s'il peut se prévaloir d'autres exemples en jurisprudence<sup>998</sup>, est inadéquat. Il faudrait plutôt évoquer l'interprétation française des règles de compétence, selon laquelle le choix du demandeur lie le juge. Le retournement est notable : il ne s'agit plus de consacrer un droit du demandeur, mais d'encadrer l'office du juge<sup>999</sup>.

**415. Droit subjectif et droit fondamental.** Derrière le droit subjectif, c'est ainsi plus précisément un droit fondamental qui se profile, dans le sens où il s'agit de faire jouer l'opposabilité de la solution choisie à un organe public, le juge américain. Or, une brève incursion dans le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Convention EDH) permet de démontrer qu'un tel droit ne saurait exister<sup>1000</sup>.

On pourrait en effet le trouver dans l'article 6 §1 de qui protège le droit à un procès équitable. Si l'extension de ce texte hors des limites du procès, c'est-à-dire de l'instance, n'avait rien d'évident<sup>1001</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) en a tiré une protection d'un accès à la justice effectif dans l'arrêt *Golder* en 1975<sup>1002</sup>. L'accès effectif à la justice déclaré droit fondamental, ce sont alors potentiellement tous les éléments encadrant en pratique cet accès aux tribunaux qui pourraient être inclus par ricochet. Et en effet, après l'arrêt *Golder* qui portait sur l'accès d'un détenu à un avocat, la Cour s'est par exemple attaqué aux immunités de juridiction<sup>1003</sup>, à l'aide juridictionnelle<sup>1004</sup> ainsi qu'à l'exequatur<sup>1005</sup>. En

---

<sup>997</sup> Sous cet angle, cette jurisprudence serait par ailleurs plus en conformité avec le régime de droit interne de la portée du choix du demandeur sur le chef de compétence. Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1992 (Civ. 2<sup>ème</sup>, paru au *JCP* 1992, IV, 2508), la Cour de cassation avait en effet rejeté le pourvoi du demandeur à l'instance qui, ayant saisi le mauvais juge du domicile du défendeur, arguait que la cour d'appel statuant sur contredit aurait du faire droit à sa demande subsidiaire de renvoi devant le juge du lieu d'exécution de la prestation de service. Selon la Cour, « attendu que le demandeur, qui opte en première instance pour l'un des termes de l'alternative qui lui est offerte, ne peut, devant le juge du second degré, revenir ensuite sur son choix ». Si le choix du demandeur doit s'imposer au juge, il s'impose aussi au demandeur une fois effectué. Là encore, le chef de compétence n'est pas un droit subjectif, c'est simplement un moyen de résoudre le problème de concurrence.

<sup>998</sup> V. *supra* n°411 et les arrêts cités en note.

<sup>999</sup> La philosophie de la compétence-droit subjectif a été parfaitement évoquée dans un contexte particulièrement sensible à cette rhétorique, le droit anglais, par des spécialistes britanniques contemporains du droit de la compétence, A. BRIGGS and P. REES, *Civil jurisdiction and judgments*, 5th ed., Informa 2009, n° 2.21, p. 51). Si la compétence est un droit privé, le défendeur pourrait demander à la juridiction de son domicile première saisie de sursoir à statuer le temps qu'il saisisse une autre cour. La chose est moins évidente dans l'esprit romano-germanique, où il faudrait justifier une telle opportunité sur un autre fondement, la compétence n'étant pas à la disposition d'une seule partie. V. sur cette question, *op. cit.*, n° 4.10, p. 419.

<sup>1000</sup> Sur ce droit et ses dérivés, v ; S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2013, n° 232s.

<sup>1001</sup> V. cependant, sur les origines italiennes d'une conception plus large du procès dans le sens de « processuel », L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, n° 3.

<sup>1002</sup> Cour EDH, 21 févr. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, Rec. Série 1, n° 18 ; RFDI 1975, p. 330, note R. Pelloux. V. aussi F. SUDRE et alii, *Les Grands Arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 5<sup>ème</sup> éd. PUF 2009, n° 26.

<sup>1003</sup> *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *Fogarty c. Royaume-Uni*, *Mac Ehinney c. Royaume-Uni*, Cour EDH, 21 nov. 2001, *JDI* 2002, p. 273, obs. O. de Frouville ; *D.* 2003, p. 1246, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2002, I, 105, chron. F. Sudre ; *RGDIP* 2002, p. 893, note I. Pingel. *Adde.* F. SUDRE et alii, *op. cit.*, p. 288.

matière de compétence, cependant, la Cour n'a pas eu souvent l'occasion d'explicitier sa doctrine.

**416. Article 6 Convention EDH et compétence.** La Commission européenne des droits de l'Homme, filtrant l'accès à la Cour jusqu'en 1999, a reçu par deux fois au moins une requête touchant à des questions de compétence. En 1976, elle exclut de renvoyer le Royaume-Uni devant la Cour pour une difficulté d'application d'une règle de compétence désignant les tribunaux du Royaume-Uni<sup>1006</sup>. La Commission, constatant que la mère du requérant, de nationalité britannique, vivait avec sa fille dans cet État, a considéré que l'affaire présentait avec les tribunaux britanniques un « *lien suffisant au regard des principes généraux du droit international* » pour que la requête soit rejetée. De même, en 1989, un pilote de ligne belge se plaignait d'une décision confirmant, en application d'une clause d'élection de for, l'incompétence des juridictions belges au profit de juridictions zairoises dont il était allégué qu'elles violaient régulièrement les droits de l'homme. Là encore, la Commission rejeta la requête, estimant que la violation, si même elle pouvait être caractérisée, n'aurait relevé que de la confirmation d'un choix individuel, exclusif d'une violation d'un droit lui-même personnel<sup>1007</sup>. Ce fut enfin le tour de la Cour EDH le 6 juillet 2000, dans l'arrêt *Bayrak c. Allemagne*, de se prononcer sur une question de compétence, internationale par ailleurs<sup>1008</sup>. Dans cette affaire, le gérant (turc-allemand) d'une société turque victime d'impayés de la part d'une banque d'État irakienne avait assigné cette dernière en Allemagne. Les créances lui avaient en effet été cédées par sa société. La banque se défendit notamment par une exception d'incompétence, invoquant l'absence de lien sérieux avec le territoire allemand. La Cour de cassation allemande, après une longue procédure, confirma alors l'incompétence des juridictions allemandes, jugeant que le rattachement avec le territoire allemand avait été obtenu par des moyens frauduleux. Invoquant une violation de l'article 6, le demandeur turc-allemand porta l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme. Dans sa réponse, la Cour exprima une opinion nuancée :

*« Pour ce qui est de la violation alléguée du droit d'accès au tribunal, la Cour rappelle que s'il est vrai que l'article 6 § 1 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil, ce droit n'est cependant pas absolu. La Cour note que ce droit n'implique pas un droit illimité de choisir le tribunal compétent. »*

**417. Impossibilité d'un droit fondamental à la compétence.** C'est qu'en réalité, on ne saurait tout simplement poser un droit de l'homme à la compétence juridictionnelle. Poussé à l'extrême de sa logique, il faudrait en effet comprendre ce droit comme la possibilité d'aller pousser la porte du palais de justice de son choix.

---

<sup>1004</sup> *Airey c. Irlande*, Cour EDH 9 oct. 1979, JDI 1982, p. 187, chron. P. Rolland ; AFDI 1980, p. 323, chron. R. Pelloux, De même, F. SUDRE et alii, *op. cit.*, p. 18 et p. 280.

<sup>1005</sup> Cour EDH, 29 avr. 2008, *McDonald c. France* et Cour EDH, 18 déc. 2008, *Saccoccia c. Autriche*, Gaz. Pal. 21 févr. 2009, p. 51, note L. Sinopoli.

<sup>1006</sup> Comm. EDH, 13 mai 1976, *B.A. c. Royaume-Uni*, n° 6200/73.

<sup>1007</sup> Comm. EDH, 6 mars 1989, *Gauthier c. Belgique*, n° 12603/86.

<sup>1008</sup> Cour EDH, 6 juil. 2000, *Murat Bayrak c. Allemagne*, n° 27937/95.

C'est sans doute dans ces conditions que le meilleur accès à la justice serait protégé. Cependant, un tel droit de l'homme ne serait rien de moins que la négation pure et simple de la compétence, parce qu'il serait l'interdiction de toute organisation : il se substituerait à elle<sup>1009</sup>. Fondamentalement, le droit d'accès à la justice ainsi compris porterait en lui l'annihilation de l'idée même de compétence.

## **2. La compétence comme limitation de la liberté du demandeur**

- 418. Encadrement de la liberté du demandeur.** Le sens de la compétence est d'encadrer la liberté du demandeur. Elle est ainsi encore publique en ce qu'elle limite l'activité privé. Il peut s'agir soit de protéger un autre justiciable, défendeur ou parfois tiers, ou de sauvegarder le bon fonctionnement de la justice.
- 419. Protection de divers intérêts.** Quant au défendeur, l'organisation de la concurrence par les règles de compétence permet de réduire les tribunaux qu'un demandeur peut saisir à un nombre et une identification prévisibles, donc plus sûre pour ce dernier<sup>1010</sup>. Dans les hypothèses de saisine gracieuse où aucun défendeur ne doit être assigné, il ne serait pas toujours nécessaire de limiter le choix de la juridiction. Ainsi, et dès l'instant où l'on ne discute que de compétence territoriale, on pourrait admettre un droit au libre choix de la juridiction dans le cadre d'une action en matière gracieuse sans intervention possible ou, dans un contentieux de légalité objective, contre l'État dont on peut estimer que, débiteur de ce droit fondamental d'accès à la justice, il devrait l'être aussi d'un déplacement devant le tribunal administratif du choix du demandeur<sup>1011</sup>. Ainsi en droit interne, même si la règle de compétence voudrait en principe que seuls le juge du domicile du requérant ou celui du lieu d'établissement de l'acte d'état civil concerné soient compétents sur la question, un requérant pourrait dans cet esprit agir devant le juge français de son choix pour obtenir un changement de prénom tel que prévu à l'article 60 du Code civil<sup>1012</sup>. Il n'est ici pas certain que l'organisation publique de la justice nécessite de limiter ce choix ainsi. Le choix législatif de la compétence du juge du domicile du requérant n'est d'ailleurs qu'un essai de transcription objective du meilleur choix pour ce dernier, il n'y aurait donc aucun problème majeur à reconnaître ici une telle liberté. En revanche, cette liberté devrait trouver ensuite une autre limite : celle de l'organisation étatique et de l'intérêt des tiers. Par exemple, même s'il n'y a aucun défendeur dans ce type d'affaire, la compétence du juge des tutelles ne saurait être déclinée selon les désirs d'un éventuel demandeur

---

<sup>1009</sup> V. en outre les critiques pratiques : *supra* n° 381s.

<sup>1010</sup> V. aussi *supra*, n° 381.

<sup>1011</sup> En matière de contentieux de la légalité objective, le choix du législateur a été moins souple : la juridiction administrative compétente est celle dans le ressort duquel l'acte incriminé a été pris. Plus précisément, cette règle ne s'applique qu'aux services déconcentrés de l'Etat. En ce qui concerne les ministères et la Présidence de la République, l'article R. 311-1 du code de justice administrative attribue en premier et dernier ressort compétence au Conseil d'Etat. Cependant, du point de vue de la répartition territoriale, il ne s'agit alors que d'une application spéciale de la même règle. L'Etat français se considère dès lors comme un défendeur comme un autre.

<sup>1012</sup> Art. 1055-1 C.P.C.

mais bien plutôt en fonction de la personne mise sous tutelle et des institutions qui l'ont accueillie<sup>1013</sup>.

On retrouve donc rapidement les limites à la reconnaissance d'un droit fondamental à la compétence. En tant qu'intérêt nécessairement individuel, un tel droit de l'homme doit d'ailleurs être compris non seulement comme le droit du demandeur mais aussi ceux du défendeur et plus largement du justiciable intéressé. Le droit du demandeur ne saurait être pris en compte seul dès lors que l'intérêt de tiers ou de la bonne administration de la justice imposent au moins de limiter son choix si ce n'est de le contraindre. En revanche, on peut lui laisser un rôle en tant que standard minimal de compétence.

420. **Droit d'accès au juge, droit à la justice.** Il faut replacer le droit fondamental d'accès à la justice dans son sens véritable. L'accès à la justice n'est pas l'accès à tel ou tel juge, mais l'accès à l'institution de justice dans son ensemble, c'est-à-dire à un juge, quel – ou du moins où – qu'il soit<sup>1014</sup>. Dans la mesure où la compétence n'intervient qu'en second, une fois le principe de la possibilité de saisir une cour admis et pour départager entre les juges que l'on pourrait saisir, il n'y a pas lieu de faire jouer ce droit fondamental : il a épuisé son effet. Il est alors logique que les seules véritables applications d'un droit fondamental en matière de compétence soient celles dans lesquelles elle faillit à remplir sa mission, c'est-à-dire lorsque aucun juge n'est compétent, du moins aucun juge concrètement accessible. C'est ainsi pour pallier le refus de compétence que le droit fondamental intervient, en second tempérament.

<sup>1013</sup> Art. 1211 C.P.C. : « Le juge des tutelles territorialement compétent est celui de la résidence habituelle de la personne à protéger ou protégée ou celui du domicile du tuteur ».

<sup>1014</sup> C'est bien pour cette raison que l'on ne saurait citer sans critique la décision de la Cour de cassation dans l'affaire *NIOC c. Israël*, Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 2005 (*Rev. arb.* 2005, p. 693, note H. Muir Watt ; *RCDIP* 2006, p. 140, note T. Clay ; *D.* 2005, p. 2727, note S. Hotte ; *RTD Com.* 2005, p. 266, note E. Loquin ; *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, p. 37, note F.-X. Train). Dans cet arrêt, une société se plaignait du refus par l'Etat d'Israël, partie à un contrat dont la société arguait d'une violation, de refuser de nommer un arbitre comme prévu dans la clause compromissoire de ce contrat. Les juridictions israéliennes et iraniennes, juridictions nationales de la société, avaient refusé de prêter leur main à la désignation de l'arbitre manquant. Face à l'inertie de la partie adverse et à l'absence de juge d'appui capable d'y pallier, la société iranienne porta l'affaire devant le juge français, juge dans le ressort duquel se trouvait la CCI dont le président devait, selon le contrat, nommer le président du tribunal arbitral en cas de désaccord des deux arbitres assesseurs. La Cour de cassation (à la suite de la Cour d'appel) fit droit à la demande. Elle jugea en effet que « l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6. 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France ». Le plus surprenant n'est pas tant que la Cour ait fait appel à cet article : face à l'impossibilité de la mise en œuvre de l'arbitrage, l'argument devait sans doute permettre d'écarter l'ancien article 1458 C.P.C. qui obligeait le juge à déclarer son incompetence. L'emploi de l'article 6 CESDH pour justifier de pallier la carence d'une partie est toutefois bien plus critiquable. Il faut en effet faire un choix. Soit l'arbitre est un juge à l'égal du juge national : dans ce cas, la réciprocité est tout aussi vraie, et l'impossibilité d'accéder à ce juge privé devrait pouvoir être compensée avec autant de mérite, du point de vue de l'article 6 CESDH, par le juge national français, compétent au titre du déni de justice. Soit l'arbitre n'est pas une justice équivalente à la justice nationale, mais dans ce cas, tout le droit français de l'arbitrage est une violation de l'article 6, puisqu'il consiste à permettre aux parties d'écarter la justice nationale pour l'arbitrage... Il ne semble pas nécessaire d'élaborer à nouveau sur la reconnaissance de la fonction juridictionnelle de l'arbitrage pour en déduire l'illogisme de la solution *NIOC*.

Dans l'affaire *Epoux Moukarim* du 10 mai 2006<sup>1015</sup>, une jeune femme « employée » à titre gratuit, dépossédée de ses passeports et d'autorisation de sortie s'était enfuie de la résidence de ses « employeurs » pour agir, au civil, en arriéré de « salaire » et « travail dissimulé ». La compétence des juridictions françaises étaient toutefois, en l'état du droit positif, impossible. L'ancien article R. 517-1 du Code du travail, applicable à l'instance, énonçait en effet que le tribunal de prud'hommes compétent était celui du lieu d'exécution de la prestation de travail. Or, tant les faits que le « contrat de travail » renvoyaient à Lagos, capitale du Nigeria, comme lieu d'exécution du travail. Les juges français successifs, depuis le tribunal des prud'hommes de Nice jusqu'à la Cour de cassation, estimèrent que l'article R. 517-1 devait être écarté. Parce qu'il était seul applicable aux questions de compétence pour les litiges en matière de relation individuelle de travail en droit commun<sup>1016</sup>, le texte ne consacrait en effet pas dans l'espèce la compétence des juridictions françaises<sup>1017</sup>. La Cour de cassation choisit alors, par substitution de motifs, de fonder la compétence des juridictions françaises sur l'ordre public international. Le choix du fondement n'est certes pas convaincant<sup>1018</sup>, mais il exprime une certaine conception de l'accès à la justice dans une situation extrême<sup>1019</sup>. L'idée de déni de justice, autant processuelle que substantielle de surcroît, n'était pas loin, et l'on pourrait sans difficulté insérer cette décision dans l'esprit de la jurisprudence de la Cour EDH depuis l'arrêt *Golder*<sup>1020</sup>.

**421. Le droit d'accès en tant que tempérament des rattachements.** En dernier lieu et de manière plus classique, le droit fondamental pourrait jouer non comme alternative à la règle de compétence, mais comme élément dans le choix des rattachements. D'une part, le droit d'accès à la justice, pris du point de vue du demandeur, pourrait justifier d'élargir des rattachements ou des catégories qui s'avèreraient trop restrictifs. Cela serait particulièrement sensible en matière de

<sup>1015</sup> Soc. 10 mai 2006, *RCDIP* 2006, p. 856, note P. Hammje et E. Pataut ; *JDI* 2007, p. 531, note J.-M. Jacquet ; *JCP* 2006, II, 10121, note S. Bollée ; *D.* 2006, p. 1400, note P. Guiomard et 2007, p. 1752, obs. P. Courbe ; *RDC* 2006, p. 1260, note P. Deumier.

<sup>1016</sup> Il faut écarter les articles 14 et 15 du Code civil, que la jeune nigériane ne pouvait par hypothèse pas invoquer.

<sup>1017</sup> La qualification de « contrat de travail » prête sans doute à sourire (avec quelque amertume), du moins à poser de nombreux guillemets. On pense en effet plus volontiers à l'incrimination pénale de traite d'êtres humains, qui comprend notamment l'esclavage domestique (aujourd'hui à l'article 225-4-1 C.Pen., mais à la date des faits l'incrimination n'était pas aussi claire), et donc à la responsabilité civile comme source de réparation. La fiction de cette qualification était pourtant nécessaire pour la réussite de la demande de la jeune femme, une demande en arriéré de « salaire » et de « travail dissimulé ». Le juge n'aurait pu, sans soulever de délicates controverses tant de procédure que sur le fond, la requalifier en demande en dommages et intérêts.

<sup>1018</sup> V. cependant J.-M. JACQUET, note précitée, qui y voit une manifestation de l'ordre public transnational.

<sup>1019</sup> En ce sens, S. BOLLEE, note précitée, qui renvoie à une caractérisation de « personne en danger » et P. DEUMIER, note précitée, qui évoque l'équité.

<sup>1020</sup> Ramené à la conception traditionnelle de l'exception de risque de déni de justice, la solution manque en fait : il n'y a ni véritable rattachement avec la France (les parties semblaient n'être que de passage), ni surtout démonstration de l'incompétence des juridictions nigérianes (Pour une discussion approfondie de cette question, v. en particulier la note de P. HAMMJE et E. PATAUT, précitée). Cependant, c'est justement là l'intérêt de l'article 6§1 en tant que droit fondamental. Comme la Cour EDH l'a précisé dans *Golder*, c'est l'accès effectif à une juridiction qui est important. Or, dans l'espèce, il est peu probable que la jeune femme ait pu facilement accéder aux juridictions d'un pays dans lequel tous ses soutiens étaient en collusion avec les responsables allégués (parents) ou certainement difficilement accessible (association ou aide juridictionnelle). Enfin, conçu comme arme nécessaire pour la mise en œuvre des droits fondamentaux substantiels, la décision fait évidemment le lien entre le droit d'accès à la justice et la protection de sa personne.

compétence internationale, dès lors que l'éloignement et les difficultés concrètes d'accès à une justice étrangère seront le plus souvent bien supérieurs lorsqu'il faut plaider à l'étranger que s'il fallait se déplacer de Lille à Perpignan. Dès lors, toutefois, que l'on n'évoque ici que les règles de compétence et non la qualité intrinsèque des juridictions à saisir, cette hypothèse devrait rester très rare. En effet, la multiplicité des juridictions accessibles ainsi que les rattachements objectifs fondés sur la localisation des parties ou l'objet du litige de la plupart des règles de compétence facilitent l'accès à la justice.

C'est plutôt, d'autre part, du point de vue du défendeur que le problème pourrait se poser. On pense en effet surtout aux hypothèses de compétence exorbitante qui permettent d'attirer le défendeur devant des fors difficilement prévisibles et/ou peu raisonnables. À moins d'une situation d'extrême injustice, il est toutefois peu probable que ces règles violent le droit d'accès à la justice d'un défendeur. En 2012<sup>1021</sup>, la Cour de cassation a été interrogée par une question prioritaire de constitutionnalité sur la validité des articles 14 et 15 du Code civil au regard des principes d'égalité et du procès équitable<sup>1022</sup>. Elle a toutefois refusé de transmettre au Conseil constitutionnel, jugeant que, dans la mesure où la règle de compétence était très subsidiaire et n'était ni impérative, ni exclusive, sa valeur était suffisamment faible pour que la violation de ces deux principes ne puissent être sérieusement évoquée. On pourra n'être pas convaincu par l'idée que le caractère réduit du champ d'application et de la portée d'un texte suffise pour écarter toute possibilité de violation de ces principes par son contenu<sup>1023</sup>, même si l'inconstitutionnalité est atténuée dans la mise en œuvre, puisqu'il bénéficie aussi aux citoyens européens et permet souvent des actions en matière de statut personnel, où le rattachement par la nationalité se justifie peut-être encore<sup>1024</sup>. Une chose est en revanche certaine : en l'état du droit positif, les droits fondamentaux ne sont pas prêts à renverser le sens même de la compétence internationale qui reste une organisation publique de la concurrence internationale des juridictions.

---

<sup>1021</sup> V. cependant déjà, au sujet de l'application de l'article 14 dans l'hypothèse d'une allégation de fraude, Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 déc. 2004, *Bull.* n° 311, ou, arguant du fait que l'article 14 lui-même viole l'article 6, Soc. 10 juil. 2001, n° 99-43495, *RDAl* 2002, p. 715, chron. A. Mourre et Y. Lahlou.

<sup>1022</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 févr. 2012, *RCDIP* 2012, p. 884 et L. USUNIER, « La compatibilité de l'article 14 du Code civil avec les droits fondamentaux, une question dépourvue de caractère sérieux ? », p.775 ; *Gaz. Pal.* 25 mai 2012, p. 32, note M. Nioche.

<sup>1023</sup> En ce sens, de concert, les notes précitées de M. NIOCHE et L. USUNIER.

<sup>1024</sup> En ce sens, très nuancée, L. USUNIER, *op. cit.* spec. p. 783 et surtout B. AUDIT, « Vers la consécration du caractère facultatif du for de la nationalité française du demandeur (article 14 du Code civil) ? », *D.* 2007, p. 2548. La Cour continue par ailleurs de sanctionner les juges du fond qui recherchent d'autres éléments de rattachement en dehors de la nationalité française du demandeur, v. dernièrement Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 2013, n° 11-28562 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 oct. 2011, n° 10-23567. Si la Cour de cassation ne semble décidément pas encline à priver le droit français de la compétence de l'arme des articles 15 et surtout 14 du Code civil, c'est peut-être surtout pour éviter de priver l'Etat français de sa meilleure arme de négociation dans le domaine de la compétence internationale (v. cependant, D. FERNANDEZ-ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *RCADI* 2006, t. 323, p. 9, spéc. p. 133, qui y voit plus un effet de la tradition et du conservatisme juridique).

## Paragraphe 2) UNE ORGANISATION PUBLIQUE INTERNATIONALE

422. Arrivé à ce stade, on peut avoir l'impression d'avoir parcouru l'escalier Montant et Descendant de Maurits ESCHER : arrivé au sommet, le tableau est identique à celui que l'on a quitté, délaissant l'État, on n'en revient pas moins à l'organisation publique pour laquelle l'État reste au centre. Ce serait toutefois oublier l'évolution politique. Si la compétence reste ainsi une notion institutionnelle, en ce qu'elle organise en bonne partie la concurrence d'organes publics (I), elle n'en est pas moins très largement soumise à des sources trop variées, trop internationalisées, pour être systématiquement ramenée aux frontières étatiques : le contexte, insensiblement, s'est modifié (II).

### I) La compétence, organisation institutionnelle

423. **Règle publique à enjeux privés.** Sans que l'on ait besoin d'y voir autre chose qu'un fait, le lien entre l'organisation politique et la justice (et le droit) s'est imposé partout : l'organisation de la compétence juridictionnelle est publique. Sans doute, tout droit est public, bien qu'à des niveaux variables. Comme on a déjà pu le faire remarquer<sup>1025</sup>, ce n'est pas parce qu'une réglementation prend essentiellement en compte des intérêts privés qu'elle en prend la coloration de règle privée pour autant. Malgré le mouvement libéral qui influence le droit de la compétence dans le sens d'une prise en compte plus importante des intérêts et des choix privés, la compétence reste une notion d'autant plus publique qu'elle est institutionnelle<sup>1026</sup>.

424. **Une règle institutionnelle.** On a déjà évoqué cette démonstration de M. THERY opposant le pouvoir juridictionnel, notion institutionnelle qui dépend de l'investiture et du rapport de délégation de l'État à ses juridictions, à la compétence, notion fonctionnelle dont l'originalité dépend de son champ d'action : à la compétence interne la distribution, à la compétence internationale le rattachement<sup>1027</sup>. Caractériser la compétence comme une notion fonctionnelle est toutefois assez peu discriminant, puisque toute règle, pour peu qu'elle soit suffisamment compréhensive, peut-être fonctionnelle<sup>1028</sup>. On peut en revanche sans doute caractériser les règles de compétence comme des règles aux fonctions multiples, selon leurs effets potentiels et le point de vue adopté, du juge ou du

---

<sup>1025</sup> P. de VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, LGDJ 1997, p. 35s.

<sup>1026</sup> Ce qui confirme, par ailleurs, la nécessité de traiter la compétence par voie de règles matérielles excluant toute possibilité de conflit de lois, v. *supra*. n° 186s.

<sup>1027</sup> Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, spéc. p. 33 et p. 357s.

<sup>1028</sup> On ajoutera que le fonctionnalisme, pour être un trait commun à de nombreuses règles, semble mal s'appliquer à une notion. Inventée par le doyen VEDEL, (G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP* 1948, I, 682 et « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851), on a pu faire remarquer que la notion de « notion fonctionnelle » était particulièrement difficile à délimiter (Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ 1987, p 226 et 241s.) et certains ont ainsi proposé de distinguer les notions fonctionnelles du droit positif et les notions nécessairement conceptuelles de la science du droit, v. G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle : la notion de « notion fonctionnelle », *RFDA* 2009, p. 641.



législateur<sup>1029</sup>. Puisque, du point de vue de l'État, la compétence internationale comme la compétence interne répondent par ailleurs en premier lieu à l'organisation de la concurrence des juridictions étatiques avec d'autres juridictions, on peut au contraire soutenir que compétence et pouvoir de juger sont toutes deux des notions institutionnelles en ce sens qu'elles participent d'une organisation de l'État et de ses organes<sup>1030</sup>. Le justiciable n'a d'ailleurs aucun intérêt concret à la règle de compétence seule : elle ne lui sert à aucun acte juridique, elle n'influe pas sur la trame du droit. Ce n'est que lorsqu'il saisit, ou souhaite saisir, une juridiction qu'il en a besoin. Le destinataire de la règle de compétence n'est donc pas le justiciable, mais le juge. Dans la mesure, par ailleurs, où toute règle de compétence organise directement ou indirectement la concurrence avec des juges de l'État, des organes publics participant de l'institution étatique, la règle de compétence qui en organise partiellement l'activité, est sans aucun doute institutionnelle.

425. **Une règle d'organisation de l'activité institutionnelle.** La différence n'est alors pas de nature, mais de degré. Le pouvoir de juger, en ce qu'il est pensé comme la délégation ou la cristallisation de la *juris dictio* qui est partie de la définition de l'État moderne, entretient un lien quasi consubstantiel avec l'État<sup>1031</sup>. On ne saurait concevoir aujourd'hui une juridiction étatique créée par un acte international. Les juridictions issues de l'Accord sur la Juridiction Unifiée du Brevet auront potentiellement pour ressort des États européens. En outre, à la suite du retoquage du projet par la Cour de Justice, ces juridictions ont été qualifiées de « juridictions des États-membres ». Elles n'en resteront pas moins, en réalité, des juridictions internationales, non intégrées au réseau judiciaire de l'État concerné : elles ne dépendront pas hiérarchiquement des organisations judiciaires de chacun des États-membres, mais seulement de leur Cour d'appel et de la Cour de Justice de l'Union<sup>1032</sup>.

En revanche, la compétence peut sans difficulté majeure être adoptée par voie de texte international, précisément parce que les enjeux sont assez majoritairement privés : ils n'atteignent pas la structure de l'État en tant que tel, seulement à l'accès

---

<sup>1029</sup> V. *supra*, n° 352s.

<sup>1030</sup> E. JEULAND (*Droit processuel général*, 2<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2012, n° 163) applique la dichotomie dans un sens proche, où le caractère institutionnel qualifie des principes qui « s'appliquent avant tout à l'organisation juridictionnelle », contrairement aux principes fonctionnels.

<sup>1031</sup> Il en est par ailleurs, au regard de la CESDH, une dette envers les citoyens, v. *supra*, n° 78.

<sup>1032</sup> La question essentielle est ici hiérarchique : ces tribunaux dépendront de la juridiction suprême de cet ordre, installée à Paris et non, par exemple, de la Cour de cassation française. Du point de vue de l'investiture, étatique et internationale est ici antinomique, un choix est à faire. En revanche, on pourrait facilement concevoir qu'un Etat accepte par une voie internationale de modifier l'organisation de ses juridictions. Si les juridictions en tant que telles ont été épargnées (comme leur pouvoir de juger), c'est bien ce qui s'est produit pour l'organisation interne au Conseil d'Etat à la suite des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (On pense ici aux deux arrêts par lesquels la Cour EDH a imposé la modification du rôle du commissaire du gouvernement qui a abouti à sa transformation en « rapporteur public » : Cour EDH, 7 juin 2001, *Kress*, *AJDA* 2001, p. 675, note F. Rolin ; *D.* 2001, p. 2611, note J. Andriantsimbazovina, p. 2619, note R. Drago et 2003, p. 152, chron. S. Guinchard ; *JCP* 2001, II, 10578, note F. Sudre ; *RDP* 2001, p. 895, note C. Maubernard, p. 983, note X. Prétot et 2002, p. 684, obs. G. Gonzalez ; *RFDA* 2001, p. 991, note B. Genevois et 1000, note J.-L. Autin et F. Sudre ; *RTDE* 2001, p. 727, note F. Benoît-Rohmer ; *RTDH* 2002-223, note L. Sermet ; *Gaz. Pal.* 4-5oct. 2002, note G. Cohen-Jonathan ; *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, n° 112 et Cour EDH, 12 avr. 2006, *Martinie*, *AJDA*, 2006, p. 986, note F. Rolin).

des justiciables à la justice. Sous cet angle, l'exercice du pouvoir de réglementer la compétence de juridictions nationales par des organismes supra-nationaux ne pose pas de problème en lui-même. Il n'y a, au pire, qu'une difficulté de délimitation d'une habilitation déléguée<sup>1033</sup>.

## II) De l'unité institutionnelle au pluralisme des sources

426. **Rappel.** On en revient donc ici au paradoxe qui est à la source de toutes les confusions observées en première partie. Si la compétence est nécessairement une organisation publique, comment l'État pourrait-il s'en être aujourd'hui à ce point effacé ? La réponse est simple, et se déduit des recherches que l'on a conduites jusqu'ici : l'organisation publique de la compétence est en partie passée entre les mains d'autres institutions que l'État. En France, et pour les questions économiques au moins, les pouvoirs publics ont depuis longtemps réglementé la compétence internationale comme une question de sécurisation du commerce international. L'intérêt de l'État est ainsi économique et libéral, et non juridique et souverain. Ce faisant, la réglementation de la compétence se dissociait de la réglementation de l'investissement. Des organes investis nationalement interviennent ainsi dans des circonstances déterminées par des textes internationaux. On peut y voir une choquante perte de maîtrise par l'État de ses propres organes. On peut aussi condamner le sens général de l'évolution, qui empêche le législateur français de bien maîtriser l'impact de sa réglementation substantielle du commerce international<sup>1034</sup>. Ce n'en est pas moins le droit positif : le droit français de la compétence est essentiellement, en importance de fait comme de droit, un droit d'origine supranationale. Il s'est en partie internationalisé<sup>1035</sup>.

427. **Dénationalisation de la réglementation, dénationalisation du contentieux.** L'impact, cependant, est peut-être moindre si on dissocie bien la réglementation de la concurrence juridictionnelle. La source internationale de la réglementation est en effet certainement très importante aujourd'hui, en particulier du fait de l'inflation européenne. Cependant, l'autre élément marquant de l'évolution de la compétence internationale est une évolution partiellement interne si l'on considère la source législative : le droit de l'arbitrage. Bien que l'on ait auparavant insisté sur l'importance de la concurrence juridictionnelle que provoque l'arbitrage

---

<sup>1033</sup> Sur ce thème, v. par exemple la controverse sur les pouvoirs de l'Union européenne en matière de droit international privé, V. HEUZE, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *JCP* 2008, I, 166. *Adde* J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica 2010 ; Y.-E. LE BOS, *Renouveau de la théorie du conflit de loi dans un contexte fédéral*, Dalloz 2010.

<sup>1034</sup> Le thème est connu. V. entre autres L. RADICATI di BROZZOLO, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *RCDIP* 2003, p. 1 ; R. WAI, *Transnational Lift-Off and Juridical Touchdown : The Regulatory Function of Private International Law in a Global Age*, 40 *Colum. J. Transnat'l L.* 209 (2002) ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, « L'impérativité désactivée », *RCDIP* 2009, p. 1. *Adde* H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI* 2005, p. 27, spéc. p. 140s. Pour quelques remarques supplémentaires sur l'intérêt juridique de l'État, v. *supra* n° 383.

<sup>1035</sup> Il n'est d'ailleurs pas le seul pan du droit public à été influencé voire modifié par la mondialisation et l'internationalisation des sources. V. J. CHEVALLIER, « La mondialisation de l'État de droit », in *Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ 1999, p. 325 ; J.-B. AUBY, « Globalisation et droit public », in *Liber Amicorum Jean Waline*, Dalloz 2002, p. 135 et, du même auteur, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ 2010.

commercial international, il faut se rappeler que l'essentiel de la réglementation de cette concurrence est de source nationale. Ainsi, les conventions de Genève et surtout de New York, même si elles protègent la clause d'arbitrage et son effet exclusif de compétence<sup>1036</sup>, ont été très largement dépassées par la réglementation, plus détaillée, développée par la jurisprudence puis par les décrets de 1980 et 1981<sup>1037</sup> puis du 13 janvier 2011<sup>1038</sup>. Dès lors, si cette concurrence juridictionnelle de l'arbitrage est prégnante et qu'elle se déduit peut-être d'une contrainte transnationale dont l'État français a tiré les conséquences, elle relève de choix nationaux et de règles essentiellement nationales. Il est en conséquence nécessaire de bien dissocier ici le contentieux arbitral, transnational par son objet, et sa réglementation, nationale par sa source.

**428. Dénationalisation pour des organisations d'État ?** Le temps est au développement de l'organisation internationale de l'organisation de la justice. Le problème est cependant que ces développements se font dans un foisonnement sans précédent des collaborations internationales mondiales, régionales et spécialisées. En ce qui concerne la France et dans notre domaine de recherche, on peut tenter de les rassembler en quatre catégories. Il y a d'abord les conventions bilatérales. Ce sont les moins importantes dans ce domaine parce qu'elles visent le plus souvent essentiellement à faciliter la coopération judiciaire et policière en matière criminelle, ou à favoriser la reconnaissance des jugements. Les textes portant des règles de compétence proprement dites sont rares<sup>1039</sup>. On trouve ensuite les conventions internationales à vocation plus large, le plus souvent au sein d'instances plus ou moins spécialisées d'organisation internationale. Malgré ce double aspect organique et réglementaire, les conventions internationales n'y disposent pas d'une force juridique supplémentaire, car l'appartenance à l'organisation est déconnectée de la ratification de la convention. Les Nations-Unies, par l'intermédiaire de la Commission pour le droit du commerce international, ont ainsi proposé plusieurs textes tels que la Convention de New York sur l'arbitrage commercial international ou la Convention sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer<sup>1040</sup>, tandis que la conve a été adoptée par la Commission économique pour l'Europe de l'ONU. On glisse ensuite à une troisième catégorie de textes, à mi-chemin entre la convention internationale simple et l'organisation internationale.

---

<sup>1036</sup> Article II de la Convention de New York, article VI de la Convention de Genève.

<sup>1037</sup> Dc. n° 80-354 du 14 mai 1980 et n°81-500 du 12 mai 1981.

<sup>1038</sup> Sur ce décret, v. parmi d'autres, nombreux, E. GAILLARD et P. de LAPASSE, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, p. 175 ; Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5 ; T. CLAY, « Liberté, égalité, efficacité : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage », *JDI* 2012, p. 443 et et 815.

<sup>1039</sup> L'essentiel de ces conventions porte sur l'entraide judiciaire et la reconnaissance des jugements, v. par exemple Convention franco-tunisienne du 28 juin 1972 ; Convention France-Émirats Arabes Unis du 9 sept. 1991 ; Convention franco-chinoise, 4 mai 1987. Parfois, la législation sur la compétence est évoquée, soit pour étendre aux nationaux de l'autre État le bénéfice des règles destinées aux ressortissants de l'État local, soit plus directement en mentionnant « *les règles par lesquelles la législation d'un des deux États déclare ses juridictions compétentes en raison uniquement de la nationalité du demandeur et sans autre titre de compétence* » (Convention franco-malgache du 4 juin 1973, annexe II, art. 1).

<sup>1040</sup> Il s'agit des très attendues « Règles de Rotterdam », une Convention placée sous l'égide des Nations-Unies signée à Rotterdam le 11 décembre 2008.

On pense par exemple à l'Organisation internationale du transport ferroviaire ou la Commission centrale pour la navigation sur le Rhin lesquelles, si elles ont été créées en même temps que les premiers textes relatifs à leurs champs d'intervention respectifs, proposent maintenant régulièrement de nouveaux textes dont certains ont valeur d'amendement aux premiers traités et conventions. Enfin, l'Union Européenne constitue sans nul doute une catégorie à part, une organisation internationale dotée de pouvoirs législatifs analogues à ceux d'un État, et dont les compétences ont été attribuées de telle sorte que des pans entiers du droit et de l'action politique relèvent de son ressort. Il y a dans ces quatre catégories autant de degrés d'intégration, de limitation de la liberté de l'État de légiférer sur la compétence, en particulier la compétence internationale. On avait précédemment critiqué l'assimilation de la réglementation de la compétence à « la vocation de l'État à faire intervenir un organe pour trancher un litige ». On pourrait donc imaginer de reporter le sens habituel de la compétence à un échelon différent et énoncer par exemple, en paraphrasant une affirmation précédemment critiquée, que la compétence internationale se définit comme « la vocation de l'Union européenne à faire intervenir un organe pour trancher un litige »<sup>1041</sup>.

**429. Critique pragmatique.** Cependant, on se tromperait encore. L'Union européenne, si elle a très largement étendu sa compétence en ce domaine, est loin d'être la seule à pouvoir « faire intervenir » un organe. Au demeurant, l'État français reste encore maître de son droit résiduel, ce qui a été confirmé par le Règlement Bruxelles I refondu<sup>1042</sup>, sans compter les conventions internationales auxquelles il reste partie indépendamment de l'Union. Faudrait-il alors distinguer, et envisager chaque institution source de règles de compétence (État/groupe d'État/organisation internationale et Union Européenne)? On serait déjà plus proche de la réalité du droit positif en évoquant « la vocation d'un État ou groupe d'États... », chacun portant son lot de spécificités. Toutefois, même ici, il faudrait distinguer. En effet, le Danemark, le Royaume-Uni et l'Irlande ont pu, pour chacun des textes de l'espace judiciaire européen, refuser d'intégrer le réseau. Quant aux autres groupes d'État, ils ne forment que des réseaux très lâches dans lequel les États peuvent entrer et sortir de sorte qu'ils varient au gré des textes.

**430. Critique théorique.** En réalité, rechercher encore une personne publique (au sens du droit international), maître d'un réseau de juridictions, n'est pas le bon angle de vue. La compétence internationale ne consiste pas, en soi, à créer un ensemble organique et hiérarchique de juridictions. Elle n'est rien d'autre, en réalité, que l'application à des juridictions diverses de règles communes de compétence, c'est-à-dire d'organisation de leur concurrence. L'ensemble est ainsi réglementaire plus qu'organique. Ainsi, il faut se garder de comparer trop directement l'espace

---

<sup>1041</sup> V. par exemple D. BUREAU et H. MUIR WATT, n°55-2 : « *Les règles de compétence juridictionnelle internationale déterminent, du point de vue de chaque Etat (ou, pour les besoins d'un groupe d'Etats, dans une structure de type fédérale), les cas dans lesquels des litiges entretiennent avec sa sphère d'intérêt un lien estimé suffisamment significatif pour que ses juridictions soient autorisées à les trancher* ».

<sup>1042</sup> Il a été un temps envisagé que le Règlement écarte la condition de domiciliation du défendeur dans l'Union européenne pour l'application des règles de compétence alternative, v. C. KESSEDJIAN, « Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 », *RTDE* 2011, p. 117 ; L. d'AVOUT, « La refonte du Règlement Bruxelles I », *D.* 2013, p. 1014.

judiciaire européen et l'ordre juridictionnel d'un État<sup>1043</sup>. Le premier, malgré sa prégnance, n'est encore globalement qu'un ensemble de normes européennes appliquées par des organes étatiques.

Dès lors, les divers degrés d'intégration institutionnelle de l'État ne changent pas la nature ou la fonction des règles de compétence qui en sont issues. Au contraire, une règle de compétence bilatérale désignant une juridiction partenaire dans un réseau de l'Union européenne a la même forme, le même effet, le même objet que celle qui peut désigner les juridictions américaines dans le cadre de la convention de Montréal ou encore celle désignant une autre juridiction française par application de l'article 46 du Code de procédure civile. En revanche, les règles de compétence du Règlement Bruxelles I diffèrent assez clairement de celles du règlement n°207/2009 sur la marque communautaire ou encore de celles de l'Accord sur une juridiction unifiée en matière de brevet. Il faut donc, en l'état actuel du droit positif, abandonner toute illusion de centralisation du droit de la compétence. Avoir –globalement- délaissé l'État n'implique pas de lui substituer une institution internationale quelconque. Ce qui change entre les différentes normes sur la compétence n'est pas la source organique de ces règles, c'est tout simplement le texte qui en est à l'origine.

---

<sup>1043</sup> V., en ce sens criticable, P. de VAREILLES-SOMMIERES, « La compétence internationale de l'espace judiciaire européen », in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 397. Alors que l'ensemble du reste des développements provoquent l'adhésion, ceux dans lesquels l'auteur exprime cette confusion nous paraît relever au mieux d'un futur encore lointain.

## **CINQUIEME CONCLUSION : LA REGLEMENTATION DE LA COMPETENCE COUVRE L'ENSEMBLE DES REGLES ENCADRANT LE CHOIX DE LA JURIDICTION**

- 431. Définition fonctionnelle de la compétence : une organisation de la concurrence juridictionnelle.** Une réglementation n'a de sens qu'au regard du problème qu'elle doit résoudre. Le droit de la compétence internationale doit ainsi être compris comme la branche du droit qui résoud le problème que pose la concurrence internationale des juridictions au justiciable qui souhaite saisir un juge : choisir. La compétence est ainsi un droit de l'organisation. Elle a vocation à articuler la coexistence concurrente des juridictions, c'est-à-dire le simple fait qu'elles soient nombreuses en capacité d'exercer un même pouvoir, celui de juger. On comprend mieux le paradoxe de la fin de la première partie : le droit de la compétence interne répond au même problème que le droit de la compétence internationale. De l'un à l'autre, l'incertitude s'accroît seulement du phénomène de la frontière.
- 432. Un droit aux règles variées.** Observé depuis cette position, le droit de la compétence internationale dépasse alors le cadre des seules règles de compétence *stricto sensu*, celles qu'ARMINJON avait proposé d'appeler les règles de rattachement. Certaines règles permettent en effet d'articuler l'activité des tribunaux sans en désigner, en prenant simplement en compte l'activité des parties pour empêcher par exemple une double saisine. D'autres influent sur la règle de rattachement, pour atténuer le caractère obligatoire de la désignation que cette dernière offre dans l'espèce. Dans les deux cas, il s'agit de règles que le juge associera à son droit de la procédure, souvent autonome par rapport aux règles internationales de compétence. On ne saurait, enfin, exclure de ce droit la réglementation des conventions de juridiction, tant élections de for qu'accords compromissaires, alors même qu'il ne s'agit pas de règles de compétence au sens traditionnel du terme : elles réglementent, substantiellement, la formation et les effets d'un accord, mais ne renvoient par elle-même à aucune juridiction. Règles de compétence –règles de rattachement, règles de procédure et règles substantielles forment ainsi un ensemble hétéroclite, certes, mais uni dans l'objectif de déterminer un juge « compétent ».
- 433. Une réglementation publique des intérêts privés.** Que le point de vue adopté soit celui d'un justiciable devrait d'autant moins surprendre par ailleurs que l'on a montré en première partie qu'il s'agissait d'une orientation de fond s'exprimant dans les multiples réglementations particulières de la compétence ; le droit positif tend aujourd'hui à placer ce justiciable au cœur de ses préoccupations. L'autonomisation relative de ce droit par rapport à l'État n'avait pas d'autre but. Pourtant, même en matière d'arbitrage, le droit de la compétence reste, du point de vue de l'État, un droit public. D'une part parce que l'idée même d'une organisation de la concurrence des juridictions exige une limitation de la liberté du demandeur, soit pour faire prévaloir l'intérêt d'autres parties au litige, soit celui de l'État ou des États dans la mise à disposition de leurs juridictions. D'autre part et surtout, le

droit de la compétence est public en ce qu'il est institutionnel, ne pouvant organiser l'activité que des organes qui en sont les destinataires directs, c'est-à-dire les juridictions étatiques. Cela ne l'empêche pas de prendre en compte, à l'occasion, l'activité de juridictions extérieures (justement comme les tribunaux arbitraux), mais une telle exception ne pourra être qu'unilatérale, ne concernant que la réaction des juridictions destinataires de la réglementation.

434. **Une réglementation publique souvent internationalisée.** Pour autant, ce caractère public de la réglementation ne l'empêche pas d'être aujourd'hui souvent internationale. Bien qu'institutionnelle, l'organisation de l'activité des organes étatiques ne nécessite pas d'être maîtrisée par l'État de manière autonome. Il ne s'agit pas tant de définir l'existence ou l'activité de ces organes que de déterminer lequel intervient parmi plusieurs. Au sein de ces ensembles internationaux de règles de compétence, c'est-à-dire entre les juridictions partenaires, la compétence internationale retrouve son rôle : malgré les frontières, elle répartit. À l'extérieur, en revanche, l'effet de frontière joue à nouveau ; mais cette réglementation de compétence peut alors toujours attribuer des affaires, unilatéralement, aux juridictions qu'elle vise. L'effet attributif qui fait la caractéristique du droit commun de la compétence internationale ne lui est ainsi pas spécifique ; d'autres ensembles de règles de compétence procèdent de la même manière. Le Règlement Bruxelles I en est un exemple, qui a simplement réduit cet effet attributif à trois règles : les articles 2, 22 et 23, faisant respectivement du domicile du défendeur dans l'Union européenne, de certains rattachements exclusifs et de l'élection d'un for européen les conditions d'application des autres règles de compétence de ce règlement. Imperceptiblement, on a glissé de la fonction de la compétence à son fonctionnement ; de l'organisation par la compétence à l'agencement des règles de compétence.

## CHAPITRE II :

### L'AGENCEMENT DES REGLES EN SYSTEMES DE COMPETENCE

---

435. **D'un droit de l'organisation à l'organisation d'un droit.** Le droit de la compétence est un droit de l'organisation. Il tente en effet d'agencer, par différents moyens, ce qui sans lui serait un certain chaos : la concurrence d'une pluralité de juridictions. Or, la principale complexité de cette organisation est aujourd'hui la coexistence de nombreuses réglementations de la compétence. Ces dernières, bien qu'elles répondent au même problème, le font de manières tellement différentes qu'il est bien difficile d'y trouver une quelconque unité au premier regard. Le droit commun, par exemple, n'a pas la même réaction à l'égard de l'incompétence interne et de l'incompétence internationale, à tel point que la doctrine évoque parfois l'existence d'un dédoublement de la réglementation, comme s'il avait été créé à partir du droit interne un ensemble de règles spécifiques pour le droit international privé. Les articles 14 et 15 du Code civil, par ailleurs, appréhendent la question de la compétence de manière purement unilatérale, ne s'intéressant qu'à la compétence générale des juridictions françaises, sans même chercher à répartir. Quant aux conventions internationales et règlements européens, ils tendent à occulter l'aspect international de la situation, créant un espace transnational de réglementation de la compétence. Ils ne fonctionnent cependant pas tous de la même manière, certains interdisant ainsi dans leur domaine tout autre chef de compétence que ceux qu'ils posent, tandis que d'autres au contraire se contentent d'ajouter des chefs de compétence supplémentaires au droit commun.

Il ne suffit plus alors d'évoquer la finalité commune de toutes ces règles pour en comprendre le fonctionnement. Il faut rechercher une cohérence d'ensemble. Or on n'a conservé de l'État, à la suite de la première partie de cette recherche, que le rôle de référentiel, celui d'un ordre juridique très développé au sein duquel l'observation du fonctionnement de la compétence était encore la plus profitable. Sa propre unité n'est donc plus suffisamment contraignante pour expliquer l'organisation de toutes ces règles. Il est pourtant indispensable, d'un autre côté, de dépasser le seul niveau des règles elles-mêmes : prise isolément, aucune ne saurait expliquer le fonctionnement de l'organisation qu'établit la compétence. Leur étude nous a sans doute permis, dans le chapitre précédent, de voir comment le droit parvient à la résolution du problème de la concurrence internationale des juridictions dans le cas concret, par le choix du tribunal compétent. On n'a cependant pu que brièvement évoquer, en revanche, le mécanisme général de la compétence : la répartition des affaires. C'est qu'en effet, ce mécanisme n'est pas tant le fait des règles elles-mêmes que de leur jeu conjugué dans ces « ensembles », ces droits spéciaux que l'on vient d'évoquer. La fonction même de la compétence, c'est-à-dire l'organisation de la concurrence juridictionnelle, ne se suffit pas des règles. Elle appelle, en outre, une organisation de ces règles ensemble.



436. **Proposition d'un cadre conceptuel de l'organisation : le système.** Pour ce faire, on s'avouera toutefois quelque peu désarmé. Ces « ensembles » de règles prennent des formes multiples, proviennent de sources diverses, et fonctionnent de manière très différentes selon que l'on observe, par exemple, la Convention de Montréal sur le transport aérien, les articles 14 et 15 du Code civil ou le droit commun judiciaire. Comprendre le jeu de chacun de ces droits spéciaux, ainsi que l'articulation de ces droits entre eux, requiert alors de développer un concept commun qui permette tout à la fois de les définir dans leur unité mais aussi de permettre de les distinguer les uns des autres. Pour le tenter, on aimerait proposer un terme qui résume en lui-même tous les risques, mais aussi toutes les promesses d'une telle entreprise : celui de système.
437. **Notions de système.** D'usage fréquent dans la science juridique<sup>1044</sup>, le terme désigne plus couramment un « *ensemble organisé d'éléments intellectuels* », une théorie en quelque sorte, ou un « *ensemble possédant une structure constituant un tout organique* », une conception héritée du développement de la cybernétique dans les années 1960<sup>1045</sup>. Dans sa première acception, le terme a pu avoir mauvaise presse, caractérisant pour certains l'exemple même de la théorie métaphysique déconnectée de la réalité<sup>1046</sup>. À l'évidence, c'est un écueil qu'il faut savoir éviter. En droit, la meilleure manière consiste à repartir des règles elles-mêmes, en adoptant une méthode positiviste.

Or, à suivre une telle méthode, il est difficile de ne pas discerner d'emblée des liens systémiques entre les règles de droit<sup>1047</sup>. Elles forment effectivement souvent des « *tout(s) organique(s)* », si l'on veut y comprendre des ensembles structurés et cohérents. On touche ici, par exemple, à l'un des postulats du droit international privé contemporain, qui traite de l'ensemble des normes juridiques acceptées dans un État comme un ordre juridique, alors synonyme de système juridique<sup>1048</sup>. Dans la théorie normativiste de KELSEN comme dans celle, institutionnelle, de ROMANO, l'ordre juridique forme un tout qui organise les normes et qui en quelque sorte les transcende : il s'agit donc d'un système. Mais il serait faux de réduire cette dernière notion au seul et vaste ensemble législatif d'un État. D'autres ensembles, plus étroits, sont aussi parfois qualifiés de système (ou d'ordre) du fait de la logique commune qui anime l'ensemble des règles alors considérées. On a ainsi pu évoquer le « système de publicité des droits réels »<sup>1049</sup> ou bien, plus proche

<sup>1044</sup> En particulier en théorie du droit et en droit international privé, v. D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ 2008.

<sup>1045</sup> Définitions titres tirées du *Petit Robert*. Pour d'autres définitions, on peut renvoyer à la référence classique du *Traité des systèmes*, d'Etienne BONNOT de CONDILLAC : « *Disposition des différentes parties d'un art ou d'une science dans un ordre où elles se soutiennent toutes mutuellement et où les dernières s'expliquent par les premières* », p. 1, qui rappelle plutôt la première acception, philosophique, et à celle du LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF 2010 : « *Ensemble d'éléments, matériels ou non, qui dépendent réciproquement les uns des autres de manière à former un tout organisé* ».

<sup>1046</sup> Ainsi VOLTAIRE, critiquant de tels projets : « *Newton n'a jamais fait de système ; il a vu, il a fait voir, mais il n'a pas mis ses imaginations à la place de la vérité* », VOLTAIRE, *Œuvres complètes*, vol. 11, Paris 1837, p. 395. Il critiquait ainsi « l'esprit de système », qui a pu être loué par d'autres (v. par exemple P. ENGEL, *Les lois de l'esprit, Julien Benda ou la raison*, Ed. Ithaque 2012).

<sup>1047</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, rééd. Dalloz 2002, p.19s., spéc. p. 49s.

<sup>1048</sup> *Contra*, v. toutefois D. SINDRES, *op. cit.* et les auteurs cités à la note 10, p. 2 de son ouvrage.

<sup>1049</sup> M. PASQUA LIANO, « Le système de publicité des droits réels immobiliers : l'efficacité erga omnes de la propriété versus la sécurité du marché mobilier », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*,

de notre champ de recherche, le « système commun européen » pour désigner l'ensemble des règles issues de la convention puis du règlement n°44/2001 (parfois étendu à la proche convention de Lugano)<sup>1050</sup>. En définitive, très peu d'auteurs nient le caractère systémique du droit lui-même dans sa recherche de cohérence et d'intelligibilité<sup>1051</sup>.

438. **Le système de compétence, organisateur du droit de la compétence.** L'important, dès lors, est de délimiter le bon niveau de « systématisation » des règles du droit de la compétence. En matière de compétence, les ensembles les plus pertinents ne font pas mystère. C'est une donnée déjà observée : il faut penser le droit de la compétence internationale comme un assemblage de droits spéciaux. Chacun de ces droits spéciaux pourrait alors être qualifié de système en lui-même. Il reste à voir, cependant, quelle en serait le sens, et l'utilité. Pour ce faire, on s'appuiera un instant sur les travaux d'Edgar MORIN. Dans le premier volume de son étude sur *La méthode*, l'auteur développe un concept de système à vocation transdisciplinaire qui permet l'analyse tant des sciences exactes que des sciences humaines<sup>1052</sup>. Il insiste en particulier sur l'élément organisateur du système : ce dernier n'existerait pas en l'absence de cette organisation et des liaisons entre ses éléments. L'affinité avec la compétence, droit de l'organisation, est manifeste. Mais cette affinité n'est pas que de fonction, elle est aussi de fonctionnement. Pour Edgar MORIN, en effet, le système est, tout à la fois, un ensemble d'éléments, un tout qui transcende ses éléments mais aussi et surtout les relations entre le tout et ses éléments. On peut alors trouver une analogie particulière avec les droits

---

Economica 2010, p. 411. On se rapproche déjà ici, toutefois, du système philosophique de Bonnot de Condillac, dans le sens d'une organisation du droit en fonction d'un certain objectif. Le terme était souvent employé ainsi au début du XX<sup>e</sup> siècle (ainsi K. MIKLISZANSKI, « Le système de l'universalité du droit de punir et le droit pénal subsidiaire », RSC 1936, p. 331) et sert encore pour certaines discussions doctrinales (ainsi sur la question des « systèmes de l'universalité ou de la territorialité » de la faillite ou des successions).

<sup>1050</sup> B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 567. A. HUET et J.-M. BISCHOF, note sous CJCE 4 oct. 1976, *Eurocontrol*, aff. 29/76, JDI 1977, p. 706, parlent de « système de Bruxelles ».

<sup>1051</sup> Ch. GRZEGORCZYK, « Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *APD* t. 31, 1986, p. 283, est cependant très mesuré. L'auteur, interrogeant les trois formes du concept de système qu'il identifie, les écarte successivement comme concept explicatif du phénomène juridique. Ce qu'il appelle le système-synthèse, et qui correspond à la définition de BONNOT de CONDILLAC, ne serait pas explicatif du phénomène juridique mais des valeurs qui le sous-tendent. Le « système organisme », qui prend la cynématique comme modèle de pensée (évoquant des échanges d'information entre éléments), ne fonctionnerait qu'au sens de Santi ROMANO, en imaginant un ordre juridico-social, le droit étant alors formé par le jeu des acteurs plus que par ses normes. Enfin, le « système-calcul », dans lequel nous allons inscrire l'essentiel de nos propositions, rationnel et axiomatique, ne pourrait jamais rendre compte de l'ensemble du phénomène juridique, parce que cela nécessiterait de pouvoir rendre compte de l'ensemble des raisonnements logiques qui le sous-tendent. Si l'on avoue tomber d'accord avec l'auteur sur les deux premiers constats, l'affirmation de l'impossibilité d'aboutir à une cohérence parfaite du système nous semble trop englober, et trop « systématiser ». D'une part, M. GRZEGORCZYK reconnaît volontiers que l'aspect systématique du droit peut se retrouver « à l'échelle microscopique », c'est-à-dire pour des ensembles limités de norme. Il prend le système « personne-bien juridique-propriété » comme exemple. Si le concept même de propriété peut trouver à bénéficier d'une telle conceptualisation systématique, les ensembles que nous allons présenter le pourrons. D'autre part, et plus fondamentalement, l'impossibilité de parvenir à une véritable systématique au sens logique du terme ne nous semble pas rédhibitoire d'une exposition des règles de compétence en systèmes : les règles de droit ne sont pas des formules mathématiques ; la cohérence et la complétude des normes, qui en sont les premiers éléments sous cet aspect, forment un idéal. Si le droit pouvait s'appliquer en logique formelle, il n'y aurait plus besoin de juristes.

<sup>1052</sup> E. MORIN, *La méthode*, t. 1, *La nature de la nature*, Seuil 1977.

spéciaux de compétence, en ce sens qu'outre le lien normatif entre les ensembles de règles de compétence et les textes qui les portent, c'est par l'articulation de l'ensemble de leurs règles selon un schéma déterminé de manière globale que ces droits résolvent le problème de la concurrence juridictionnelle. Partant, le concept de système est non seulement apte à décrire la réalité du droit de la compétence mais encore permet de mieux comprendre son fonctionnement international. C'est ce que l'on démontrera ici plus en détail dans un premier temps en détaillant le concept de *système de compétence* (Section 1), avant d'en appliquer les principes aux différents droits spéciaux en évoquant des exemples de systèmes de compétence (Section 2).

## Section 1 : NOTION DE SYSTEME DE COMPETENCE

439. **Concept de système.** Selon Edgar MORIN, le concept de système se définit comme une « *unité globale organisée d'interrelations entre éléments (actions, ou individus)* »<sup>1053</sup>. La particularité de sa définition tient à ce qu'elle n'insiste pas sur les éléments du système (ce qui nécessite de démontrer une homogénéité qui n'existe pas toujours) ni sur son unité (ce qui a le défaut de gommer les divergences ou les faiblesses internes). Elle s'intéresse plus à sa dynamique et à son organisation, c'est-à-dire aux « interrelations », les liens existant entre ses éléments et leurs effets, que ce soit entre chacun d'entre eux ou entre eux et l'ensemble qu'ils forment. La définition est alors particulièrement utile au juriste qui ne saurait se satisfaire des similitudes des textes et doit au contraire comprendre leurs articulations dans le cas concret.
440. **Notion de système de compétence.** À reprendre cette définition dans notre domaine et en première approximation, le « système de compétence » devrait être le concept désignant des ensembles organisés de règles de compétence *largo sensu* (règles de rattachement, règles de procédure, règles sur les conventions de juridiction) qui concourent, dans un champ déterminé, à répondre au problème de la concurrence juridictionnelle. Le concept serait ainsi à la fois descriptif et positif. La représentation la plus utile possible est en effet celle qui est la plus fidèle au droit positif : elle ne manquera pas d'imposer, en temps utile, ses propres conséquences. L'essentiel, pour l'instant, est d'offrir un outil de compréhension des rapports entre l'ensemble des règles de compétence et du fonctionnement de la compétence elle-même. Pour approfondir et s'agissant d'un concept<sup>1054</sup>, l'analyse vient ensuite en deux temps : il faudra d'abord le décrire sous ses différents aspects (§1) avant d'étudier, ensuite, ses propriétés (§2).

---

<sup>1053</sup> *Ibid.*, p. 102. Comp. Ch. GRZEGORCZYK, *op. cit.*, p. 290, qui insiste sur le fait que le système doit être compris, au-delà d'une unité, comme un « *ensemble d'éléments interconnectés* ».

<sup>1054</sup> On pourra toutefois, suivant ici l'exemple de GENY et d'autres grands auteurs, parler indifféremment de « notion », un terme plus volontiers utilisé dans la science du droit GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Sirey 1914, n° 40s., spéc. n° 50.

## **Paragraphe 1) DESCRIPTION DU SYSTEME DE COMPETENCE**

441. La définition d'Edgar MORIN peut paraître trop abstraite pour être directement utile. Chaque terme, toutefois, a son sens. En ce qui concerne les réglementations de la compétence, on retrouve cette unité, voulue par le législateur, entre des règles très diverses dans un but commun : les systèmes, en ce sens, sont des unités globales (I). Outre cette globalisation des règles, toutefois, ces réglementations organisent leurs articulations et leur jeu commun. C'est d'ailleurs grâce à ces « interrelations » entre règles et entre les règles et le système que le législateur parvient à organiser une répartition des affaires. Les systèmes de compétence dès lors, sont en outre des unités organisées (II).

### **I) L'unité globale**

442. Comme en d'autres matières<sup>1055</sup>, le système de compétence n'est qu'un rassemblement de règles parmi les différents ensembles que l'esprit pourrait concevoir. On a ainsi pu souvent parler de « système » (juridique) comme synonyme d'ordre juridique, plus étroitement comme ensemble des règles de procédure<sup>1056</sup>, plus précisément encore comme ensemble des règles issues des conventions de Bruxelles et de Lugano<sup>1057</sup>, voire simplement comme un ensemble de deux règles, celles des articles 14 et 15 du Code civil<sup>1058</sup>. La première des difficultés dans la définition des systèmes de compétence, dès lors, est d'établir les frontières de ces systèmes. Elles ont cependant déjà été indirectement évoquées : on a multiplié les occasions de remarquer l'indépendance des différents textes sur la compétence. Ce seront donc ces textes qui formeront la base première de la description des systèmes. Il ne s'agit pas toutefois, d'assimiler les systèmes aux textes : on aurait des difficultés avec les organisations de la concurrence juridictionnelle qui ne se réduise pas à un texte, ou qui au contraire ne sont pas véritablement issu d'un texte. Dans tous les cas, l'objectif est surtout d'effectuer une description du droit positif : en tant que telle, elle n'est pas exclusive d'autres descriptions. Il apparaît, toutefois, que cette description est la plus pertinente au regard de l'état actuel du droit positif parce qu'elle est la plus cohérente : le système de compétence est le plus à même de donner du sens aux règles de compétence (A). Il est, en outre, celui dans lequel les liens entre les règles sont les plus solidaires (B).

---

<sup>1055</sup> V. encore sur ce point E. MORIN, *op. cit.*, p. 128.

<sup>1056</sup> G. ROUHETTE, « L'ordre juridique processuel », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey 1985, p. 687.

<sup>1057</sup> V. *supra*, n° 437 et les références en note.

<sup>1058</sup> B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 399.

### **A) L'unité de réglementation**

443. **Le système naît en général d'un texte.** Il faut bien comprendre, en premier lieu, que si le concept est proposé à des fins descriptives, c'est-à-dire pour offrir une autre lecture du droit positif, il tend à lui coller au mieux. La meilleure manière d'appréhender les systèmes, en effet, est d'en voir d'abord les plus spéciaux, parce que ces derniers sont généralement liés à un, et un seul, texte. La chose est d'autant plus facile à circonscrire que le droit international privé de la compétence est essentiellement constitué de textes internationaux. C'est ainsi le cas d'exemples déjà évoqués : les règlements européens Bruxelles I, insolvabilité, marque européenne, les conventions internationales en matière de transport ou de pollution proposent ainsi, chacun, un système de compétence.
444. **Le système n'est pas le texte.** Il ne faut toutefois pas prendre le texte pour le système, ou réciproquement. L'exemple classique d'un abus consécutif à cet amalgame est, là encore, celui du Règlement Bruxelles I. Ce dernier, en effet, porte un système de compétence parmi les plus importants en pratique, puisqu'il pose un système de compétence pour la matière civile et commerciale, ce qui couvre une partie importante de notre domaine de recherche mais aussi, tout simplement, du droit de la compétence internationale lui-même. Or, l'article 2 de ce règlement est parfois présenté comme une condition d'application de ce dernier<sup>1059</sup>. En réalité, l'article ne saurait poser une telle condition : il s'agit d'une règle de compétence, impropre en tant que telle à délimiter le champ des règles de conflit de procédures (litispendance et connexité) ou de décisions (reconnaissance et exequatur) que portent pour le même règlement<sup>1060</sup>. En revanche, il est possible de le voir comme un critère d'application des autres règles de compétence (au sens large et donc, notamment, l'article 24 de ce règlement). On en verra le développement plus tard<sup>1061</sup>. À ce stade, il suffit de constater qu'un système de compétence peut avoir un champ d'application plus large ou plus restreint que le reste des dispositions du texte dans lequel il s'insère. Il est donc utile, pour concevoir le jeu des règles de compétence ensemble, de les distinguer du reste des règles portées par le texte, par exemple par le concept de système de compétence.
445. **Le système est parfois plus (ou moins) qu'un texte.** En outre, les règles de compétence fonctionnent parfois ensemble alors même qu'elles sont issues de textes différents. Le phénomène est propre aux droits communs, qui se sont développées par la voie prétorienne. On y trouvera tout d'abord celui que l'on pourrait appeler de droit commun général, qui regroupe l'ensemble des règles de compétence à destination des juridictions de l'ordre judiciaire. Si ces règles de

---

<sup>1059</sup> V. par exemple W. STOFFEL, « Le rapport juridique international », in *Liber Amicorum Prof. Alfred von Overbeck*, Ed. Universitaire Fribourg, 1990, p. 421 qui décrit l'article 2 comme la condition d'internationalité de la convention de Bruxelles. V. aussi l'arrêt *Owusu*, CJCE 30 mars 2005, sur lequel v. *infra*, n° 717.

<sup>1060</sup> Bien qu'il y ait une logique d'ensemble aux règles de la convention de Bruxelles, pensée comme une convention double (s'intéressant tant à la compétence qu'à la reconnaissance des décisions), il n'est pas nécessaire pour la mise en œuvre des mécanismes de litispendance ou de reconnaissance des décisions de vérifier que le défendeur est domicilié dans l'Union européenne : il suffit que les juges de deux Etats-membres soient impliqués.

<sup>1061</sup> V. *infra*, n° 460s.

compétence sont en effet très diverses, inscrites pour certaines au Code de procédure civile, d'autres dans le Code de l'organisation judiciaire, d'autres encore dans des codes spécialisés par matière, comme le Code du travail, elles bénéficient d'une grande unité de fonctionnement pour au moins trois raisons. Tout d'abord ces règles ont toutes été étendues à l'ordre international par l'arrêt *Scheffel* de 1962 ; elles appréhendent ainsi l'internationalité de la même manière<sup>1062</sup>. Ensuite, elles bénéficient du support d'un régime globalement commun, que ce soit de leur mise en œuvre ou de leur contestation, c'est-à-dire du droit commun de la procédure. Enfin, très fondamentalement et expliquant les deux précédents, le droit commun interne est d'une source organique unique : l'État. Il est plus facile de concevoir l'unité de cet ensemble de règles en sachant qu'elles bénéficient toutes d'une source organique commune et, ce qui n'est pas négligeable, qu'elles sont corrélées à une organisation judiciaire bien en place qui bénéficie d'une juridiction suprême à même de poser une interprétation uniforme.

On notera, toutefois, que cette unité n'impose pas de considérer que l'intégralité du droit interne de la compétence relève de ce même système. Ainsi, le droit de l'arbitrage, s'il est de source interne, fonctionne de manière très différente. Bien que le régime des recours en matière de compétence judiciaire internationale ait été aligné sur celui des décisions judiciaires en matière de compétence arbitrale<sup>1063</sup>, le jeu d'une clause compromissoire provoque la mise en œuvre de règles qui, bien qu'inscrites au Code de procédure civile, n'ont que peu à voir avec les règles de compétence objective décrites précédemment. En outre, si elles s'appliquent aussi aux juridictions judiciaires, elles intéressent la création de juridictions qui ne relèvent pas de cet ordre. Enfin, elles ne semblent pas directement répondre aux règles de compétence de droit commun. En effet, le droit commun de l'arbitrage intègre des solutions d'inarbitrabilité, c'est-à-dire, d'interdiction de la mise en œuvre d'une convention d'arbitrage, qui ne font pas écho aux hypothèses d'exclusivité ou d'impérativité des règles de compétence de droit judiciaire. L'arbitrage fait ainsi appel à une logique différente : il appelle donc un système autonome.

Enfin, la même remarque, brève, sera faite pour le droit administratif. Outre son propre ordre juridictionnel, ce dernier bénéficie en effet de son propre système de compétence territoriale et matérielle dont la première condition d'application consiste, en principe, dans l'applicabilité du droit administratif français. La doctrine administrativiste évoque d'ailleurs parfois à son sujet le terme de compétence externe, par opposition à la distribution interne à l'ordre administratif<sup>1064</sup>. Dès lors, la jurisprudence *Scheffel* est exclu : c'est l'applicabilité du droit qui déterminera la compétence – interne comme internationale – des juridictions administratives. Là encore, un droit commun, par ailleurs très prétorien, a sa logique propre. Il doit avoir son propre système.

---

<sup>1062</sup> C'est-à-dire en l'ignorant pour la plus grosse partie d'entre elles, v. *supra*, n° 283s.

<sup>1063</sup> Par le biais de la notion d'excès de pouvoir, v. *supra* n° 254s.

<sup>1064</sup> O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 7<sup>ème</sup> éd., Litec 2012, p. 135.

446. **Le système de compétence est une unité de réglementation.** En définitive, la progression de ces premiers éléments de définition permet de mettre l'accent sur ce qui, derrière l'unité première du texte, forme celle du système de compétence. Dès lors que l'objet même de ce concept est de proposer une description du droit de la compétence, son unité conceptuelle elle-même se ramène inévitablement à la fonction de la réglementation de la compétence : encadrer le choix du juge face à la situation de concurrence juridictionnelle qui s'offre aux parties. Si le texte est *a priori* l'objet juridique le plus pertinent pour étudier le droit de la compétence, c'est parce qu'il correspond au niveau où la réglementation de la compétence est la plus pensée, la plus globale et la plus achevée. La conception des règles est normalement le moment où leur sens et leur cohérence, donc leur fonctionnement systémique, sont le mieux établis<sup>1065</sup>. Derrière le texte, c'est la logique et la cohérence d'une réglementation de compétence qui permet de parler de système.
447. **Pertinence pragmatique de la source textuelle.** Ainsi, la plupart des textes internationaux portent leurs propres définitions, du moins leurs propres objectifs et fréquemment des règles qui, pour être assez proches, diffèrent parfois beaucoup dans leur régime. Ainsi, le droit des conventions de juridiction dans les conventions transports est assez particulier, des règles impératives nombreuses et variables apportant nombre de nuances qui en changent substantiellement l'esprit<sup>1066</sup>. On ne saurait donc faire une lecture ou une application valable de ces règles sans les replacer dans leur contexte conventionnel. D'autre part et plus largement, chaque texte est amené à avoir une vie propre, justement parce qu'il est indépendant des autres. Ainsi, l'ensemble des textes européens en matière de compétence, s'ils doivent former à terme un ensemble cohérent dans l'espace judiciaire européen<sup>1067</sup>, ne s'appliquent pas de manière uniforme sur l'espace européen<sup>1068</sup>, sans compter les coopérations renforcées telles que celle de l'Accord sur la juridiction unifiée du brevet<sup>1069</sup>. L'organisation de la concurrence ainsi assumée sera donc à géométrie variable et l'on ne saurait attribuer le même régime aux règles de compétence de droit commun, de Bruxelles I, du Règlement sur les marques communautaires ou de la Convention CMR. En revanche, le passage par le système de compétence permettra de donner plein effet à l'objectif d'organisation auxquelles s'essayent les règles de compétence. En particulier, on pense à l'ensemble des règles de compétence uniformes. D'un point de vue encore très pragmatique, les systèmes de compétence sont ceux au sein desquels s'opèrent vraiment l'unité des règles de compétence dès lors qu'elles disposent alors d'un champ d'application commun.

---

<sup>1065</sup> L'affirmation relève, sans doute, d'une certaine profession de foi positiviste. Il ne s'agit toutefois pas de renvoyer nécessairement à la volonté du législateur, mais simplement au respect de la cohérence du droit tel qu'il a été établi.

<sup>1066</sup> Sur le sujet v. C. LEGROS, « Les conflits de normes en matière de contrats de transport internationaux de marchandises », *JDI* 2007, p. 799 et p. 1081. Pour un développement de l'articulation de ces règles avec le droit commun, v. *infra* n° 746s.

<sup>1067</sup> M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT PERUZZETTO (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Peter Lang, 2011 et notamment les contributions de M. FALLON, S. POILLOT-PERUZZETTO et J. MEUSEN.

<sup>1068</sup> E. PATAUT, « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? » in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz 2004, p. 31.

<sup>1069</sup> Sur laquelle v. *supra*, n° 43.

448. **Pertinence théorique de la source textuelle.** Ces règles ont tout simplement été pensées ensemble. Quelle que soit la valeur que l'on attribue à la volonté du législateur qui en est à l'origine, le fait que ce même législateur diffère souvent d'un ensemble de règles de compétence à un autre rend importantes les différences les textes eux-mêmes. En revanche, sauf à admettre un législateur irrationnel, on pourra difficilement se satisfaire d'incohérence au sein même des textes. Il faut les résoudre par l'interprétation. Ces textes portent en effet des règles qui, ensemble, ont pour fonction d'organiser la concurrence entre les juridictions qu'elles visent. Ensermé dans le carcan étatique du paradigme classique, l'observateur peut perdre de vue cet objectif. S'élever, le cas échéant, au niveau d'organisation de ces textes tels qu'en eux-mêmes contribuerait ainsi à penser la compétence au niveau où elle est élaborée et, surtout, au niveau pour lequel elle a été élaborée. La première des conséquences d'une telle analyse est alors de repousser le phénomène de la frontière à la lisière des espaces que dessinent ces textes lorsqu'ils ont vocation à s'appliquer dans plus d'un État.

### ***B) Le réseau de juges destinataires***

449. **La corrélation d'un système de compétence et d'un réseau de juges.** Le droit de la compétence internationale a pour fonction, comme le droit de la compétence interne, de permettre la détermination d'au moins un juge compétent. Mais il s'agit en outre, comme on l'a vu, d'un droit de l'organisation publique, même si elle est souvent de source internationale. Ce droit, dès lors, a vocation à s'adresser à des juges : le système de compétence doit faire de même. L'unité de la source textuelle ou du moins organique du système de compétence correspond alors logiquement à l'unité des organes qui en sont les destinataires. Les systèmes de source interne, ainsi, ne s'appliqueront toujours qu'aux seuls juges du for tandis que les systèmes de source internationale s'appliqueront ainsi aux juridictions des différents États concernés. Tout système de compétence s'applique ainsi à un réseau de juges destinataires de ces normes. On les appellera, du fait des rapports d'égalité que sous-tendent les règles de compétence, des juges partenaires.

450. **Juge étranger, juge tiers.** Il faut immédiatement préciser cette notion lorsque, dans le cadre d'un système transnational, certains juges partenaires sont par ailleurs juges d'un État étranger. Le droit international privé prend pour point de départ moins la notion d'international que d'étranger. Historiquement, tout d'abord, l'étranger n'est rien d'autre que ce qui n'est pas de la communauté<sup>1070</sup>, précédant ainsi de beaucoup la nation –et donc l'international – comme critère de la mise en jeu d'un droit spécial<sup>1071</sup>. Logiquement, ensuite, c'est bien l'élément d'extranéité qui déclenche l'interrogation de droit international privé car c'est cet élément, unique

---

<sup>1070</sup> J. BART, *v*° « Etranger », *Encyclopédie de la culture juridique*, Lamy-PUF 2003.

<sup>1071</sup> Outre les références citées par J. BART, *op. cit.*, on pourra consulter S. LAGHMANI, « L'internationalité : antécédents, consécration et crise d'un concept », *Rev. Lamy Droit des Aff.* 2002, Supp. n°46, p. 11.



ou multiple, qui permet en réalité de qualifier la situation d'internationale<sup>1072</sup>. La métaphore même du « phénomène de la frontière » est ainsi parfaitement justifiée. Mais c'est précisément cette frontière qui tend à perdre de sa netteté, ou du moins à se déplacer, dès lors que des normes uniformes sont applicables dans un espace transnational<sup>1073</sup>. À bien considérer ces systèmes, chacun crée en quelque sorte un espace uniforme au sein duquel les frontières étatiques perdent une partie de leur sens. Bien sûr, on ne saurait aller bien au-delà de cette uniformité partielle. Une règle de compétence, européenne ou conventionnelle, ne résoudra jamais à elle seule la division des ordres juridiques. En ce qui concerne les systèmes transnationaux eux-mêmes, cependant, le terme d'étranger perd une partie de son sens. Le juge étranger partenaire dans un tel système est bien plus proche du juge français que le juge d'un État tiers à ce système<sup>1074</sup>.

**451. Importance de la distinction tiers/partenaire.** On l'a en effet rappelé plus haut : bien que le droit de la compétence soit très largement orienté vers la satisfaction de l'intérêt des justiciables, il reste un droit de l'organisation de la concurrence de justices étatiques. Il s'agit donc d'un droit institutionnel, un droit public qui ne s'adresse qu'aux juridictions destinataires des règles. Au sein d'un système, les règles de compétence ne discriminent pas entre les juridictions, la fongibilité est posée comme un postulat. Si les juridictions françaises, américaines et chinoises sont loins d'être assimilables en fait comme en droit, elles sont considérées à l'identique par les règles de la Convention de Montréal sur le transport aérien, qui leur attribue indifféremment compétence au seul regard, factuel et neutre, des lieux de destination du transport aérien litigieux, ou de certains établissements du transporteur. Impossible d'y distinguer ces diverses juridictions, sinon à chausser les lunettes d'un économiste ou d'un sociologue et d'observer le choix des parties. Dans l'application de la règle de compétence, le juriste, lui, ne saurait le faire. Du point de vue du système, il n'y a donc pas de juridiction « étrangère ». Ils sont tous partenaires.

D'autres juridictions, potentiellement plus proches, devront cependant être considérées différemment. Ainsi, les tribunaux des territoires ultramarins des États européens qui n'ont pas été intégrés dans le champ d'application du droit dérivé

---

<sup>1072</sup> On a pu proposer de distinguer situations objectivement internationales et situations subjectivement internationales, les unes correspondant à l'hypothèse d'une internationalité *ab initio*, les secondes à celle d'une situation purement interne qui se retrouve internationalisée (P. MAYER et V. HEUZE, n° 5). Si la remarque s'impose en logique, on a pu faire remarquer qu'une relation juridique interne à un État discutée dans un État étranger développe nécessairement des liens dans ce second État qui justifie cette interrogation. Il serait donc difficile de distinguer internationalité et pure extranéité, sans compter qu'en ce qui concerne des relations patrimoniales et les biens, il est aujourd'hui difficile de trouver des choses dont la provenance puisse être ramenée à un seul État (P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *RCADI* 1977-II, t. 155, p. 1, spéc. p. 16s). Le débat sur la reconnaissance des situations créées à l'étranger a sans doute renouvelé l'intérêt de ce débat. En tout état de cause, cela n'en change pas modifie pas pour autant le fait qu'il est impossible de caractériser l'internationalité sans passer par la démonstration d'éléments étrangers.

<sup>1073</sup> En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, « Frontières extérieures de l'espace judiciaire européen », in *Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nijhoff 1996, p. 85, qui va pour les besoins de la discussion jusqu'à assimiler « étranger » et État tiers.

<sup>1074</sup> En ce sens, B. AUDIT et G. BERMAN, « The application of private international norms to 'third countries' : the jurisdiction and judgments example », in *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, A. Nuyts et N. Watté (edrs.), Bruylant, 2005, p. 55.

de l'Union, au sens de l'article 355 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ne peuvent être considérés comme des juridictions partenaires aux divers systèmes de compétence européens. Estonie et Royaume-Uni sont tous deux membres de l'Union européenne. À ce titre, et du fait du règlement du Conseil n°1346/2000, la procédure d'insolvabilité ouverte à Tallin, en Estonie, affecte celle que voudrait ouvrir un juge de Londres à l'encontre d'un même débiteur. La situation sera cependant bien plus complexe si, en outre, une procédure supplémentaire venait à s'ouvrir devant un juge de l'île de Man, dépendance de la Couronne britannique exclut des territoires où s'appliquent les traités européens. Du point de vue du système n°1346/2000, en effet, les juges mannois ne sont pas des juges partenaires des juges anglais et estoniens. Ce sont ce que l'on pourrait appeler des juges tiers au système, avec lesquels aucune des règles de compétence ne résoudrait la concurrence juridictionnelle<sup>1075</sup>.

**452. Rapprochement système transnational et système interne.** C'est précisément ce caractère uniforme et neutre dans son traitement des diverses juridictions impliquées qui permet, dans un système de ce type, de rapprocher la situation internationale (transnationale) de la situation interne. Dans le cadre du système de compétence établi par le Règlement Bruxelles I, un juge allemand devrait, en matière de compétence et dans la mesure permise par le droit français, être traité comme un autre juge français. La règle de compétence sur laquelle le juge de Caen s'appuierait pour découvrir la compétence du juge de Brême dispose en effet d'une forme et d'une structure identique à celle du droit interne, qui lui permet dans un autre cas de renvoyer au juge de Toulon. Mais outre la désignation « intellectuelle » qu'elle permet à un juge pourtant étranger, elle dispose de surcroît de toute l'autorité que lui confirme sa provenance européenne, une autorité qui ignore la frontière entre la France et l'Allemagne. Le Règlement Bruxelles I n'a-t-il pas précisément pour objet d'unifier, dans son domaine, les règles de compétence des États-membres ? Dans la mesure où la compétence internationale n'a pas, comme on l'a vu, à être limitée par un paradigme étatique, on pourrait ainsi envisager de permettre au juge de Caen de renvoyer, directement, au juge de Brême<sup>1076</sup>. Le système de compétence, au stade de réorganisation internationale qu'a subi la concurrence des juridictions, est en tout cas le concept pertinent pour redonner aux règles de compétence l'effectivité de leur façon d'être, leur énoncé, et l'efficacité de leur raison d'être, l'organisation. Dès lors, dans la suite de ces développements, le terme étranger perdra une partie de sa pertinence, car il ne permet plus de déterminer si une même règle de compétence le lie au juge français saisi ou non. L'important ne sera souvent pas de savoir si le juge désigné par la

---

<sup>1075</sup> Le règlement Insolvabilité n° 1346/2000 n'ayant pas vocation à organiser les rapports avec des procédures tierces, le juge anglais pourra employer les règles propres au *Commonwealth* britannique qui permet une coopération juridictionnelle (sur l'articulation des systèmes, v. *infra*, n° 704s. Le risque de difficultés procédurales (articulation des procédures) et économiques (partage éventuel des actifs du débiteur) n'en sera pas moins important. V., en France, Com. 26 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 385 note M. Menjucq et J. BEGUIN et M. MENJUCQ, *Droit du commerce international*, Lexisnexus 2005, n° 2289, dans lequel la simple location pour sous-location d'un immeuble suffisait à caractériser des activités et donc « le centre principal des intérêts » d'une société établie sur l'île de Man.

<sup>1076</sup> L'affirmation s'infère de la démonstration de la première partie.

règle est un juge français ou un juge étranger, mais bien plutôt de savoir s'il s'agit d'un juge partenaire ou d'un juge tiers au système.

## **II) L'unité organisée**

453. La notion de système de compétence, en collant à l'unité d'une certaine réglementation, permet aussi de rendre au mieux compte des liens entre les différents types de règles de compétence que cette réglementation établit. Au sein de son champ, en effet, la solidarité entre les règles est parfaite (A), ce qui permet de développer au mieux les différents caractères que requièrent une organisation (B).

### **A) La solidarité de l'organisation systémique**

454. Outre cette unité textuelle et à cause d'elle, le système de compétence dispose d'une double unité de fonctionnement. Elle se fait à la fois, en effet, dans les relations qui se nouent entre ses règles, règles de rattachement comme règles accessoires (1) mais aussi du fait du domaine qu'elles partagent. Or, s'agissant de compétence, ce domaine résulte autant de règles accessoires posant le champ d'application que celles qui permettent d'attribuer l'affaire aux juridictions du réseau qu'elles forment (2).

#### **1. Une globalité de règles de compétence et de leurs règles accessoires**

455. **Unité de nécessité et de volonté législative.** Les règles de compétence ne peuvent pas être totalement isolées d'un certain environnement procédural et substantiel. Elles sont après tout, pour certaines, des règles hybrides entre la procédure et le fond, des règles permettant l'articulation entre la réglementation des relations privées et la résolution des litiges sur leur fondement<sup>1077</sup>. Il faut rappeler, dès lors, que les systèmes de compétence n'auraient pas de sens s'il fallait les comprendre comme des ensembles homogènes de règles de compétence au sens strict de règles de rattachement. Il faut au contraire, pour les besoins de l'application de ces dernières, y intégrer les règles de fond et de procédure qui leur sont formellement rattachées.
456. **Rapport des règles de compétence avec certaines règles substantielles.** D'abord, certains éléments de fond s'ajoutent nécessairement aux règles de compétence : ceux qui définissent les notions substantielles qu'utilisent ces dernières. Les premières jurisprudences interprétant le système Bruxelles I, à l'époque Convention du 27 septembre 1968, ne portaient-elles pas précisément sur les notions de « matière civile et commerciale »<sup>1078</sup>, de « lieu où l'obligation

---

<sup>1077</sup> V. ainsi, sur la réforme de 1958 qui menaçait cet équilibre entre fond et procédure, H. SOLUS et R. PERROT, n° 619.

<sup>1078</sup> CJCE 14 oct. 1976, *Eurocontrol*, Aff. 29/76, RCDIP 1977, p. 776, note G. Droz ; JDI 1977, p. 707 note A. Huet ; *Cab. Dr. Eur.* 1977, p. 146, note G. Leleux.

(contractuelle) doit être exécuté »<sup>1079</sup> ou encore « d'obligation qui sert de base à la demande »<sup>1080</sup>? Les systèmes de compétence, du fait juridique de leur source, et politique de la rupture avec l'ordre juridique interne, ont un certain besoin d'autonomie. Il leur faut donc développer des notions propres, adaptées à leur champ, leur objet et leur vocation internationale uniforme. Parfois, au-delà de simples notions, on développe de véritables règles préalables, nécessaires à l'application de la règle de compétence. C'est le cas avec la fameuse jurisprudence *Tessili*, qui oblige, pour la détermination du lieu d'exécution de l'obligation visé à l'article 5-1 de ce règlement, à passer par une règle de conflit de lois<sup>1081</sup>. Si, ce faisant, elle n'a pas tranché pour une interprétation autonome du lieu d'exécution, il ne faut pas négliger qu'elle en a ainsi uniformisé la détermination. Lorsque, enfin, les règles de compétence sont accessoires de certaines réglementations particulières, on ne saurait pleinement appliquer les premières sans les interpréter à la lumière des secondes : ainsi la CMR définit-elle le terme de « véhicule » pour son application, tant substantielle que processuelle, par référence à la Convention sur la circulation routière du 24 sept. 1949 qui ne comporte pas moins de dix définitions pour le préciser<sup>1082</sup>, et même les règles de compétence interne spécialisées usent toutes de notions de fond prévues par la réglementation substantielle<sup>1083</sup>. Il faut donc parfois faire application de règles substantielles pour pouvoir déterminer la règle de compétence applicable et, si l'on veut conserver une certaine cohérence à ces ensembles législatifs, il faudra appliquer celles qui ont été produites avec les règles de compétence<sup>1084</sup>. On ne saurait donc se passer de ces éléments lorsque l'on étudie les règles de compétence, et donc les intégrer chacune dans un système avec celles auxquelles elles servent.

457. **Rapport des règles de compétence et des règles de procédure.** Ensuite, quelques ensembles législatifs, rares au demeurant, portent de même des règles de procédure spécifiques ayant une incidence sur les règles de rattachement prévues dans ces textes. Il s'agit principalement de l'encadrement de l'office du juge en matière de compétence. Ainsi les Règles de Rotterdam portent-elles l'interdiction pour le juge de soulever d'office son incompetence si le défendeur ne la conteste pas<sup>1085</sup>. Le règlement n°44/2001 ne dit pas autre chose, tout en prévoyant trois exceptions : lorsque le juge est saisi en violation d'une règle impérative<sup>1086</sup>, lorsque

<sup>1079</sup> CJCE, 6 oct. 1976, *Tessili*, Aff. 12/76, RCDIP 1977, p. 761, note P. Gothot et D. Holleaux ; JDI 1977, p. 702, obs. J.-M. Bischoff et A. Huet et p. 714, note A. Huet ; D. 1977, p. 287, chron. G. Droz.

<sup>1080</sup> CJCE 6 oct. 1976, *De Bloos*, Aff. 14/76, RCDIP 1977, p. 761, note P. Gothot et D. Holleaux ; JDI 1977, p. 702, obs. J.-M. Bischoff et A. Huet et p. 714, note A. Huet ; D. 1977, p. 287 chron. et p. 618, note G. Droz.

<sup>1081</sup> *Ibid.*

<sup>1082</sup> Article 1-2 de la Convention : « Pour l'application de la présente Convention, il faut entendre par "véhicules" les automobiles, les véhicules articulés, les remorques et les semi-remorques, tels qu'ils sont définis par l'article 4 de la Convention sur la circulation routière en date du 19 septembre 1949 ».

<sup>1083</sup> On ne fait rien de moins en qualifiant en effet *lege fori*.

<sup>1084</sup> On peut bien sûr discuter de la qualification de règles de certaines de ces jurisprudences. En particulier, la détermination des notions substantielles employées par les systèmes de compétence ne forme pas au sens strict des règles de droit, elles n'en sont que des interprétations. En revanche, il serait difficile de ne pas voir dans la jurisprudence *Tessili* une règle autonome, même si elle sert à la mise en œuvre de l'article 5.1 du système Bruxelles I. V. *infra* n° 565s.

<sup>1085</sup> Art. 72 : « 2. Un tribunal compétent devant lequel un défendeur comparait sans contester sa compétence, conformément aux règles de ce tribunal, a compétence ».

<sup>1086</sup> Art. 25, le juge a alors l'obligation de prononcer, d'office s'il le faut, son incompetence.

le défendeur domicilié en Europe ne comparait pas<sup>1087</sup> ou, enfin, face au silence du défendeur<sup>1088</sup>. Si nul ne songe à dissocier les deux premières règles des chefs de compétence du règlement auxquels ils font expressément référence, la question est plus délicate pour ce dernier principe<sup>1089</sup>.

458. **Exemple de l'article 24 du Règlement Bruxelles I.** La Cour de justice, dans l'arrêt *Group Josi Insurance*, a en effet incidemment énoncé que l'article 18 de la Convention, ancêtre de l'article 24, ne faisait pas référence au domicile du défendeur<sup>1090</sup>. Certains auteurs en ont déduit que cet article disposait d'un champ d'application indépendant, simplement limité par le domaine matériel du règlement lui-même<sup>1091</sup>. Ce n'était toutefois pas la volonté des rédacteurs du règlement<sup>1092</sup>. Une telle lecture serait contraire au principe d'autonomie procédurale des États-membres sans aucune justification, sinon celle d'une lecture assez littérale. La conséquence serait loin d'être neutre : l'article 24 ne pose ni plus ni moins qu'une interdiction pour le juge de soulever d'office son incompétence en dehors de certains cas bien déterminés. Son applicabilité hors de l'hypothèse du domicile du défendeur dans l'Union reviendrait à une quasi-abrogation de la faculté énoncée au contraire à l'article 92 C.P.C.<sup>1093</sup>. En outre, si l'on veut bien considérer la

<sup>1087</sup> Art. 26, al. 1<sup>er</sup>, selon lequel le juge doit se déclarer d'office incompétent si aucun chef de compétence du Règlement ne se réalise dans son ressort alors que le défendeur est domicilié dans un autre Etat de l'Union européenne. Les alinéas suivants portent par ailleurs une règle de sursis à statuer si le juge est en revanche compétent, mais la règle n'a alors aucun effet sur la compétence.

<sup>1088</sup> Art. 24 du règlement.

<sup>1089</sup> Une première opposition doctrinale a trait à la qualification de cette règle d'ailleurs. La plupart des auteurs, se fiant à la qualification même du règlement, parlent de prorogation tacite (H. GAUDEMET-TALLON, n° 163 ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 353 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 180 ; B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 631), mais l'esprit même du texte semble interdire une telle interprétation, dans la mesure où celle-ci permettrait au défendeur, par une voie de recours, de contester son consentement et donc de revenir sur la compétence du juge. Il semble plus juste de le qualifier simplement de règle procédurale (v. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 778). Cette qualification de la règle nous semble devoir écarter la possibilité, soulevée par DROZ (*Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Dalloz 1972, n° 230) de lire l'article 24 (ancien 18) à la lumière de l'article 23 (ancien article 17) auquel il serait intimement lié.

Toutefois, le pluralisme auquel on s'attache entraînant un certain relativisme culturel, on doit bien concéder qu'une telle solution ne s'impose pas de manière absolue. L'office du juge ne se conçoit qu'en rapport avec les devoirs des parties à l'instance, et imposer une solution à l'un revient à laisser une liberté aux autres (L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, n° 99 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, 2<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2012, n° 245). Du point de vue du droit comparé, on pourrait donc admettre la qualification contraire et comprendre que la Cour de justice confirme celle donnée dans le texte lui-même. Dans cette hypothèse, la solution au problème serait alors celle proposée par DROZ, c'est-à-dire de n'accepter la « prorogation tacite » que lorsque le demandeur ou le défendeur sont domiciliés dans l'Union européenne. On attendra une telle décision de la Cour de Justice pour le vérifier cependant (Avec le même espoir, v. B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, Rapport « Heidelberg », n° 347). V. aussi, au sujet de la Convention de Lugano qui porte la même règle, A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, t. I/1, Helbing & Lichtenhahn 1998, n° 69, qui appuie la proposition de G. DROZ. Dans tous les cas, il s'agit d'une règle de compétence au sens large que l'on a proposé de règles participant de la résolution du problème de concurrence juridictionnelle.

<sup>1090</sup> CJCE 13 juil. 2000, *Group Josi*, Aff. C412/98, RGDAs. 2000, p. 931, note V. Heuzé ; JDI 2002, p. 623, note P. Leclerc.

<sup>1091</sup> P. VLAS in U. MAGNUS and P. MANKOWSKI, art. 4, n° 1 ; A. BRIGGS and P. REES, *Civil jurisdiction and judgments*, 5<sup>th</sup> ed., Informa 2009, n° 2.83 ; G. CUNIBERTI, note sous Paris 6 mars 2008, JDI 2009, p. 171, spéc. p. 180.

<sup>1092</sup> P. JENARD, *Rapport*, p. 38, qui qualifie à deux reprises le défendeur de « défendeur qui a son domicile dans la Communauté ». Les mots du rapporteur ont sans doute ici un poids certain.

<sup>1093</sup> Quasi-abrogation parce que l'article 24 serait encore limité par le champ d'application *ratione materiae* du texte du Règlement Bruxelles I. Il ne faut toutefois pas se leurrer : en pratique, ce champ

compétence comme l'ensemble des règles, de rattachement comme de procédure, qui résolvent le problème de la concurrence<sup>1094</sup>, l'article 4 du règlement ne dit d'ailleurs pas autre chose lorsqu'il indique qu'en dehors du jeu des règles d'effet attributif (articles 2, 22 et 23), « *la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État membre* » ; et donc, aussi, la « prorogation tacite » de l'article 24. Il n'y a donc aucun fondement textuel ou systémique à appliquer cet article au-delà de l'hypothèse du défendeur domicilié dans l'Union : l'article 24 du système Bruxelles I n'affecte que les chefs de compétence tirés de ce texte<sup>1095</sup>. Il s'inscrit donc clairement dans le système Bruxelles I.

459. **Réglementation des conventions de juridiction.** Enfin, de nombreux textes, outre les chefs de compétence objectifs qu'ils posent, encadrent les conventions de juridiction<sup>1096</sup>. Là encore, ces règles de procédure ou de validité des conventions de juridictions doivent être étudiées de pair avec le reste des dispositions d'un même texte, en d'autres termes au sein du système pertinent.

## 2. *L'unité d'application : règles de champ d'application et règles d'attribution*

460. **Unité dans le champ d'application.** Le champ d'application d'un texte n'est rien d'autre, concrètement, qu'une condition d'application commune aux règles posées par ce texte. Bien sûr, comme la règle dispose souvent de conditions spécifiques supplémentaires, on pourra intellectuellement distinguer entre les deux. Cependant, l'effet de cette dernière est bien conditionné à la double vérification de ses conditions propres et de celle du texte dont elle émane. Ainsi, même si l'article 42 du Code de procédure civile, en tant que règle de droit commun du système de droit commun, ne dispose en lui-même d'aucune condition d'application<sup>1097</sup>, la règle devait pour s'appliquer attendre que le nouveau Code de procédure civile entre en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 1976. C'est ainsi que les systèmes de compétence, prenant corps dans des textes précis, soumis à des conditions d'application temporelles, mais aussi et surtout matérielles et parfois géographiques, enserrent les règles de compétence dans une communauté d'applicabilité.

461. **Unité dans la condition d'application d'internationalité.** Spécifique à notre domaine de recherche, la condition d'internationalité en est un bel exemple. Alors que tant le droit commun interne que le système Bruxelles I ne disposent, malgré les affirmations contraires de la Cour de justice, d'une véritable condition

---

est extrêmement vaste et dépasse même parfois ce qui relève du judiciaire en France (v. *infra*, n° 518s.)

<sup>1094</sup> Sur la conception fonctionnelle de la compétence, v. *supra*, n° 333s.

<sup>1095</sup> En ce sens, v. B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 631, et pour la Convention de Lugano les auteurs cités par BUCHER, *ibid.* *Contra*, H. GAUDEMET-TALLON, n° 164, et les auteurs cités.

<sup>1096</sup> V. *infra*, n° 746s.

<sup>1097</sup> S'il est vrai que cet article ne peut cependant jouer en présence d'une compétence exclusive, c'est moins du fait d'une condition d'application propre que d'un caractère attribuée à ces dernières règles. Arguer du contraire reviendrait à voir en toute règle de compétence l'intégralité des conditions d'application des autres règles, ce qui serait bien trop compréhensif pour être utile.

d'internationalité<sup>1098</sup>, des textes spéciaux comme les conventions transports, la Convention CIRDI et les traités bilatéraux d'investissement, les systèmes européens de propriété industrielle développent des définitions de l'internationalité reposant sur des exranétés particulières<sup>1099</sup>. Ainsi, la ou les règles de compétence prévues dans chacun de ces systèmes sont intégrées à un ensemble de règles disposant d'un champ d'application commun dont la condition d'internationalité spéciale ainsi posée.

462. **Des règles supplémentaires de champ d'application.** Si le champ d'application d'un texte produit toujours une certaine unité pour les normes qu'il porte, quelles qu'elles soient, les systèmes de compétence possèdent en outre des règles très particulières qui délimitent souvent leur champ d'application matériel et même parfois géographique : il s'agit de certaines règles de rattachement que l'on pourrait appeler, dans un sens plus strict que celui qu'on lui donne habituellement, règles attributives ou d'attribution. On pourrait en douter, s'agissant de règles qui font elles-mêmes l'objet du texte, mais la fonction de celles-ci rétroagit justement, parfois, sur ce dernier.
463. **Exemple de la compétence administrative interne.** L'exemple de droit interne le plus flagrant de cette dualité d'effet d'une règle attributive est certainement celui de la règle hétérogène, floue et évolutive qui régit la compétence de principe des tribunaux administratifs : l'applicabilité du droit administratif. À distinguer uniquement l'interne de l'international, on oublierait en effet que plusieurs systèmes de compétence régissent la répartition du contentieux en droit interne. On pourrait ainsi penser que les règles de compétence très spécifiques développées pour l'adoption<sup>1100</sup>, la protection des droits de propriété intellectuelle<sup>1101</sup>, les tribunaux des affaires de sécurité sociale<sup>1102</sup> ou encore les tribunaux des pensions militaires<sup>1103</sup> sont des systèmes de compétence en eux-mêmes. Mais ce ne sont en réalité que des sous-ensembles intégrés à un système plus vaste : le système de compétence de droit commun, qui est le système judiciaire. La grande dichotomie en droit interne, en effet, est celle qui distingue le système judiciaire du système administratif.

Le premier correspond au système interne « par défaut », celui qui s'applique lorsque, une fois acquis que l'on devait avoir recours au pouvoir juridictionnel d'un organe étatique, on souhaite déterminer quel juge saisir<sup>1104</sup>. Le second, en revanche, s'appuie principalement sur le caractère administratif de la relation juridique en

---

<sup>1098</sup> Sinon peut-être en contrepoint d'une pure domesticité, c'est-à-dire lorsque tous les éléments ramènent à un Etat, v. *supra*. n° 284s.

<sup>1099</sup> V. *supra*, n° 266s.

<sup>1100</sup> Dc. 2009-1221 du 12 octobre 2009, listant le siège et le ressort de trente-sept tribunaux spécialisés.

<sup>1101</sup> Dc. 2009-1205 du 11 octobre 2009, listant de même neuf tribunaux spécialisés.

<sup>1102</sup> L. 142-1s. et R.142-8s. du Code de la sécurité sociale, qui présente la particularité notable de faire le choix de principe de la compétence territoriale du tribunal du domicile du demandeur.

<sup>1103</sup> Art. L. 79 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre.

<sup>1104</sup> Ce qui explique, par ailleurs, qu'il faille le distinguer du système arbitral ainsi que, sur un autre plan, des pouvoirs des autorités administratives indépendantes.

cause<sup>1105</sup>. L'adage selon lequel « la compétence suit le fond » exprime ainsi parfaitement cette réalité. Il faut noter cet élément : pour savoir si l'affaire relève de la « compétence » des juges judiciaires ou de la « compétence » des juges administratifs, on doit en principe se référer au domaine du droit administratif. Ce n'est qu'une fois avéré que le droit administratif français régit la relation en cause que l'on pourra déterminer laquelle, parmi les juridictions administratives, est compétente<sup>1106</sup>. Si l'on veut bien voir dans l'ensemble des règles de compétence qui gouvernent les relations entre juridictions administratives un système de compétence, alors ce que l'on appelle classiquement la compétence d'attribution des juridictions administratives se place en *condition d'application du système* de compétence administratif.

**464. Exemple de Bruxelles I.** L'exemple le plus notoire de cette propriété parmi les textes supranationaux, ensuite, est certainement celui de l'article 2 du Règlement Bruxelles I pour le système de compétence que ce dernier porte. Nombre de règles de compétence alternatives à l'article 2 du Règlement ne peuvent jouer *que* si ce dernier attribue compétence aux juridictions d'un État membre de l'Union européenne. Le chef de compétence des juridictions de l'État du domicile du défendeur fonctionne ainsi comme l'un des filtres à l'entrée du système de compétence du Règlement. Il permet de déterminer quand ces dernières pourront jouer et quand elles ne le pourront pas.

**465. Les règles de compétence d'attribution.** Les règles de compétence ainsi déterminées, que ce soit la compétence matérielle des juridictions administratives comme la compétence territoriale issue de l'article 2 du Règlement Bruxelles I, devraient être qualifiées de règles de compétence d'attribution en ce sens qu'elles ont, pour le système de règles de compétence auxquelles elles sont associées, un effet attributif. C'est un terme déjà connu en droit interne, et qui s'oppose traditionnellement à la compétence territoriale. On en a fait ainsi un synonyme du terme de compétence matérielle que l'on a choisi parce qu'il serait plus compréhensif : il incluerait le problème de la compétence du tribunal d'instance et de grande instance à raison de la valeur en cause dans le litige<sup>1107</sup>. En réalité, le terme de compétence matérielle serait plus clair s'il était limité à la détermination d'un type de règle en fonction de leur *rattachement*, par la matière, comme la compétence localisatrice ou territoriale opère un rattachement par le lieu<sup>1108</sup>. L'expression de compétence d'attribution révèle quant à elle un *effet* de certaines règles de compétence, celui de permettre de déterminer ce qui relève ou ne relève pas de la compétence de certaines juridictions précisément déterminées.

---

<sup>1105</sup> V. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2001, n° 1037s. ; J. WALINE, *Droit administratif*, 24<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2012, n° 547s. Constatant que le juge administratif appliquait de plus en plus régulièrement des réglementations spécifiques relevant du droit privé (concurrence, droit pénal, droit de la consommation), certains auteurs ont proposé de modifier le principe selon lequel « la compétence suit le fond » au profit d'un autre selon lequel « la compétence suit la notion », v. en particulier J.-Fr. LACHAUME, « La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, F. Melleray, (dir.), LGDJ, 2004, p. 71.

<sup>1106</sup> M. LAAZOUZI, note sous CAA Douai, 29 mai 2012, *King Consult*, RFDA 2013, p. 46.

<sup>1107</sup> V. les critiques de L. CADIET et E. JEULAND, n° 109.

<sup>1108</sup> V. *supra*, n° 361s.



On peut voir ces règles, en quelque sorte, comme des « méta »-règles de compétence, au sens où elles déterminent la « compétence » des autres règles de compétence. C'est ainsi qu'un auteur a pu parler de « *compétence de l'espace judiciaire européen* » ; dans la mesure où l'on veut bien comprendre cet espace comme un ensemble de normes, et non d'organes, l'expression est assez juste<sup>1109</sup>. Or, si cet effet est nécessairement attaché aux règles de compétence matérielle en droit interne, l'effet d'attribution peut aussi, en matière internationale, se retrouver dans des règles de compétence de type localisateur. C'est précisément celui de l'article 2 du système Bruxelles I dès lors que son rattachement, le domicile du défendeur, détermine aussi les affaires entrant dans le champ d'application de ce système.

**466. Distinction marginale entre système de compétence et règle d'attribution.**

La proximité entre règles de champ d'application et règles de compétence d'attribution est donc la conséquence d'une similitude de fonctions. Le champ d'application conditionne, par la détermination d'un domaine, l'applicabilité même du système. Les règles de compétence disposant d'un effet attributif conditionne, par la détermination d'un rattachement, la mise en jeu des autres règles de compétence du système. Il pourra dans certains cas être nécessaire de rappeler la distinction de l'un et l'autre, ne serait-ce que pour éviter des confusions. Ainsi, alors que l'on évoque souvent cette faculté particulière de l'article 2 de servir de champ d'application territorial au Règlement Bruxelles I, on confond ici le *règlement* et le *système* de compétence qu'il porte : contrairement à la majeure partie des règles du système de *compétence*, ni les règles concernant les *conflits de procédure*, ni celles relatives à la *réception des jugements*, portées par le même texte, ne nécessitent la caractérisation du rattachement de l'article 2, à savoir la présence du domicile du défendeur sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne<sup>1110</sup>.

En pratique, cependant, on voit bien qu'énoncer que le système s'applique mais qu'il ne rend aucun juge compétent sera le plus souvent d'une maigre utilité. On peut donc bien poser cette affirmation : alors que toute règle de rattachement a la possibilité de le faire, seules les règles d'attribution auront toujours pour double fonction à la fois de déterminer la compétence d'une ou de plusieurs juridictions et de déterminer, avec les autres règles du champ d'application, l'applicabilité du

---

<sup>1109</sup> P. de VAREILLES-SOMMIERES, « La compétence de l'espace judiciaire européen », in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 397. V. aussi, du même auteur, « The mandatory nature of Article 2 of the Brussels convention and derogation from the rule it lays out », *Forum shopping in the European judicial area*, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Oxford Uni. Press 2007, p. 101. L'auteur soutient l'argument, défendable dans son effet, selon lequel l'article 2 du Règlement Bruxelles I possède la double fonction de donner compétence à un ensemble de juridiction mais aussi à un Etat face à des Etats tiers. On ne saurait cependant suivre l'auteur sur la pente du « conflit de juridictions » publiciste qu'il défend.

On pourrait aussi parler à leur égard de véritable « juridiction », au sens ancien et public de « compétence », proche de l'idée anglaise de la *jurisdiction*, c'est-à-dire en quelque sorte du pouvoir normatif et juridictionnel. Tout cela explique d'ailleurs encore les liens (mais pas l'assimilation) qu'entretient la compétence avec le pouvoir de juger.

<sup>1110</sup> On verra encore cette distinction lorsqu'il s'agit de s'interroger sur un autre élément du champ d'application matériel des systèmes : celui des problèmes qu'il résout et de ceux qu'il ne résout pas. Le problème est aigü pour les règles de procédure et les conventions de juridictions qui ne sont pas toujours réglementées par le système de compétence. On abordera la question au moment de voir l'articulation entre les systèmes de compétence, v. *infra*, n° 738s.

système. Elles ont, par voie de conséquence, un rôle particulier dans l'organisation des systèmes.

### ***B) Les caractères de l'organisation systémique***

467. **Organisation des règles de compétence elles-mêmes.** Quant à l'organisation du système, il y a lieu d'être bref. Il faut d'abord observer que les règles de rattachement en formeront le plus souvent le cœur. Les règles de rattachement forment encore les règles les plus adéquates pour l'organisation de la concurrence juridictionnelle. Seuls des systèmes moins formalisés, au moins du point de vue de l'Etat, comprendront uniquement des règles de procédure et des règles portant sur les conventions de juridictions, comme le système arbitral de droit commun. La réglementation indirecte de la compétence, c'est-à-dire les règles de procédure et les conventions de juridictions, viendront ensuite souvent compléter le système, ne serait-ce par exemple que pour poser le principe de la licéité de ces dernières conventions. Mais on ne saurait limiter les systèmes à ces trois types de règles. Dans un sens plus large, on peut encore qualifier de règles systémiques toutes celles qui vont participer à la mise en œuvre du système et qui lui sont parfois propres : règles d'applicabilité (par exemple la condition d'internationalité), règles d'articulation entre règles, règles d'interprétation, règles de conflit de lois qui, lorsqu'elles apparaissent dans un système, sont produites dans la perspective de l'application de certaines règles et participent de ce système<sup>1111</sup>. C'est cette organisation qui fonde d'ailleurs le passage d'un ensemble à un système de règles. L'unité qu'il forme est organisée, au sens où ses règles, essentiellement des règles de rattachement, sont articulées les unes avec les autres de manière à former un ensemble cohérent et complet.

468. **Complétude : l'absence de « lacune » dans les systèmes de compétence.** Grâce à l'effet attributif de certaines règles de compétence, un système applicable désigne toujours au moins une juridiction compétente. On retrouve ici le thème classique de la complétude des systèmes, si l'on veut bien comprendre ce terme comme désignant la propriété d'un ensemble de règles à répondre à toute question qui lui est posée. Sans doute, on ne saurait trouver dans un système de source interne de réponse à la question de la compétence d'un juge étranger. Si l'on veut bien adopter la perspective fonctionnelle que l'on propose ici, la question perd son sens : la complétude ne sera pas tant une propriété abstraite et générale, mais celle, concrète et spéciale, qui permet à la réglementation de répondre au problème de concurrence dans le champ qui lui a été déterminé et pour les juridictions du réseau qui en sont destinataires

Il s'agit alors de vérifier que les règles sont toujours efficaces et que, concrètement, lorsqu'un litige entre dans le champ d'un système juridictionnel, il trouve une

---

<sup>1111</sup> Ainsi l'article 25 du Règlement Bruxelles I qui permet d'ignorer la règle qui le précède (sur la « prorogation tacite » de juridiction) dès lors que la compétence violée est une compétence impérative.

juridiction compétente. Ce problème théorique évoque la question pratique de la détermination d'une juridiction spécialement compétente lorsque l'on ne dispose que d'une règle de compétence générale, c'est-à-dire d'une règle de compétence désignant l'ensemble des juridictions d'un État. On développera plus tard ce problème de la règle de compétence spéciale *ad hoc* alors nécessaire<sup>1112</sup>. De même, la question de la complétude évoque celle de l'interprétation efficace des règles de compétence. Lorsqu'elles sont de source supranationale, il peut en effet être nécessaire de développer des notions autonomes pour des raisons d'efficacité. On devra aussi voir cette question plus tard là encore. Par ailleurs, ces notions autonomes peuvent être source d'incohérence, un autre problème dans l'organisation interne des systèmes de compétence.

**469. Cohérence : sécurité et prévisibilité.** La raison d'être même du système de compétence, en tant qu'ensemble normatif, est en effet d'apporter une réponse globale à une certaine problématique. Tout problème de cohérence entre les règles met en cause cette réponse globale, en laissant des cas sans réponse claire ou univoque. C'est, en tout cas, la caractéristique du droit romano-germanique de faire du droit un système global d'anticipation, sûr et prévisible. Il faut donc s'assurer que les règles de compétence n'empiètent pas les unes sur les autres de manière à ce que l'éventuelle pluralité de juridictions compétentes soit le fait d'une alternative voulue. Sans doute, cette cohérence n'est pas toujours inscrite dans les règles elles-mêmes<sup>1113</sup>. Elle ne se trouve qu'à l'usage, et certainement dans l'interprétation à laquelle procède la jurisprudence. Toutefois, l'unité de source que présente le plus souvent les systèmes n'est pas sans participer de cette cohérence, dès lors que l'interprète pourra s'appuyer sur une présomption de cohérence, en recherchant la volonté du législateur ou même en s'appuyant sur d'autres éléments, extérieurs au système de compétence mais apparent dans le texte, comme par exemple les règles de conflit de procédures et de décisions dans le Règlement Bruxelles I. À l'instar de l'ordre juridique, le système de compétence requiert ainsi pour fonctionner ce que l'on a précisément appelé en ce sens un « *caractère systématique* »<sup>1114</sup>, c'est-à-dire la cohérence fonctionnelle de ses différents éléments.

**470. Cohésion et adaptation.** Dans la typologie des caractères des systèmes proposée par M. MORIN, complétude et cohérence sont les deux premiers caractères et tiennent au fonctionnement interne du système, entre les éléments du système ou dans le fonctionnement de ces éléments. À ce fonctionnement interne s'oppose le fonctionnement externe du système, c'est-à-dire sa réaction aux influences

<sup>1112</sup> V. *infra* n° 550s.

<sup>1113</sup> V. en ce sens J.-L. GARDIES, « En quel sens un droit, un système de dispositions juridiques, peut-il être dit complet ? », *APD* 1979, t. 24, p. 285. L'auteur, traitant de la cohérence comme un élément de la complétude, montre que celle-ci n'est pas intrinsèque aux règles formulées par le législateur, mais se trouve au contraire, comme la chauve-souris de La Fontaine, dans l'œil de l'interprète. La subjectivité du point de vue n'est pas problématique, tant qu'il est fonctionnel.

<sup>1114</sup> Le terme a été employé par Paul LAGARDE pour expliquer la solution de l'arrêt *Hocke*, qui a semblé entériner l'idée d'un possible conflit de lois entre des interprétations nationales divergentes d'un droit matériel uniforme (P. LAGARDE, « les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? », *RCDIP* 1964, p. 235. V. déjà, H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, rééd. Dalloz 2002, n°10s.). On en discutera le sens en matière de droit de la compétence uniforme *infra*, n° 565s.

extérieures. Si ces éléments peuvent être d'un abord assez abstrait, ils n'en sont pas moins importants : la cohésion et surtout l'adaptation de ces réglementations de compétence correspond en effet à la possibilité ou l'impossibilité pour ces règles de prendre en compte ce qui, dans l'ordre de la réglementation de la compétence, leur est étranger : les droits tiers de compétence. La question se posera ainsi, en son temps, de la réaction des systèmes de compétence que connaît le droit français à la concurrence et surtout à la revendication de compétence par des juges tiers<sup>1115</sup>.

## **Paragraphe 2) PROPRIETES DU SYSTEME DE COMPETENCE**

471. **Richesse de l'analyse systémiste.** L'appréhension du droit commun de la compétence internationale comme d'un système indépendant de règles « créées », par la jurisprudence *à partir* des règles de compétence ordinaires du droit commun n'est pas simplement le reflet des préjugés publicistes que l'on a dénoncés en première partie. On peut aussi y voir une incompréhension : comment des règles de compétence bilatérales, distributives au sein de l'ordre interne, pourraient être celles qui rattachent, unilatéralement, à l'ordre juridictionnel français ? La règle de compétence bilatérale de l'article 42 C.P.C. a été écrite pour permettre de pouvoir, toujours, déterminer le juge compétent en droit interne. La règle unilatérale de l'article L. 721-3 C.com., elle, permet de rattacher le litige à l'ordre des juridictions commerciales, mais ne détermine pas le juge. La forme semble s'associer à la fonction : la règle bilatérale distribue, la règle unilatérale attribue comme le feraient, d'ailleurs, des règles de conflit de lois du même type. La structure de la règle semble épuiser le propos. Pourtant, l'analyse systémiste, qui prend en compte le système dans lequel elle s'insère, permet d'ouvrir de nouvelles perspectives. Si le système se ferme sur lui-même, c'est-à-dire que la règle de rattachement étudiée ne peut jouer qu'une fois assurée que le système lui-même répondait à la question de compétence, elle sera distributive, qu'elle soit unilatérale ou bilatérale. La distribution, qui est pourtant la solution de principe au problème de la concurrence juridictionnelle, est nécessairement intrasystémique, au sens où elle ne peut s'opérer qu'au sein d'un système (I). Si le système est ouvert – au moins en ce qui la concerne – la règle ne sera pas ou pas seulement distributive. Qu'elle soit bilatérale ou unilatérale, la règle de rattachement pourra alors, en outre, procéder à l'exclusion du système ou l'attribution de l'affaire au système, elle aura un effet extrasystémique (II).

### **I) La distribution des affaires, effet intrasystémique.**

472. Si la compétence est organisation, le système en est l'organisateur. C'est en effet une des propriétés du système que de permettre, en se fermant, une véritable

---

<sup>1115</sup> Sur des possibilités de prise en compte et de renvoi, v. *infra*, n° 758s.

distribution. Cet effet distributif interne au système est avéré de manière surprenante par le jeu des règles qui devraient s'y prêter le moins : les règles unilatérales, qui ne désignent pourtant qu'un seul juge ou groupe de juge. Elles sont en effet toujours, dans un système, l'accessoire ou le complément d'une autre règle qui permet une alternative, et donc, une distribution (A). Le test même des règles portant sur l'office du juge confirme cette présentation tant en droit interne qu'en droit international (B).

### **A) L'effet distributif systémique : l'exemple des règles unilatérales**

473. **Rappel.** Les règles unilatérales, une fois applicables, ne tolèrent que deux conclusions : soit le juge est compétent, soit il ne l'est pas. Elles manquent du critère répartiteur pour permettre de désigner un autre juge. C'est ainsi le cas de l'article 14 du Code civil, comme, en droit interne, de l'article L. 721-3 C.com<sup>1116</sup>. Malgré leur forme, toutefois, on a défendu précédemment l'idée selon laquelle des règles unilatérales pouvaient participer d'une organisation de la concurrence juridictionnelle internationale. Il suffit d'envisager que les chefs de compétence retenus par certains États peuvent être définis en prenant en compte la concurrence qu'ils entretiennent avec ceux d'États ou d'organisation d'États tiers<sup>1117</sup>. Mais cette organisation tâtonnante dans « l'écosystème » de la concurrence internationale des juridictions peut devenir une organisation concrète dans un système plus organisé.
474. **Le système comme fermeture des possibles.** Le système de compétence est en effet un ensemble très réduit et beaucoup plus normatif que celui auquel correspondrait, de manière diffuse, la concurrence internationale des juridictions et des législations de compétence. Généralement réduit à un texte, il porte rarement plus d'une demi-douzaine de règles de compétence. Dans ce contexte, il est alors possible pour une règle unilatérale de participer plus directement à une répartition. Il suffit pour cela qu'elle soit en relation avec une seconde règle qui, à défaut pour la première d'attribuer compétence à un juge, en déterminera un autre. Dès lors, et à supposer que la règle unilatérale ne réponde à la question de la concurrence qu'entre deux groupes de juridictions, l'incompétence du premier groupe (réponse de la première règle attributive) emportera compétence du second (réponse de la seconde règle attributive), et réciproquement. Par ce biais, une règle de compétence, formellement unilatérale, peut donc avoir un effet distributif.
475. **Exemple du Règlement « Marque communautaire ».** On peut trouver un exemple de cette forme de répartition, au demeurant assez rare, dans le règlement « Marque communautaire » du 26 février 2009. Ce dernier organise la répartition

---

<sup>1116</sup> « Les tribunaux de commerce connaissent : 1<sup>o</sup> Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux ; 2<sup>o</sup> De celles relatives aux sociétés commerciales ; 3<sup>o</sup> De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes ».

<sup>1117</sup> V. *supra* n° 351.

des litiges portant sur la marque communautaire entre trois ensembles de juridiction<sup>1118</sup>. Le premier ensemble, composé du seul Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur, est compétent pour les contestations principales portant sur la validité de l'inscription de la marque communautaire ; voici la première règle unilatérale. Le second, composé des « tribunaux des marques communautaires », est compétent pour les actions en contrefaçon ou les actions reconventionnelles en validité suivant une deuxième règle unilatérale. Le dernier, enfin, est compétent suivant une dernière règle unilatérale pour toutes les autres actions dans lesquelles est invoquée une marque communautaire<sup>1119</sup>. Ainsi, le dernier groupe sert d'ensemble subsidiaire (ou de principe) de juridictions. Ce n'est qu'à défaut de compétence de l'OHMI ou des juridictions des marques communautaires que les autres tribunaux auront compétence.

**476. Limite du procédé complémentaire de l'alternative.** Le procédé de l'alternative ne peut cependant fonctionner que dans un ensemble fermé. Un contexte trop large le prive de toute utilité car l'alternative est par nature binaire : soit la juridiction A (ou un ensemble A de juridictions) est compétente, et alors la juridiction B ne l'est pas ; soit la juridiction A (ou cet ensemble) n'est pas compétente, et alors B l'est. Eventuellement, comme on l'a vu dans le cadre du règlement n° 207/2009, l'alternative peut être plus complexe et ajouter une juridiction C. Dans cette hypothèse, la juridiction alternative C n'est compétente que si A et B ne le sont pas. Les possibilités, cependant, restent limitées. La raison en est aussi simple : il s'agit d'un seul et même texte, organisant un système de compétence dans lequel seuls trois groupes de juridictions peuvent être en concurrence.

Au contraire, lorsque le système est ouvert, l'alternative ne fonctionne plus. Prenons l'exemple des ordres judiciaires et administratifs. *A priori*, la compétence de chacun n'est qu'une simple alternative. L'ordre des juridictions administratives, qui s'est construit plus tardivement que l'ordre judiciaire, est un ordre « spécialisé » : il est compétent dans les hypothèses où le droit administratif s'applique à titre principal<sup>1120</sup> et ce, tant pour la question de la compétence internationale que de la compétence interne<sup>1121</sup>. Toutefois, la seule réponse négative à la question « les juridictions administratives sont-elles compétentes ? » ne permet pas de déterminer avec certitude si les juridictions judiciaires le sont. En effet, il faut encore déterminer *si* l'une des juridictions judiciaires françaises peut l'être, puisque les règles de compétence internationale peuvent renvoyer à un juge étranger ou refuser la compétence des juridictions françaises<sup>1122</sup>. Cette compétence

---

<sup>1118</sup> Règlement du Conseil n° 207/2009 du 26 février 2009, v. *supra* n° 40s.

<sup>1119</sup> Lecture combinée des articles 53s. et 94s. du règlement.

<sup>1120</sup> Les juridictions administratives sont compétentes sur le fondement de diverses règles de compétence unilatérales correspondant pour la plupart à l'applicabilité du droit administratif et les juridictions civiles sont compétentes, en principe, pour le résidu, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2001, n° 1037s. ; J. WALINE, *Droit administratif*, 24<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2012, n° 547s.

<sup>1121</sup> R. ODENT, *Contentieux administratif*, t. I, Dalloz, rééd. 2007, p. 157. Adde.M. LAAZOUZI, *Les contrats administratifs à caractère international*, Economica 2008, p. 323s.

<sup>1122</sup> En réalité, le caractère compréhensif du système Bruxelles I oblige à poser d'abord la question de l'applicabilité de ce système avant même d'envisager la distinction administratif/judiciaire, v. *infra* n°

judiciaire n'est donc pas une véritable béquille pour la règle – unilatérale – de compétence des juridictions administratives. C'est que l'ordre judiciaire et l'ordre administratif fonctionnent, tout simplement, comme des systèmes de compétence distincts.

### **B) L'effet du caractère distributif sur l'office du juge**

477. **Office du juge.** On pourrait croire, du fait de l'intégration très approfondie de l'ensemble des juridictions étatiques françaises, que celles-ci forment un système. Or, non seulement cette intégration poussée ne suffit pas à les inclure dans un même système, mais le droit positif lui-même expose cette dualité des systèmes de compétence administratif et judiciaire dans l'office du juge. Selon qu'il applique une règle d'effet distributif (à l'intérieur d'un système) ou une règle d'attribution (à l'extérieur), le juge n'aura en effet pas les mêmes possibilités.
478. **Le test de l'incompétence.** Face à une règle d'effet distributif, le juge pourra vérifier non seulement s'il est ou non compétent, mais de surcroît, s'il ne l'est pas, déterminer la juridiction compétente. La conséquence est logique : le juge incompetent peut tout simplement, en appliquant la règle, déterminer celui qui est compétent puisque ce dernier, tout autant que le juge compétent, est destinataire de cette règle. Dès lors, en déterminant la juridiction compétente, le juge incompetent se contente d'appliquer cette règle. Au contraire, lorsque le juge est incompetent parce qu'aucune disposition du système de compétence qui lui est applicable ne lui permet de renvoyer à un juge compétent, ce dernier ne peut que concéder son incompetence.
479. **L'absence de renvoi de compétence entre systèmes.** La preuve peut en être apportée par l'article 96 du Code de procédure civile. Ce dernier énonce que :

*« Lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir.*

*Dans tous les autres cas, le juge qui se déclare incompetent désigne la juridiction qu'il estime compétente. Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi ».*

Deux constats s'en déduisent. Tout d'abord, contrairement à ce que l'on a pu caractériser comme une spécificité de la compétence internationale<sup>1123</sup>, le juge judiciaire est tout autant dans l'impossibilité d'opérer un renvoi à destination du juge administratif, répressif ou arbitral. On aura l'occasion de discuter du champ

---

520. Ceci étant, l'inefficacité de ce dernier système avérée, la double interrogation internationale/judiciaire réapparaît.

<sup>1123</sup> Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, p. 433 ; E. PATAUT, « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? » in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz 2004, p. 31, spéc. p. 41

exact que devrait recouvrir cette disposition<sup>1124</sup>. Il en ressort, en tout cas, que ces quatre types de juridictions, disposant de règles attributives de compétence issues de sources distinctes, ne sont pas directement coordonnées avec la compétence du juge judiciaire. En d'autres termes, le juge judiciaire dispose dans son ordre juridique de règles de compétence dont il n'est pas le destinataire, il ne les partage pas avec ces autres juridictions. Il ne faut pas s'y tromper : la question n'est pas organique, elle n'est pas d'ordre juridictionnel. S'il est impossible, à l'heure actuelle, de permettre au juge judiciaire de renvoyer au juge administratif, c'est tout simplement parce que les règles attributives de compétence à l'ordre administratif ne sauraient être interprétées par le juge judiciaire de telle manière que cette interprétation s'impose aux juridictions administratives. Si tel était le cas, chaque ordre juridictionnel pourrait avoir sa propre acception de la répartition des compétences, entraînant des confusions qu'à l'évidence le droit français ne saurait accepter. C'est donc au juge administratif qu'il revient de donner le champ exact de ces règles<sup>1125</sup>. Le problème est donc bien de l'exclusion du juge judiciaire du *système de compétence* administratif, non de *l'ordre juridictionnel* administratif.

**480. Le renvoi de compétence à l'intérieur du système.** Réciproquement, ensuite, on peut remarquer que ce qui pourrait passer pour des ordres juridictionnels distincts ne sont, du point de vue de la compétence, que des parties d'un même système de droit commun judiciaire. En effet, les règles de compétence prévoyant l'attribution du litige aux juridictions prud'homales, commerciales ou encore des baux ruraux sont des règles matérielles et donc unilatérales, qui ne visent que ces juridictions. Cependant, compensées dans le système judiciaire par la règle de la compétence de droit commun du tribunal de grande instance, elles permettent une répartition naturelle entre ces différentes juridictions. Elles opèrent ainsi à l'identique d'un autre exemple déjà observé, le Règlement Marque communautaire qui identifie la compétence de l'OHMI, des « juridictions des marques communautaires » et des juridictions de droit commun. Dès lors, même confronté à une hypothèse de droit du travail qui ne le concerne pas, un tribunal de grande instance peut parfaitement appliquer la règle de compétence attributive aux juridictions prud'homales et renvoyer à un tribunal de ce type. En d'autres termes là encore, l'article 96 C.P.C. confirme qu'au sein d'un système de compétence, la répartition s'opère naturellement. Il se contente d'ajouter un élément processuel, le renvoi, à une réalité d'organisation de la compétence, la distribution intrasystémique.

---

<sup>1124</sup> V. *infra*, n° 632s.

<sup>1125</sup> Dans la mesure, toutefois, où le juge judiciaire est nécessairement amené à interpréter le champ de compétence des juridictions administratives pour leur renvoyer, ou non, l'affaire, des conflits d'interprétation peuvent naître. En l'absence d'une juridiction supérieure, les problèmes resteraient alors insolubles. Si donc le juge administratif est le juge naturel de ce champ, l'instauration du Tribunal des conflits était nécessaire. V. P.-H. PRELOT et A. BEAL, « Tribunal des conflits », *J.-Cl. Adm.*, fasc. 1065. L'évolution du droit administratif vers une compétence des juridictions administratives dégagées moins à partir du champ d'application du droit administratif que par rapport aux types d'action engagées favorise en outre un rapprochement des deux ordres juridictionnels sur ce point, v. sur ce rapprochement, J.-Fr. LACHAUME, « La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif », in F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p. 71.



## II) L'attribution des affaires, effet extrasystémique

481. **Attribution extrasystémique, règle unilatérale de compétence.** À rebours de ces observations, les systèmes de compétence doivent procéder à une attribution, quelle que soit la règle dont il s'agit, dès lors que le contentieux n'est pas déjà dans leur domaine. En d'autres termes, soit les juges de ce système sont compétents, soit ils ne le sont pas. L'affirmation est d'évidence en ce qui concerne les règles unilatérales de compétence. Dans l'espace ouvert des concurrences entre systèmes, aucune règle-balai ne saurait être posée puisque, par hypothèse, il n'existe aucune sorte de « méta-système de compétence » universel, sinon en pure abstraction. Les règles unilatérales du type des articles 14 et 15 du Code civil, par exemple, sont donc nécessairement attributives.
482. **Attribution extrasystémique, règle bilatérale de compétence.** L'affirmation est plus surprenante pour la règle de compétence de forme bilatérale, puisque celle-ci joue justement par principe le rôle de la distribution. Elle désigne, parmi les juridictions destinataires, celle qui est compétente au regard de l'affaire. Dans de nombreuses hypothèses, cependant, des règles de forme bilatérale attribuent directement l'affaire au système qui les porte sans que l'on puisse y voir une véritable distribution. Ainsi, l'ensemble du droit de la compétence territoriale interne fonctionne de manière seulement attributive si on l'observe au prisme théorique de l'internationalité. De même, les articles 2, 22 et 23 du système Bruxelles I, malgré leur forme bilatérale, servent d'abord de règles d'attribution par le biais de l'article 4 de ce même système.
483. **Explication structurale du phénomène.** L'explication est double : leur structure d'une part, leur place dans le système de l'autre. Quant à leur structure, on a déjà remarqué que, bilatérale ou unilatérale, les règles offrent toujours une catégorie et un rattachement. Le fait que la juridiction soit désignée à l'avance (règle unilatérale) ou à déterminer (règle bilatérale) ne modifie pas, dans le cas concret, la possibilité de jouer un rôle attributif de l'affaire. Cette explication, cependant, ne suffit pas. On constate aisément que toutes les règles bilatérales n'ont pas ce rôle attributif. Entre autres et pour rester avec le système Bruxelles I, l'article 5 qui énonce des règles de compétence bilatérales dans des matières spécialisées ne perd jamais sa fonction distributive. Dès lors que son hypothèse est vérifiée, il désignera toujours une juridiction européenne. C'est ici qu'intervient la place de la règle dans le système.
484. **Explication systémique du phénomène.** Si toute règle bilatérale *pourrait* avoir un effet attributif au système et au juge, seules celles qu'un système n'enferme pas en son sein le font vraiment. La différence entre l'article 5 et l'article 2 du système Bruxelles I, en effet, est manifeste. L'article 5, règle bilatérale, distribue les litiges au sein du réseau des juridictions européennes partenaires dans le système Bruxelles I. L'article 2, s'il fait la même chose, permet aussi de déterminer quand l'article 5 pourra jouer, puisque ce dernier pose précisément comme condition d'application ce qui n'est rien d'autre que le rattachement de l'article 2 : le domicile européen du

défendeur. À défaut d'un conditionnement similaire, l'article 2 peut jouer un rôle distributif au sein du réseau *et* attributif à ce même réseau.

**485. Attribution par la compétence, attribution par la matière.** Les systèmes délimitent, comme cela était auparavant la fonction de l'État, un espace juridictionnel au sein desquels ils répartissent les affaires. Si leur fonction première est donc de permettre la répartition, c'est-à-dire, finalement, l'objet même de la compétence, ils ont nécessairement des limites, politiques ou matérielles. Les systèmes internationaux, en particulier, sont soit le résultat d'une intégration régionale, soit (ou même parfois de surcroît) le résultat d'une intégration matérielle dans un domaine particulier. Lorsque le système est essentiellement matériel, il suffit pour attribuer une affaire à ce système que l'action portée devant un juge partenaire relève de cette matière. Ainsi, en matière de transport international, de propriété intellectuelle et de nombreux autres systèmes matériels, la seule applicabilité de la responsabilité du transporteur aérien au sens de la Convention de Montréal, ou la contrefaçon d'une marque communautaire suffit à justifier l'applicabilité de cette convention ou du Règlement n°207/2009. Les règles bilatérales de détermination du juge compétent, dès lors, pourront toujours avoir un effet distributif et, concrètement, il n'y aura jamais d'hypothèse où aucun juge d'un État partie à l'un de ses systèmes ne se retrouvera compétent. Si c'est le cas, il s'agira d'une lacune réglementaire qui nécessitera une interprétation curative, pas d'un effet normal de la règle de compétence. Dans d'autres systèmes, typiquement les systèmes régionaux, une ou plusieurs règles d'attribution permettront d'appréhender l'affaire. Elles envisageront réciproquement toutefois la possibilité que le système ne fonctionne pas alors même, par exemple, qu'il serait matériellement applicable.

\* \* \*

**486. Conclusion.** Si toute règle de compétence peut être attributive ou distributive, c'est l'ouverture ou la fermeture du système lui-même qui va donner aux unes et aux autres les fonctions attributives ou distributives, voire les deux. Le système de compétence est donc un ensemble normatif cohérent de règles de compétence et de leurs règles accessoires organisé, d'une part, pour attribuer certaines affaires au réseau de juridictions destinataires et, d'autre part, pour les répartir, au sein de ce réseau, entre les juridictions concernées. C'est en leur sein que l'on retrouve une part de la logique de complétude et de cohérence du droit de la compétence internationale que l'on ne saurait toujours trouver aujourd'hui dans l'État. On va appliquer cette définition à quelques exemples typiques et moins typiques.

## **Section 2 : EXEMPLES DE SYSTEMES DE COMPETENCE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE**

487. **Applications du concept de système.** Pour s'assurer du caractère opératoire du concept de système de compétence, il ne suffit pas de le définir dans l'abstrait. Il faut, au contraire, s'appliquer à décrire certains de ces systèmes pour en déterminer des contours plus positifs. La pause sera d'autant plus utile qu'elle nous permettra d'ailleurs d'évaluer les problèmes que révèle cette lecture du droit de la compétence. Pour cette typologie, il faut s'attacher à la définition du concept de système. Sa première pierre est le texte et donc la source dont ils sont issus. Distinguant les systèmes par leurs sources, il est alors naturel de s'attacher d'abord à décrire les systèmes de source interne (§1), avant d'aborder ceux de source internationale (§2).

### **Paragraphe 1) LES SYSTEMES DE SOURCE INTERNE**

488. Dans une typologie, il convient de commencer par ce qui se rapproche d'un idéal-type. Ce dernier serait, si l'on ne retient pas l'aspect international, le système judiciaire de droit commun (I). Les autres systèmes de compétence internationale de source interne, quant à eux, ne peuvent qu'exprimer la limitation de leur source : l'État (II).

#### **I) Le système judiciaire de droit commun**

Le système de compétence de droit commun est en effet certainement le système paradigmatique de l'organisation de la concurrence juridictionnelle dès lors qu'on l'envisage pour les affaires domestiques (A). Mais c'est justement parce qu'il est (et doit être) le droit commun interne qu'il est à ce point ouvert face aux problèmes de droit international privé (B).

#### ***A) Dans l'organisation de la concurrence interne, un modèle presque parfait***

489. **Système modèle.** Si le système judiciaire de droit commun se rapproche le plus de l'idéal-type du système de compétence, c'est parce qu'à bien étudier les autres, il semble que celui-ci soit un modèle sur lequel ils tendent à s'aligner<sup>1126</sup>. Un système positif développe toujours son lot de difficultés, et il ne faudrait pas voir là un appel à considérer le droit interne de la compétence comme exempt de tout défaut.

---

<sup>1126</sup> L'idéal-type s'obtient, selon M. WEBER (Essai sur la théorie de la science, Plon, 1965, p. 181), « ...en accentuant unilatéralement un ou plusieurs points de vue et en enchaînant une multitude de phénomènes isolés, diffus et discrets, que l'on trouve tantôt en grand nombre, tantôt en petit nombre, par endroits pas du tout, qu'on ordonne selon les précédents points de vue choisis unilatéralement pour former un tableau de pensée homogène ».

Toutefois, du point de vue des problèmes de droit international privé, un système interne de droit commun, uniforme, cohérent, efficace, fera toujours figure de référence par contraste avec la désorganisation de la situation internationale.

490. **L'unité pour la cohérence.** Parce qu'il est interne, en effet, le système judiciaire de droit commun est adapté à l'organisation des juridictions judiciaires. Ressorts, hiérarchies, règles de procédures ont été pensées si ce n'est adaptées en fonction des règles de compétence, et réciproquement ces dernières ont été développées pour articuler les nombreuses juridictions fonctionnant en France. L'image de la table-rase d'EISENMANN<sup>1127</sup> est ici encore particulièrement révélatrice : dans la mesure où, juridiquement du moins, une même volonté est à l'origine tant de l'organisation judiciaire que du système de compétence, l'harmonie de l'un avec l'autre sera plus facile à atteindre. Outre l'unité de source, l'unité juridictionnelle permet aussi d'harmoniser l'ensemble. Le fait que la Cour de cassation soit à la fois l'organe suprême de l'ordre judiciaire et l'interprète ultime des règles de compétence permet facilement d'imposer des solutions uniformes pour l'ensemble des juridictions de cet ordre sur le système de compétence. En définitive, le système judiciaire trouve ainsi une grande cohérence.
491. **L'unité pour l'efficacité.** Par ailleurs, le système judiciaire de droit commun est soutenu par un grand nombre de règles de procédures qui en assure l'efficacité. Pour n'en citer que quelques-unes qui traitent de la compétence *stricto sensu*<sup>1128</sup>, la solution apportée depuis le nouveau Code de procédure civile à la contestation de compétence permet, tout en approchant cette difficulté de manière approfondie, de lui donner une solution rapide et efficace. L'article 96 C.P.C. prévoit en effet, dans l'éventualité où la juridiction saisie se déclare incompétente, d'opérer un renvoi au juge qu'elle estime compétent et ce de manière obligatoire pour ce juge et pour les parties, quel que soit le juge à l'intérieur du système de compétence. Le juge du TGI d'Amiens pourrait par exemple renvoyer au tribunal des prud'hommes de Calais ou au tribunal des baux ruraux de Poitiers et réciproquement. L'article 97 prévoit alors la transmission par le secrétariat de la juridiction dessaisie à celui de la juridiction de renvoi du dossier de l'affaire et une procédure de notification aux parties est organisée de manière à ce qu'elles viennent poursuivre leur affaire devant cette dernière. Ainsi, la contestation sur la compétence est liquidée en une seule fois sans possibilité de nouvelle contestation en dehors, bien sûr, d'un recours éventuel.
492. **L'unité pour la complétude.** Cette unité entre le système et l'organisation judiciaire étatique permet de résoudre un dernier problème. Le système de compétence judiciaire est de droit commun parce qu'il intervient à défaut de *tout* autre, pénal, administratif ou arbitral. Mais parce qu'il est droit commun, il doit donc parfois intervenir sur des problèmes pour lesquels aucune solution n'est parfaitement adaptée. La matière gracieuse, par exemple, où l'absence de défendeur

---

<sup>1127</sup> Ch. EISENMANN, « Sur la compétence des juridictions », *D.* 1948, Chron. p. 49, sur lequel v. *supra* n° 338.

<sup>1128</sup> C'est-à-dire, à titre de rappel, que la détermination préalable de la juridiction à saisir, par opposition aux procédures de résolution de conflits de procédures et de décisions.

soulève la question de l'applicabilité de l'article 42 C.P.C.<sup>1129</sup>, les rapports délicats de la matière contractuelle et délictuelle de même (chaînes de contrat, *culpa in contrahendo*...), les subtilités de la localisation des actions en matière de rapports juridiques nés sur internet ont dû tous, malgré les difficultés, trouver une solution dans l'emploi des règles de compétence de ce système<sup>1130</sup>. C'est ici que le travail de la Cour de cassation est, encore, essentiel. Il permet en effet au système de droit commun de ne manquer d'aucune solution pour lui permettre d'être efficace. Il est ainsi complet. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il dispose d'une solution à toute question<sup>1131</sup>. Pour un système de compétence, on devrait plutôt dire que le caractère de complétude impose une obligation et donc une procédure. Une obligation, parce qu'une fois intégrée au système, une affaire *doit* trouver son juge. Le système de droit commun a, de ce point de vue, une charge nécessairement lourde, les hypothèses indécises pouvant plus facilement lui revenir. Mais ce caractère implique par ailleurs une procédure, c'est-à-dire un moyen de déterminer une solution à toute indécision. Là encore, par le lien entre l'organisation judiciaire et le système de droit commun, les décisions de la Cour de cassation offre en dernier recours une solution évidente.

493. **Excellence dans la distribution.** A ne prendre ainsi le système que sous l'angle interne, il est facile d'en tirer à grand trait tous les avantages. Efficacité, cohérence et complétude sont dans ce cadre relativement aisés à satisfaire. La seule concurrence des systèmes de compétence administrative, pénale et arbitrale est en effet limitée. En fait, elle ne relève presque pas du problème du système de compétence de droit commun lui-même puisqu'en tant que tels, c'est au contraire à ces autres systèmes de compétence de délimiter leur propre champ d'application. En d'autres termes, sous l'angle interne, le système de compétence de droit commun ne traite que de la répartition des affaires, pas de question de pure attribution<sup>1132</sup>. La question de l'attribution, elle, ne se pose pour ce système que dès l'instant où l'on envisage l'élément international. Or, sous cet angle, le système de droit commun ne fonctionne presque plus comme un système.

<sup>1129</sup> L'article 42 vise en effet le domicile du défendeur, défendeur par hypothèse absent dans les instances gracieuses. Mme GAUDEMET-TALLON propose ainsi de retenir le domicile du requérant à défaut de règle spéciale, v. « Compétence internationale », *Rep. dr. int.*, n° 47.

<sup>1130</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2013, *JCP* 2013, note 558 par M. de Fontmichel, qui consacre l'applicabilité de ce système pour la contestation de la validité du contrat d'arbitre. Bien qu'il énonce que « *la juridiction étatique du lieu du domicile [de l'arbitre] était seule compétente pour connaître de l'action en nullité de cette désignation* », l'arrêt ne porte de visa qu'en ce qui concerne la compétence matérielle du TGI (L. 211-3 Code de l'organisation judiciaire). S'agissant d'un problème d'arbitrage international dont le siège n'était pas en France, il serait critiquable d'en déduire l'expression d'un nouveau chef de compétence localisateur.

<sup>1131</sup> A supposer même qu'une telle règle de non-imputation existe pour l'ordre juridique (v. par exemple, sur ce débat, J. HERON, « Existe-t-il des règles de non-imputation ? », *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF 1994, p. 217), elle n'aurait aucun sens pour la compétence : il ne s'agit pas de savoir s'il existe une règle de liberté, mais plutôt de savoir à quel rattachement se fier. L'ensemble des réponses n'étant pas binaire, il est nécessaire de prévoir un mécanisme pour la déterminer.

<sup>1132</sup> Tribunaux de commerce, tribunaux de prud'hommes et autres tribunaux spécialisés font autant partie de l'ordre judiciaire (sans même disposer de leur propre sous-ordre) que du système de compétence judiciaire : il y aura toujours un juge compétent dans ce système, la seule question est de déterminer lequel.

## **B) Dans l'organisation de la concurrence internationale, proche de l'anti-modèle**

494. **Modification du système.** On se rappelle que l'ensemble des règles de compétence de droit interne sert, depuis les arrêts *Pelassa* et *Scheffel*, de droit commun de la compétence internationale<sup>1133</sup>. Le système de droit commun ne peut cependant plus être parfaitement répartiteur dès l'instant où certains rattachements (domicile du défendeur, lieu de livraison effective du bien vendu, etc.) se réalisent dans un État étranger. L'affirmation de la compétence d'une juridiction de cet État sur le fondement d'une règle de compétence de droit interne n'aurait, au mieux, aucun effet concret : le juge étranger ne saurait être lié par l'affirmation d'un juge français sur le fondement d'une règle française. Si elles ne permettent plus de déterminer le juge compétent dans l'absolu, les règles de compétence du système de droit commun perdent leur effet distributif pour ne plus conserver que l'effet attributif : savoir quand les juridictions françaises sont compétentes<sup>1134</sup>.
495. **Effet précis de la jurisprudence *Pelassa* et *Scheffel*.** Un point est d'abord à éclaircir : le sens de cette jurisprudence cinquantenaire. Il faut se rappeler qu'avant l'arrêt *Pelassa*, la compétence des juridictions françaises était conditionnée, en principe, par les articles 14 et 15 du Code civil<sup>1135</sup>. Ce n'était qu'à la suite de ces règles de compétence générale que l'on pouvait déterminer la compétence spéciale d'une juridiction sur le fondement, par exemple, des articles du Code de procédure civile. En d'autres termes, les articles 14 et 15 jouaient le rôle de règles attributives pour le système de compétence judiciaire français. L'arrêt *Patiño*, qui évinçait le principe de l'incompétence des juridictions françaises dans les litiges entre étrangers, a rebattu les cartes. Les deux articles du Code civil perdaient en exclusivité ce que les dispositions du droit commun de la compétence, qui étaient par ailleurs régulièrement employés de manière dérogatoire, gagnaient en utilité. Les arrêts *Pelassa* puis *Scheffel* se sont donc contentés d'ouvrir de manière maximale le système de compétence judiciaire de droit commun pour lui permettre de justifier, outre la compétence interne de la juridiction saisie, sa compétence internationale. D'un point de vue pratique, elle a tout simplement exclu le jeu d'une quelconque exception d'internationalité à l'application des règles de compétence de droit commun. D'un point de vue théorique, elle a ainsi fait de chaque règle distributive une règle attributive par ailleurs.
496. **Identité du système.** Si toutes les règles de compétence sont attributives et permettent d'attirer l'affaire sur le sol français sans perspective de pouvoir le renvoyer à un autre juge, on peut se demander si les arrêts *Pelassa* et *Scheffel* n'ont pas créé un autre système de compétence. Ce serait alors un retour à la

---

<sup>1133</sup> Civ., 19 oct. 1959, *Pelassa*, RCDIP 1960, p. 215, note Y. L. ; D. 1960, p. 37, note G. Holleaux ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 oct. 1962, *Scheffel*, RCDIP 1963, p. 387, note Ph. Francescakis ; D. 1963, p. 109, note G. Holleaux, *Grands Arrêts*, n°37.

<sup>1134</sup> En réalité, comme on l'a vu, il s'agit moins de la compétence des juridictions françaises dans leur ensemble que de celle, au cas par cas, désignée par la règle de compétence elle-même, v. *supra*, n° 192s.

<sup>1135</sup> Sur l'histoire jurisprudentielle, v. D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz 1970.

présentation classique du droit de la compétence internationale considéré comme déconnecté du droit de la compétence interne. On pourrait même imaginer que ces arrêts ont tout simplement émancipé chacune des règles de compétence pour former des mini-systèmes, éparpillé au gré des codes et des textes du droit interne. L'idée même de système serait alors ici d'une piètre utilité. On ne saurait sans doute répondre de manière définitive à cette perception bien ancrée du fonctionnement de la compétence internationale. Il ne s'agit après tout là encore que d'une présentation, une description du droit positif. Toutefois, la présentation traditionnelle ne semble pas la plus fidèle.

Il faut d'abord rappeler, en premier lieu, que cette présentation s'appuie habituellement sur l'idée que les règles de compétence internationale de droit commun sont des compétences générales, désignant l'ordre juridictionnel français et non le juge compétent comme en droit interne. On a fait le lit de cette présentation en première partie<sup>1136</sup>. En second lieu, les règles restent en relation avec celles du reste du système et ne perdent donc pas, sous prétexte d'une extranéité, leur rapports de complémentarités et d'inhibitions mutuelles. En effet, on notera que si le juge français saisi est incompétent mais qu'il peut désigner un autre juge judiciaire, malgré l'extranéité, il devra lui renvoyer l'affaire, que ce soit parce la règle de compétence sur le fondement de laquelle il avait été saisi avait été mal appliquée ou même parce qu'une autre règle de compétence judiciaire permet d'en déterminer un autre. Surtout, la logique interne du système de droit commun s'impose encore alors même que le litige serait international. On se placera pour les besoins de l'exemple en 1967, de manière à ne pas être gêné par le système européen de la convention puis du règlement de Bruxelles I. Admettons par exemple qu'à cette époque, le propriétaire d'un immeuble situé à Oslo ait agi en revendication à l'encontre d'un défendeur lui-même domicilié à Paris. La logique unilatéraliste de la jurisprudence *Scheffel* aurait dû le permettre : le rattachement de l'article 59 C.P.C., ancêtre de l'article 42 du même code, aurait désigné ce juge comme compétent au titre du lieu du domicile du défendeur. Pourtant, ce même juge aurait dû se déclarer incompétent : le caractère impératif de la compétence du juge du lieu de situation de l'immeuble, qui excluait l'emploi de l'article 59 en droit interne comme elle excluerait celle de l'article 42 aujourd'hui, aurait rejailli sur le litige international alors même, par ailleurs, que ce chef de compétence n'aurait pas pu jouer en l'espèce<sup>1137</sup>.

497. **Une inadaptation de principe nécessaire.** La différence entre les deux types d'interventions du système de droit commun vient tout simplement du fait qu'adapté pour les premières, les questions de répartition interne, le système ne l'est pas du tout pour répondre aux secondes, les questions internationales. Mais il paraît difficile qu'il le soit : un régime spécifique pour les situations internationales nécessiterait une notion spécifique de l'internationalité, ce qui l'empêcherait, tout simplement, de rester droit commun<sup>1138</sup>. Tout comme les règles de compétence ne

---

<sup>1136</sup> V. *supra*, n° 192s.

<sup>1137</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Compétence internationale », *Rep. dr. int.*, n° 23.

<sup>1138</sup> V. *supra*, n° 291s.

sont pas modifiées du problème de la concurrence juridictionnelle interne au même problème international, le système de compétence de droit commun reste donc identique de l'un à l'autre. L'outil reste le même, il doit simplement parfois être adapté<sup>1139</sup>.

498. **Adaptation ponctuelle du système.** L'adaptation est le dernier problème des systèmes de compétence. Tant que l'on s'intéresse à leur fonctionnement interne, le problème n'est que de cohérence et de complétude, l'efficacité brochant sur le tout. Dès que l'on introduit un élément qui relève de l'extérieur, élément qui s'appellera pour le système de compétence interne un élément d'extranéité, il peut se révéler nécessaire d'adapter le système. C'est précisément ce que fait le système de compétence de droit commun lorsque certaines de ses règles s'adjoignent de rattachements supplémentaires. En droit commun de l'insolvabilité, par exemple et à défaut de siège ou de domicile du débiteur en France, un chef de compétence alternatif vise le juge du centre principal des intérêts du débiteur en France<sup>1140</sup>. Les chefs de compétence complémentaires qui viennent ainsi altérer les règles de compétence du système de droit commun appartiennent donc à ce système de droit commun, ils n'interviennent simplement que lorsque le problème spécifique, l'internationalité, se présente. En revanche, lorsque non seulement un nouveau rattachement mais encore une nouvelle hypothèse est envisagée, il y a une nouvelle règle de compétence. Ces règles qui traitent directement du problème international forment dès lors des systèmes de compétence internationale, mais de source interne.

## II) Les systèmes de compétence internationale de source interne

499. Le droit commun n'est pas le seul système de source interne à répondre au problème de la concurrence juridictionnelle internationale. Il faut, d'une part, compter avec toutes ces règles qui ne s'y intègrent pas et qui permettent pourtant, à défaut du premier, de reconnaître le juge français compétent. Elles forment ainsi des systèmes de compétence judiciaire subsidiaires (A). En outre, malgré son aspiration universaliste, les systèmes associés aux conventions d'arbitrage sont aussi autonomes, mais de source interne (B).

### A) Les systèmes de compétence judiciaire subsidiaires

500. **Première figure attributive : les articles 14 et 15 du Code civil.** Ces règles de compétence spécifiquement internationales, de source interne, sont principalement au nombre de quatre<sup>1141</sup>. Il y a d'abord, si l'on veut bien les traiter ensemble, les

---

<sup>1139</sup> V. *supra*, n° 295s.

<sup>1140</sup> Article R. 600-1 Code de commerce. V. aussi *supra*, n° 304.

<sup>1141</sup> On ne sera pas ici exhaustif. Qu'on en juge, par exemple, à l'article 6 de la directive 16 décembre 1996 sur le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, transposé en droit français et maintenant à l'article R. 1412-5 du Code du travail. V. sur sa version française



deux articles 14 et 15 du Code civil. Ces deux articles ont toujours porté des règles attributives. Enoncer que les juridictions françaises sont compétentes si le demandeur ou le défendeur est français, c'est d'une part clairement déterminer l'ensemble de juridictions compétentes, les juridictions françaises, et d'autre part envisager leur incompétence, c'est-à-dire l'hypothèse globale où ni l'un ni l'autre n'est français. Mais outre qu'elles sont ainsi de structure unilatérale<sup>1142</sup>, elles ne forment aucun binôme avec une règle de principe qui viendrait compenser leur échec à désigner des juridictions. Elles n'offrent ainsi qu'une solution attributive, sans possibilité de répartition.

- 501. Deuxième figure attributive : l'exequatur.** Deux autres règles que l'on a déjà rencontrées se partagent avec les articles 14 et 15 du Code civil le statut de système ponctuel de compétence judiciaire<sup>1143</sup>. La raison en est simple : il s'agit de règles de compétence intervenant pour des hypothèses qui ne sauraient se rencontrer en droit interne. Ces règles développées spécialement pour les relations internationales ne sauraient appartenir à un système de droit commun qui n'a pas été conçu pour y répondre. Son silence à leur sujet n'est pas une lacune qu'il doit compléter. Au regard du critère de la source que l'on a précédemment proposé<sup>1144</sup>, elles ne sauraient donc lui appartenir. De source interne mais autonome, prétorienne, d'une logique qui leur est propre, et pour les articuler par la suite avec les autres systèmes, on peut donc les comprendre comme des systèmes indépendants.
- 502. Deuxième figure attributive : l'exequatur.** La première de ces règles-systèmes a été développée pour une action spécifiquement internationale : la demande en exequatur. À l'évidence, aucune règle de compétence interne ne saurait avoir été dessinée pour accueillir ce type d'action. On doit donc se reposer sur la compétence de droit commun du tribunal du domicile ou de la résidence du défendeur. Que faire, cependant, lorsque le défendeur à cette action contentieuse n'est pas domicilié ou résident en France ? La compétence des juridictions françaises s'impose toujours, du simple fait qu'elles seules peuvent déclarer exécutoire un jugement étranger sur le territoire français. Il faut alors un chef spécifique de compétence à cet effet.
- 503. Troisième figure attributive : le déni de justice.** La seconde de ces règles-systèmes et dernière hypothèse des systèmes judiciaires indépendants ici présentés est, elle aussi, assez spécifiquement internationale : la compétence pour déni de justice. Pour le système de compétence de droit commun, le déni de justice est simplement impossible. Il s'agirait d'une lacune et d'une incohérence pour lequel on a vu qu'il existait des solutions. En revanche, dans les relations internationales, l'incompétence de toutes les juridictions potentiellement intéressées au litige ne peut être résolue par l'interprétation salvatrice d'aucune juridiction

---

transposée : E. PATAUT, « Commentaire du décret n° 2000-462 du 29 mai 2000 », *RCDIP* 2000, p. 519.

<sup>1142</sup> V. par ailleurs sur ce point, *supra*, n° 350.

<sup>1143</sup> V. *supra* n° 298s.

<sup>1144</sup> V. *supra*, n° 443s.

internationalement suprême. Or, le droit français de la compétence est loin d'être le seul à se vouloir un droit d'accès aux juridictions d'abord axé sur la protection des intérêts des justiciables<sup>1145</sup>. Dans ce cadre, le déni de justice est non seulement une violation des droits des justiciables, mais même une incongruité, une incohérence, voire un illogisme à réparer. Dans sa logique privatiste, le droit de la compétence appelle alors une règle de compétence particulière au cas où, pour raison d'absence d'autre juridiction compétente, il faudrait ouvrir l'accès aux juridictions françaises.

**504. Communauté de régime : règle de compétence générale, règle de système.**

Toute règle de compétence doit répondre au problème de la détermination du juge compétent, il ne s'agirait autrement pas de compétence au sens large de la notion<sup>1146</sup>. Cela ne veut bien sûr pas dire que toute règle doit répondre directement à la question, mais plutôt qu'elle doit participer de la réponse avec d'autres règles associées. Pour des règles de compétence générale isolées comme les quatre que nous étudions ici, cela implique de pouvoir compter sur des règles de compétence territoriale désignant un juge au sein de l'ordre juridictionnel français. À défaut de s'appuyer sur le droit commun, système indépendant de compétence qui dispose de ses propres règles attributives, une règle *ad hoc* a été développée par la jurisprudence qui permet au demandeur de saisir la juridiction de son choix, dans la limite des besoins de la bonne administration de la justice<sup>1147</sup>. Cette règle forme ainsi, avec chacune de celles des trois hypothèses précédentes, un système de compétence indépendant.

**505. Communauté de régime : subsidiarité.** Un second point commun de ces quatre chefs de compétence est qu'il s'agit de règles subsidiaires. L'affirmation est presque triviale pour le déni de justice, puisqu'elle rentre dans sa définition même : il faut bien qu'en principe, toute juridiction accessible soit incompétente, donc que les règles ordinaires n'attribuent pas compétence à une quelconque juridiction française. L'affirmation l'est moins en ce qui concerne les articles 14 et 15 du Code civil, mais il y va cependant d'une certaine logique de l'organisation des règles de compétence : si le droit commun peut jouer directement le rôle de règle attributive et de règle de compétence spéciale, désignant directement le juge compétent, quel intérêt de passer par l'artifice de l'article 14 ou de l'article 15 ? En droit, aucun, mais en l'absence de cette subsidiarité, un demandeur pouvant à la fois saisir un juge français sur le fondement de l'article 46 C.P.C. et de l'article 14, par exemple, aurait ainsi le choix entre le juge du lieu du dommage et... le tribunal de son choix. L'article 14, on vient de le voir, ouvre en effet le jeu d'une compétence territoriale indiscriminée à presque n'importe quel tribunal français. Après quelques errements<sup>1148</sup>, la jurisprudence a donc imposé la subsidiarité des articles 14 et 15 du Code civil lors d'une espèce où, justement, un marchand de cognac établi sur les bords de Garonne, ayant saisi le juge de Montauban, essayait d'éviter le renvoi

---

<sup>1145</sup> V. ainsi le caractère très répandu du for de nécessité, V. RETORNAZ et B. VOLDERS, « Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif », *RCDIP* 2008, p. 225.

<sup>1146</sup> V. *supra*, n° 333s.

<sup>1147</sup> Sur ce rattachement, v. *infra*, n° 551s.

<sup>1148</sup> Civ., 11 oct. 1967, *Stanton*, *RCDIP* 1968, p. 105, note J. Foyer, *D.* 1968, p. 302, note Claeys.

devant un juge du Jura désigné par l'article 48 C.P.C.<sup>1149</sup>. Le système de compétence de droit commun, pour le déni de justice comme les articles 14 et 15 du Code civil, fait donc office de préalable nécessaire. C'est ainsi à notre sens le dernier argument qui permet de justifier que le chef de compétence fondé sur l'exequatur ne devrait pas s'émanciper du système de compétence de droit commun<sup>1150</sup>. Si la jurisprudence n'est pas encore clairement fixée, il n'y a là non plus aucune raison particulière d'offrir en matière d'exequatur une alternative au demandeur lorsque le défendeur est domicilié en France.

506. **Relativité des problèmes.** Ces trois systèmes n'ont que peu de problèmes de mise en œuvre. La subsidiarité réglée, leur domaine déjà précisé, il ne reste guère que le choix du tribunal spécialement compétent à analyser. Par ailleurs, leur faible portée et leur origine interne leur évite aussi tout problème de cohérence. En réalité, le seul problème reste celui de la revendication de compétence étrangère face à la compétence fondée sur les articles 14 et 15 du Code civil. L'arrêt *Weiss* du 27 mai 1980 l'a cependant déjà partiellement pris en compte en évinçant de leur champ certaines hypothèses de compétence tierces considérées comme exclusives<sup>1151</sup>.

### **B) Les systèmes associés aux conventions d'arbitrage**

507. « **Simplicité** » du système de compétence arbitral. Un dernier système de source interne original devrait être présenté, le système arbitral de droit commun. Pour l'ordre juridique français, ce système a la particularité de ne disposer que d'une règle de compétence principale d'exclusion de la compétence du juge français. Parce qu'il organise non seulement cette exclusion, mais aussi ses rapports avec le tribunal arbitral, il faut, là encore, parler de système de compétence, même si les règles de rattachement ne sont pas ici paradoxalement au cœur du système. En matière d'arbitrage international, d'ailleurs, le système est double.
508. **Fonctionnement des systèmes arbitraux interne et international.** La mise en jeu des règles spécifiques à l'arbitrage se fait par l'allégation documentée de l'applicabilité d'une convention d'arbitrage : clause compromissoire ou compromis. C'est alors tout un régime spécifique qui se met en route, depuis le refus du juge de se reconnaître compétent sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage<sup>1152</sup> jusqu'aux possibilités de faire appel au juge en tant que juge d'appui pour la constitution du tribunal arbitral<sup>1153</sup>. L'article 1459 du Code de procédure civile énonce ainsi la compétence de ce juge d'appui, tant matérielle que territoriale, pour l'arbitrage interne : en principe, le président du tribunal de grande instance

---

<sup>1149</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 nov. 1985, *Cognac and Brandies from France*, RCDIP 1986, p. 712, note Y. Lequette ; JDI 1986, p. 719, note A. Huet ; D. 1986, p. 362, note Prévault et somm. comm. p.268 obs. B. Audit ; JCP 1987, II, 20810, note P. Courbe, *Grands Arrêts*, n° 71.

<sup>1150</sup> V. *supra*, n° 299.

<sup>1151</sup> RCDIP 1971, p. 113, note H. Batiffol ; *Grands Arrêts*, n° 49. V. cependant sur le mécanisme de prise en compte de la compétence étrangère, *infra* n° 761s.

<sup>1152</sup> Encore cela n'est-il possible que si les arbitres n'ont pas tous accepté leur mandat, art. 1448 et 1456 du Code de procédure civile.

<sup>1153</sup> Art. 1451s. C.P.C.

dans le ressort duquel est situé le siège de l'arbitrage<sup>1154</sup>. Le principe est le même en matière d'arbitrage international : le choix du siège en France fait le choix du juge d'appui<sup>1155</sup>. Toutefois, ce rattachement n'est pas le seul possible, et le juge français pourra intervenir à d'autres titres, par exemple le choix du droit français en tant que droit de procédure<sup>1156</sup>.

**509. Une règle de procédure au cœur du système arbitral.** On remarquera toutefois que les développements précédents n'ont pas évoqué la règle qui devrait être au cœur du système arbitral : la règle fondant la compétence du tribunal arbitral. C'est que cette dernière est particulière ; il ne s'agit pas d'une règle de rattachement, mais d'une règle de procédure. L'article 1458 C.P.C., prévoyant en effet le renvoi au tribunal arbitral, n'évoque pas la compétence du tribunal arbitral, mais seulement l'incompétence du juge français<sup>1157</sup>. S'il ne fait pas de doute qu'il règle ainsi un problème de concurrence entre le juge français et le tribunal arbitral, elle ne prend toutefois pas la forme de la règle de rattachement bilatérale (permettant le choix du tribunal en fonction du rattachement) ou même unilatérale (exposant quand le juge est compétent). La structure est même surprenante : il s'agit formellement d'une règle unilatérale, sauf qu'elle opère pour *exclure* la compétence du juge français et non pour la lui attribuer. D'ailleurs, on serait bien en peine d'identifier plus précisément le tribunal arbitral en question, l'article ne fournissant aucune indication.

La raison de la particularité de cette règle tient en sa fonction : elle ne cherche pas à attribuer directement compétence, mais simplement à organiser une priorité entre les deux juges, national et arbitral, au bénéfice de ce dernier<sup>1158</sup>. L'article 1458 C.P.C. traduit en droit positif l'effet négatif du principe de compétence-compétence, selon lequel le juge français doit laisser l'arbitre statuer sur sa propre compétence. Cet article, toutefois, ne présume pas de la possibilité pour une partie, quelle que soit la décision du tribunal arbitral, de remettre en cause cette décision devant le juge français en tant que juge de l'annulation ou de l'exequatur. Le juge français appliquera alors les articles 1442s. C.P.C. et 1506s. – selon que l'arbitrage

---

<sup>1154</sup> « Le juge d'appui compétent est le président du tribunal de grande instance. - Toutefois, si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, le président du tribunal de commerce est compétent pour connaître des demandes formées en application des articles 1451 à 1454. Dans ce cas, il peut faire application de l'article 1455. - Le juge territorialement compétent est celui désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé. En l'absence de toute stipulation de la convention d'arbitrage, le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur ».

<sup>1155</sup> La solution est assez classique en droit comparé, v. J.-F. POUDRET et S. BESSON, n° 406s. ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, t. II, n° 871s.

<sup>1156</sup> « En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal de grande instance de Paris lorsque : 1<sup>o</sup> L'arbitrage se déroule en France ou 2<sup>o</sup> Les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ou 3<sup>o</sup> Les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ou 4<sup>o</sup> L'une des parties est exposée à un risque de déni de justice ».

<sup>1157</sup> Article 1458 C.P.C.

<sup>1158</sup> Comp., sur l'aspect positif de la compétence-compétence pour l'arbitre, qui n'est elle aussi qu'une règle de procédure, P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI* 1989-V, t. 217, p. 321, spéc. p. 344.

est interne ou international – pour déterminer selon ses propres règles *si* le tribunal arbitral était compétent<sup>1159</sup>.

**510. Justification de cette particularité.** Il ne fait pas de doute que l'arbitrage soulève des questions de compétence, en particulier la première d'entre elle : la question du choix du juge, national ou arbitral. En dehors de la question très limitée de la compétence du juge d'appui, cependant, on comprend mieux ici pourquoi l'arbitrage et en particulier l'arbitrage international, nécessite des analyses spécifiques, différentes de celles que posent les autres systèmes de compétence ; le système lui-même est unilatéral. Contrairement à tous les autres, y compris d'ailleurs certains systèmes arbitraux spécifiques comme le système CIRDI, il n'y a entre tribunaux arbitraux et juges nationaux qu'un dialogue sur la compétence, il n'y a pas de règle commune. Le juge français va en effet analyser *in fine* la compétence du juge arbitral sur le fondement de ses propres règles. Le juge arbitral, de son côté, n'a aucune obligation d'appliquer une quelconque règle nationale. Il n'est pas un organe de l'État français, et n'est pas lié par ses règles de compétence. À dire vrai, il n'est même pas spécialement sujet aux règles de l'ordre juridique français, sa position d'arbitre le rendant parfaitement autonome. Bien sûr, en pratique, il ne saurait s'affranchir totalement des droits nationaux, ne serait-ce que par son devoir de rendre une sentence qui puisse être mise à exécution par des organes étatiques. Toutefois, bien que les grands principes de validité des conventions d'arbitrage soient communs à la plupart des systèmes juridiques, notamment grâce à la Convention de New York, le détail de la réglementation peut différer d'un État à l'autre, en particulier en matière d'arbitrabilité. L'arbitre, dès lors, ne pourra procéder qu'à une évaluation des réglementations pertinentes et diverger dans le cas concret des règles d'un juge français qui, par exemple, lui aurait pourtant « renvoyé » le litige sur le fondement de l'article 1458 C.P.C.<sup>1160</sup>. En ayant choisi le point de vue du juge national<sup>1161</sup>, dès lors, le système arbitral de compétence apparaît centré sur cette règle de procédure excluant la compétence du juge français, une règle agrémentée d'un ensemble de règles de procédure et de quelques règles de rattachement permettant de mettre en œuvre la procédure arbitrale. Cela n'en fait pas moins, cependant, un véritable système de compétence, un système qu'il faut articuler avec d'autres.

---

<sup>1159</sup> Sur le principe de compétence-compétence dans son ensemble, v. M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Thèse Nice, 2011.

<sup>1160</sup> Sur la question, v. P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 393s.

<sup>1161</sup> Sur la justification de ce point de vue, v. *supra*, n° 113s.

## **Paragraphe 2) LES SYSTEMES DE SOURCE INTERNATIONALE**

511. On pourrait penser que le système de compétence le plus topique serait celui du droit commun. Ce serait oublier que le droit interne de la compétence réagit de manière très particulière à l'élément international. Au contraire, le système le plus typique sous cet angle est sans nul doute celui issu des versions successives des textes européens dits « de Bruxelles I », en hommage au premier texte européen portant sur la compétence et la reconnaissance des jugements, la Convention signée à Bruxelles le 27 septembre 1968 (I). Si ce système de compétence est le plus typique, il n'est pour autant pas le seul ni même le premier, d'autres, plus spéciaux, fonctionnant depuis longtemps sur les mêmes principes (II).

### **I) Le système Bruxelles I**

512. Le système Bruxelles I est de loin le système le plus utilisé pour résoudre la question de la compétence internationale des juridictions françaises une fois passé l'interrogation arbitrale (A). En tant que tel, il est aussi topique des difficultés que rencontrent, du fait d'une lecture étatiste de la compétence, les systèmes internationaux de compétence (B).

#### **A) Présentation du système**

513. **Source du système.** Le système Bruxelles I est essentiellement centré, tout d'abord, sur le Règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000. Succédant à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et bientôt remplacé par le Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012<sup>1162</sup>, le texte du Règlement précise tant son champ d'application matériel que temporel, et par conséquent celui des règles de compétence qu'il porte<sup>1163</sup>. Le champ d'application géographique, quant à lui, est en premier lieu redevable de celui du droit européen dérivé lui-même<sup>1164</sup>. Ce sont encore ces trois textes, chacun pour leur période de vigueur, qui portent les règles principales du système de compétence, et en particulier les règles de compétence elles-mêmes. De nombreux textes additionnels, cependant, sont venus les amender. Outre les conventions successives parallèles aux adhésions de nouveaux États à l'Union européenne qui n'ont pas manqué de modifier parfois substantiellement la Convention de Bruxelles originale<sup>1165</sup>, il faut citer les nombreux travaux de la Commission européenne<sup>1166</sup>, parfois aussi spécifiques que

---

<sup>1162</sup> Le Règlement sera applicable à partir du 10 janvier 2015 (art. 81).

<sup>1163</sup> Art. 1<sup>er</sup> (champ d'application matériel) et art. 76 (entrée en application le 1<sup>er</sup> mars 2002) du Règlement.

<sup>1164</sup> Art. 52 du TUE et 355 TFUE, v. H. GAUDEMET-TALLON, n° 53s ; v. aussi G. DROZ, « La Convention de San Sebastian alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano », *RCDIP* 1990, p. 1, spéc. p. 15.

<sup>1165</sup> Sur lesquelles, v. globalement H. GAUDEMET-TALLON, n° 8s.

<sup>1166</sup> La Commission était ainsi compétente pour négocier les accords d'adhésion des nouveaux Etats-membres après le Traité d'Amsterdam et s'occupe aussi de l'adhésion du Danemark au système de

des modifications d'annexes sur les juridictions intégrées au système, ou sur les règles nationales exorbitantes étendues par l'article 4-2 du Règlement<sup>1167</sup>, un impact loin d'être négligeable.

- 514. Articulations règles attributives et règles distributives.** Le système Bruxelles I est depuis l'origine centré sur trois règles de compétence bilatérales qui, non conditionnées géographiquement, sont en conséquence à la fois distributives et attributives<sup>1168</sup>. Il s'agit des articles maintes fois énoncés dans ces lignes : article 2, sur la compétence des juridictions de l'État du domicile du défendeur, article 22, sur les différents chefs de compétence dits exclusifs par le texte, enfin article 23 sur la validité et l'effet des conventions de prorogation de for au profit d'un tribunal d'un État membre lorsqu'une des parties à la convention y est domiciliée. L'article 2 est essentiel, au point que l'on a parfois parlé de condition d'application territoriale du Règlement. Si l'on a pu évoquer l'effet d'optique qui était à l'origine de cette erreur<sup>1169</sup>, l'affirmation n'est pas dénuée de fondement pour le système de compétence qu'il porte, ne serait-ce que parce que tous les autres chefs de compétence, développés par des règles bilatérales, sont d'une manière ou d'une autre conditionnés à la présence du domicile du défendeur dans un État européen et ne fonctionnent qu'à l'extérieur de cet État ce qui leur permet d'être exclusivement distributives<sup>1170</sup>. Concrètement, cela implique pour l'application de chaque chef de compétence en dehors des compétences exclusives et subjectives de vérifier que le juge désigné, souvent spécialement, comme compétent, est organe d'un autre État-membre que celui où est situé le domicile du défendeur au sens de cette dernière règle<sup>1171</sup>.
- 515. Règles de procédure et règles quant aux conventions de juridiction.** On a déjà par ailleurs aussi mentionné le fait que le système Bruxelles I n'était pas limité

---

Bruxelles, ce dernier bénéficiant d'un opt-in à tous les règlements issus du Titre V ch. III du TFUE, v. par exemple la proposition d'adhésion soumise au Conseil pour le Règlement n° 44/2001 publiée le 15 avr. 2005, COM(2005) 145 final.

<sup>1167</sup> V. par exemple Règlement n° 2245/2004 de la Commission, *JOUE* L 381 du 27 déc. 2004, p. 10 ou encore n° 416/2010 de la Commission *JOUE* L119 du 13 mai 2010, p. 7.

<sup>1168</sup> B. AUDIT, « Le critère d'application des conventions judiciaires multilatérales », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, p. 19.

<sup>1169</sup> V. *supra*, n°464s. Il faut par ailleurs en déduire que pour tout juge « métropolitain », la présence du domicile du défendeur dans l'un des territoires ultramarins des États-membres qui n'ont pas été inclus dans le champ d'application des traités européens n'empêche pas l'application du Règlement n° 44/2001 (v. pour une opinion contraire, H. GAUDEMET-TALLON et G. DROZ, « La transformation de la convention de Bruxelles en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *RCDIP* 2001, p. 601, spéc. p. 613s.).

<sup>1170</sup> Il s'agit des articles 5 et 6, d'une part, et de l'ensemble des sections 3, 4 et 5 sur la compétence en matière de litiges comportant une partie faible même si ces derniers comportent une extension du domicile aux succursales, agences et établissements sur le territoire d'un État-membre. Ces derniers, cependant, sont destinés à se transformer partiellement en règles attributives dès lors que le Règlement 1215/2012 a supprimé, pour les actions intentées par la partie faible, la condition de domiciliation (même élargie) du défendeur sur le territoire d'un État-membre de l'Union européenne.

<sup>1171</sup> Ainsi, dans un sens approchant sur l'ensemble, P. de VAREILLES-SOMMIERES, « La compétence internationale de l'espace judiciaire européen », in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 397. Hormis l'assimilation du système Bruxelles I à un ordre juridictionnel européen, certainement due à une lecture encore relativement publiciste de la compétence, nous abondons dans la plupart de ses développements.

à des règles de compétence mais portait aussi des règles substantielles et de procédure traitant de questions de compétence. L'article 23 énonce la première, qui porte autant sur le principe d'une licéité des conventions de prorogation de for (et donc sur l'existence d'un chef de compétence subjectif) que sur les conditions de leur validité. L'article 24 en offre une autre, dont on a vu qu'il valait mieux l'entendre comme spécial aux incompétences déduites du Règlement<sup>1172</sup>. Quant aux règles d'extension de compétence des articles 6 et 7, on peut en revanche les qualifier de règles de compétence *stricto sensu* dès lors qu'elles disposent toutes d'un rattachement.

**516. Système très intégré.** Dans tous les cas, le système Bruxelles I est un système très intégré, certainement l'un des plus intégrés après d'autres systèmes paneuropéens comme ceux issus de la Convention pour la navigation du Rhin ou bien, à l'autre extrémité temporelle, l'Accord sur la juridiction unifiée du brevet. Par « intégré », il faut comprendre que les juridictions partenaires dépendent dans son application beaucoup plus du système que de leurs ordres juridiques nationaux. En d'autres termes, intégration est synonyme d'uniformisation voire d'unification sur ce point. Cette intégration importante, le système la doit à l'existence d'une juridiction disposant d'un pouvoir d'interprétation uniforme depuis le protocole de Luxembourg du 3 juin 1971, la Cour de justice de l'Union européenne<sup>1173</sup>. Développant depuis ses premiers arrêts en interprétation des notions autonomes pour le système Bruxelles I, ce dernier est ainsi relativement bien détaché de l'influence centripète des 27 ordres juridiques de l'Union.

On ne saurait non plus passer sous silence l'important travail de coordination opéré au sein de ce qui est aujourd'hui communément appelé l'espace judiciaire européen<sup>1174</sup>, en particulier par le biais des politiques de coopération (Réseau judiciaire en matière civile, portail e-justice de l'Union européenne, programmes de rapprochement techniques et humains des juridictions entre autres)<sup>1175</sup>. Bien que les autres règlements portant systèmes de compétence ainsi que les règlements procédure ne soient pas directement liés au système Bruxelles I, ils participent

---

<sup>1172</sup> V. *supra*, n° 458.

<sup>1173</sup> Depuis la transformation de la Convention de Bruxelles en Règlement suite au Traité d'Amsterdam, le recours préjudiciel est fondé sur l'article 267 TFUE « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel: a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. - Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. - Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. - Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ». Pour la procédure, v. J. PERTEK, « Renvoi préjudiciel ; Notion de juridiction – Droit, faculté et obligation de renvoi- Règles de procédure », J.-Cl. Europe traité, fasc. 360-1. *Adde.* U. MAGNUS in MAGNUS et MANKOWSKI, « Introduction », n° 111s.

<sup>1174</sup> Les textes ne portent pas ce terme. Il apparaît au détour de textes plus politiques que juridiques, et en premier lieu en droit pénal. Pour autant, la notion est appelée à se développer parallèlement au développement des textes de source européenne en matière civile et pénale. V. A. MARMISSE-d'ABBADIE d'ARRAST, « Espace de liberté, de sécurité et de justice », *Rep. Dr. communautaire*.

<sup>1175</sup> On consultera à cet effet en particulier le site précité du Réseau, <https://e-justice.europa.eu>. Le Réseau, pour ce qui concerne sa partie civile, a été développé par la Décision 2008/976/JAI du Conseil du 16 déc. 2008, JOUE L 348 du 24 déc. 2008, p. 130.



ensemble de cet espace de liberté, de sécurité et de justice qui est devenu, depuis le Traité de Lisbonne, l'un des objectifs de l'Union européenne.

**517. Place centrale du système.** Le système Bruxelles I est devenu à ce point central que l'on pourrait d'ailleurs se demander s'il n'a pas remplacé le système de droit interne en tant que droit commun de la compétence internationale. L'argument peut surprendre. Le droit commun ne devrait en effet être constitué, en principe, que par le droit qui s'applique à défaut de tout autre. Or, le système Bruxelles I limite son application à un certain domaine. En réalité, toutefois, un champ d'application n'est parfois qu'une frontière entre un régime et un autre, et savoir de quel côté se place cette frontière ne paraît alors pas très pertinent. On en veut *a contrario* la preuve dans la proposition faite par la Commission européenne – mais rejetée par le Parlement<sup>1176</sup> – de refondre le Règlement Bruxelles I en droit commun de la compétence internationale des États membres. Sans modifier le champ d'application matériel du texte, la proposition ajoutait en effet un nouvel article 4.2 abrogeant les droits de la compétence de source interne<sup>1177</sup>. En son absence, le système Bruxelles I restera un système spécial, et le droit commun de source interne, le droit commun de la compétence. Un droit commun, toutefois, très résiduel. Il faut en effet remarquer que, même sans cette extension, le système Bruxelles I peut avec son cousin, le système de Lugano<sup>1178</sup>, ne sont que très peu limités dans leur champ d'application.

**518. Justification du caractère central : irrelevance des règles attributives:** Ce n'est pas, en effet, l'existence d'un nombre restreint de règles attributives qui empêchent le système Bruxelles I d'être droit commun. En effet, le fait que les règles de compétence des articles 2, 22 ou 23 peuvent échouer à désigner un juge européen ne permet pas plus de le disqualifier que ne le pourrait la même circonstance pour les articles 42 et suivants, par exemple, du Code de procédure civile pour le système de source interne. Une règle de compétence attributive de type localisatrice ne présume pas du caractère de droit commun du système qui la porte. Penser

---

<sup>1176</sup> Sur les amendements du Parlement, v. T. ZWIEFKA, *Amendment 121, Draft Report*, 2010/0383(COD).

<sup>1177</sup> « *Les personnes qui ne sont domiciliées dans aucun des États membres ne peuvent être attirées devant les juridictions d'un État membre qu'en vertu des règles énoncées aux sections 2 à 8 du présent chapitre* », Proposition de Règlement du Parlement et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), COM(2010) 748 final. V. sur cette proposition, C. KESSEDJIAN, « Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 », *RTDE* 2011, p. 117. Madame KESSEDJIAN propose de parler à ce sujet « d'internationalisation » du Règlement (op. cit. p. 118). Ce terme se construit cependant par opposition à « européen » et suppose de concevoir le système Bruxelles I comme ne s'intéressant pas, ou pas suffisamment aux situations internationales. Il cautionne donc une lecture du Règlement comme entièrement conditionné par le domicile du défendeur. C'est bien évidemment donc un vocabulaire que l'on ne saurait employer.

Quant à cette extension du système aux situations où le défendeur n'est pas domicilié en Europe, il est vrai que le droit commun des différents États-membres, bien que variés, s'inspire pour nombre d'entre eux très largement de la Convention de Bruxelles. V. A. NUYTS, *Study on Residual Jurisdiction*, Sept. 2007, n° 16s. (disponible en ligne sur [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_residual\\_jurisdiction\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf)). En particulier, l'Italie et l'Écosse ont toutes deux transposé directement les règles de la Convention de Bruxelles (en transformant les règles spéciales en règles attributives, sans conditionnement par le domicile du défendeur) tandis que d'autres pays plus nombreux ont écrit ou interprété leurs règles nationales à la lumière de cette dernière.

<sup>1178</sup> Convention de Lugano du 30 octobre 2007, sur laquelle v. H. GAUDEMET-TALLON, n° 506.

autrement obligerait à qualifier de droit commun les seules règles de compétence universelle, qui n'existent d'ailleurs pas en droit français, même pour le déni de justice<sup>1179</sup>.

**519. Justification du caractère central : étendue du champ matériel.** Par ailleurs, si son champ d'application matériel le restreint au domaine de la « matière civile et commerciale », il faut bien constater que ce domaine est précisément celui du droit de la compétence de source interne. Il est même semble-t-il plus large que ce dernier. On sait en effet pour l'avoir évoqué plus haut que la compétence des juridictions administratives est établie par l'applicabilité du droit administratif français<sup>1180</sup>. Le champ de la matière civile et commerciale du système Bruxelles I, de son côté, est déterminé de manière purement négative. Il recouvre toute affaire qui ne met pas en jeu, dans les termes de la Cour de justice de l'Union, « *une personne publique agissant dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique* »<sup>1181</sup>. Or, ce champ est beaucoup plus vaste que ce que le droit administratif français laisse au droit civil. Dans une affaire *King Consult*, la Cour administrative d'appel de Douai a ainsi pu déterminer l'incompétence des juridictions administratives sur le fondement du Règlement n° 44/2001, une clause de prorogation de for au profit des tribunaux de Bruxelles apparaissant dans le contrat administratif en cause<sup>1182</sup>. Ce n'est donc pas la délimitation de la « matière civile et commerciale » qui exclut la caractérisation du système Bruxelles I de « droit commun » de la compétence.

**520. Justification de la résistance du droit commun : les exclusions matérielles de Bruxelles I.** En définitive, la seule raison pour laquelle on ne peut pas encore qualifier de droit commun le système Bruxelles I tient à la liste d'exclusions spécifiques au sein même de la matière civile et commerciale : le droit des personnes et de la famille, le droit de la sécurité sociale, les procédures d'insolvabilité et l'arbitrage. Toutes ces matières forment autant de domaines dans lesquels le droit applicable « par défaut », peut intervenir, c'est-à-dire le droit commun. Si un jour des textes spéciaux venaient cependant traiter spécifiquement de ces différentes questions dans un mouvement de couverture étanche de toute la matière civile et commerciale<sup>1183</sup>, alors le système Bruxelles I, sans même devoir abroger les systèmes de source interne<sup>1184</sup>, deviendrait ainsi le droit commun<sup>1185</sup>.

---

<sup>1179</sup> Mais la compétence universelle prévue, en droit pénal, par l'article 689-11 du Code de procédure pénale transposant l'obligation issue de la Convention portant statut de la Cour pénale internationale signée à Rome le 18 juillet 1998 suppose que le prévenu réside habituellement en France.

<sup>1180</sup> V. en particulier *supra*, n° 463.

<sup>1181</sup> CJCE, 14 oct. 1976, *Eurocontrol*, Aff. 29/76, RCDIP 1977, p. 776, note G. Droz; JDI 1977, p. 707 note A. Huet; *Cab. Dr. Eur.* 1977, p. 146, note G. Leleux.

<sup>1182</sup> CAA Douai, 29 mai 2012, *AJDA* 2012, p. 2223, concl. V. Marjanovic ; *RFDA* 2013, p. 46, note M. Laazouzi. Le Conseil d'Etat avait déjà évoqué le principe de l'applicabilité de la Convention de Lugano aux juridictions administratives françaises en jugeant que le champ de la matière civile et commerciale s'étendait partiellement à la matière administrative française, v. CE 27 oct. 2000, *BFG Bank Luxembourg*, RCDIP 2002, p. 103, note M. Audit.

<sup>1183</sup> S'agissant des procédures d'insolvabilité, le Règlement n° 1346/2000 et les directives n° 2001/24/CE (établissements de crédit) et n° 2009/138/CE (entreprises d'assurance) essayent de couvrir le champ laissé par le Règlement n° 44/2001. L'articulation n'est toutefois pas encore parfaite, comme l'ont montré plusieurs arrêts rendus par la Cour de justice et la Cour de cassation en 2009 (v. H. GAUDEMET-TALLON, n° 44). En ce qui concerne l'arbitrage, l'exclusion relève d'une volonté de laisser aux Etats-membres la possibilité de le régler à leur guise. Encore faut-il caractériser l'exclusion, ce qui va continuer de poser problème même avec le long considérant n°

## **B) Les difficultés du caractère transnational du système**

521. **Caractère typique des difficultés du règlement.** Le Règlement Bruxelles I, central, international et très intégré, est archétypique de l'organisation des règles de compétence internationale. En tant que tel, il est aussi l'exemple même des difficultés que rencontrent les systèmes de source internationale. On peut envisager quatre difficultés de principe : la cohérence et la complétude, la cohésion et l'adaptation. Cohérence et cohésion visent le maintien du système en tant que tel : la cohérence face aux tensions internes, la cohésion face aux éléments externes. Complétude et adaptation, de leur côté, s'adressent à l'objet et à l'objectif du système, dans son fonctionnement interne et dans sa réponse à la concurrence externe. On se contentera ici d'inventorier les difficultés pour lesquelles nous proposerons, à l'issue de l'analyse de l'organisation de la compétence en systèmes, certaines solutions.
522. **La difficulté de la cohérence transnationale : les notions uniformes.** Les ambitions transnationales affichées par le système se confrontent d'abord nécessairement à la diversité des ordres juridiques de réception de celui-ci. Malgré l'existence d'une juridiction supérieure commune et le développement par cette dernière de notions autonomes, il est évident que le système Bruxelles I, comme par ailleurs tout instrument international, porte en lui-même un risque d'éclatement dès lors qu'il doit être appliqué par des juges d'États différents. L'uniformité ne se décrète pas, elle se recherche dans chaque affaire. Il s'agit alors d'un problème de cohérence. En particulier, les qualifications autonomes, adoptées par la Cour de justice pour écarter l'effet destructeur des interprétations nationales, sont des solutions utiles mais insuffisantes à l'usage<sup>1186</sup>.

---

12 dans le Règlement n° 1215/2012 de refonte du système Bruxelles I. Outre la sécurité sociale, il reste donc surtout la matière personnelle et familiale, encore que cette dernière soit lentement grignotée par de nouveaux Règlements depuis le traité d'Amsterdam. Divorce et autorité parentale (Règlement n° 1347/2000 dit « Bruxelles II bis »), obligations alimentaires (Règlement n° 4/2009) et successions internationales (Règlement n° 650/2012, dit « Rome IV », applicable en août 2015) sont autant de questions qui sont ou seront bientôt traitées par des systèmes européens.

<sup>1184</sup> La solution d'abrogation du droit commun envisagée par la proposition de refonte de la Commission n'était en effet pas évidente. On aurait en effet très bien pu laisser coexister, à côté des règles de compétence du système Bruxelles I (bis), le système de compétence de source interne. La conséquence aurait simplement été qu'en cas d'inefficacité de toutes les règles de compétence de Bruxelles I bis, c'est-à-dire où aucune d'entre elles n'accorderait compétence à un juge européen, les règles issues des articles 42 et suivants du Code de procédure, voire des articles 14 et 15 du Code civil, retrouvaient une opportunité d'application. Cette solution, indolore pour les plaideurs européens, auraient cependant eu pour conséquence de maintenir une disparité pour les plaideurs originaires d'États tiers. L'effet aurait alors été identique à ce que fait le Règlement Bruxelles II bis, système mi-fermé (v. *infra* n° 733s.). Au regard de leurs faibles chances d'application, il n'est pas certain que le message ainsi envoyée eut été pertinent.

<sup>1185</sup> Il l'est semble-t-il déjà pour la Commission. Le projet de révision du Règlement n° 207/2009 sur la marque communautaire, qui fait référence au Règlement n° 44/2001 porte ainsi, en lieu et place d'une référence explicite au Règlement 1215/2012 qui remplace ce dernier, un renvoi aux « règles de l'Union en matière de compétence, de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière civile et commerciale », v. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire, COM (2013) 161 final.

<sup>1186</sup> V. *infra*, n° 565s.

**523. La difficulté de la cohérence transnationale : le phénomène de la frontière.**

Quant au régime applicable aux règles de compétence du système Bruxelles I, on est aussi loin d'avoir tiré toutes les conséquences de son caractère international et uniforme. Son régime est en effet aligné sur celui du droit commun de la compétence (et surtout de l'incompétence) internationale. Or ce système est manifestement plus proche du système interne de compétence quand il fonctionne sans complication internationale que lorsqu'il s'adresse à un élément étranger. On est dans les deux cas à l'intérieur d'un système dont la vocation est distributive. La détermination de la juridiction compétente est en effet au cœur de la logique de Bruxelles I, une logique de cohérence et de répartition transnationales qui devrait déplacer la frontière avec « l'étranger » aux frontières de l'Europe. Le régime du système Bruxelles I devrait en conséquence, autant que faire se peut, se rapprocher du traitement des questions de compétence entre juges français de l'ordre judiciaire<sup>1187</sup>.

**524. Le problème de l'incomplétude.** Par ailleurs, outre la question de la cohérence transnationale de l'application du système, celui de sa complétude revient aussi régulièrement. En particulier, en sus de la question du rapport du système de source internationale avec celui de source interne dès lors que le premier emploie des règles de compétence générales qui ne désignent pas le juge spécialement compétent<sup>1188</sup>, le Règlement ne suffit pas à résoudre le problème assez aigu du régime des clauses de prorogation de for. La validité et de l'opposabilité de ces clauses sont souvent interrogées en jurisprudence, et appellent aussi, dans le même esprit, des solutions uniformes<sup>1189</sup>.

**525. Force de la cohésion, problème de l'adaptation.** S'il est une difficulté que ne rencontre pas trop le système Bruxelles I, en revanche, c'est celui de la cohésion. Il semble rester assez imperméable à la concurrence d'autres réglementations de compétence. Au contraire, même, ce système est tellement protégé par la Cour de justice que c'est plutôt son adaptation qui est oubliée. Il a en effet subi au cours de son histoire la critique de participer à l'érection d'une « forteresse Europe »<sup>1190</sup>. Les attaques, spécialement anglo-saxonnes<sup>1191</sup>, s'étaient tues, un temps, pendant la tentative de négociation d'une convention multilatérale sur la compétence internationale. Malheureusement, cette convention n'a pu aboutir qu'à un système très spécial, celui de la Convention du 30 octobre 2005 sur les conventions attributives de juridiction. C'est d'ailleurs dans ce contexte qu'est intervenu l'arrêt *Omnu*, en 2005, dans lequel la Cour de justice s'est prononcée, dans une analyse

---

<sup>1187</sup> V. *infra*, n° 616s.

<sup>1188</sup> V. *infra*, n° 550s.

<sup>1189</sup> V. *infra*, n° 604s.

<sup>1190</sup> V. H. GAUDEMET-TALLON, « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères », in *Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nijhoff 1996, p. 85.

<sup>1191</sup> F. JUENGER, A shoe unfit for globetrotting, 28 (1995) U.C. Davis L. rev. 1027, spec. p. 1048, qui accuse la Convention de Bruxelles d'être (v. déjà du même auteur, « La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la courtoisie internationale. Réflexions d'un Américain », *RCDIP* 1983, p. 37); v. encore, sur les difficultés posées par la Convention de Bruxelles dans la mise en place d'une convention universelle, A. T. von MEHREN, « La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers : Le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir ? », *RCDIP* 2001, p. 85.

assez littérale de la Convention de Bruxelles, pour une application du système aveugle à la compétence de juridictions tierces<sup>1192</sup>. Alors que des juridictions jamaïcaines, par ailleurs déjà saisi de procédures connexes, paraissaient particulièrement indiquées pour connaître d'un litige dont l'essentiel des éléments était localisé en Jamaïque, la Cour de justice interdit aux juges anglais de se déclarer *forum non conveniens* dès lors que le domicile du défendeur était localisé à Londres. La Cour a ainsi réagi comme une juridiction interne refusant d'envisager l'élément d'extranéité ; elle a refusé d'envisager l'adaptation éventuelle du système Bruxelles I à la compétence concurrente des juridictions jamaïcaines. Il est évident qu'à terme, cette position est intenable : le droit européen de la compétence ne saurait se construire seulement comme un droit intra-européen, et doit justement s'adapter à l'éventuelle compétence des juridictions d'États tiers<sup>1193</sup>.

## II) Les systèmes spéciaux

526. S'il est topique des systèmes transnationaux comme celui de droit commun l'est pour le droit interne, le système Bruxelles I n'épuise cependant pas le sujet, d'autres textes créant ainsi d'autres systèmes transnationaux de compétence (A). Ces systèmes transnationaux sont par ailleurs tous confrontés aux mêmes difficultés, qu'ils soient de source européenne ou internationale (B).

### A) Présentation des systèmes

527. **Systèmes spéciaux, droit européen.** La proximité que le système Bruxelles I entretient avec un système de droit commun tient aussi du fait de la multitude de droits plus spéciaux de la compétence auxquels les juridictions françaises participent. On compte en effet tout d'abord, au sein de l'Union européenne, un certain nombre de textes établissant des systèmes de compétence : un règlement et deux directives sur l'insolvabilité<sup>1194</sup>, trois règlements et un accord international en matière de propriété intellectuelle<sup>1195</sup>, un règlement portant création de procédures

---

<sup>1192</sup> CJCE, 1er mars 2005, *Owusu*, C-281/02, *RCDIP* 2005, p. 698, note Ch. Chalas ; *Gaz. Pal.* 27 mai 2005, p. 31, note M.-L. Niboyet ; *JDI* 2005, p. 1177, note G. Cuniberti et M. Winkler.

<sup>1193</sup> V. *infra*. n° 774s.

<sup>1194</sup> Il s'agit du Règlement du Conseil n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, pour lequel une révision est en cours, et des directives du Parlement européen et du Conseil n° 2001/24/CE du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit et n° 2001/17/CE du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance. Cette dernière directive a été abrogée et remplacée par la Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice.

<sup>1195</sup> Il s'agit du Règlement du Conseil n° 40/94 sur la marque communautaire (abrogé et remplacé par le Règlement n° 207/2009, lequel est lui-même en cours de révision v. COM (2013) 161 final) ; du Règlement du Conseil n° 6/2002 sur les dessins et modèles communautaires (modifié par le Règlement n° 1896/2006) ; du Règlement du Conseil n° 2100/94 sur les obtentions végétales communautaires (modifié en dernier lieu par le Règlement n° 15/2008) ; enfin l'Accord sur la juridiction unifiée du brevet en voie de ratification, accessoire à la coopération renforcée mise en œuvre par le Règlement n° 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012.

accélérées<sup>1196</sup>, sans compter ces autres règlements qui sortent de notre champ de recherche : Bruxelles II bis, Obligations alimentaires, Rome IV, lesquels interviennent tous les trois dans le droit de la famille.

528. **Systèmes spéciaux, droit conventionnel.** On peut encore compter à ce titre plusieurs conventions internationales. Les conventions transport (Navigation du Rhin, CMR, COTIF, Varsovie et Montréal) portent chacune un système de compétence précis déterminant souvent, outre l'habituel domicile ou résidence du défendeur, aux lieux de prises en charge et de destination du transport. Plus spécifique, la Convention de Bruxelles pour les saisies maritimes, les conventions pollutions (nucléaire et maritime), d'application heureusement assez rare, reprennent les principes classiques de la compétence des juridictions du lieu de la saisie sous certaines conditions, pour l'une, et du lieu de l'accident pour les deux autres. On trouve paradoxalement assez peu de conventions bilatérales s'intéressant à la compétence, alors que le cadre restreint des concessions aurait pu faciliter cette détermination. Si certaines posent en effet des chefs de compétence, ce sont des chefs de compétence indirects établis pour la reconnaissance des jugements<sup>1197</sup>. Enfin, on peut compter dans cette catégorie l'ensemble des conventions internationales sur les conventions de juridiction, quel que soit leur type. Il s'agit alors de la Convention de la Haye sur les accords d'élection de for du 30 octobre 2005 ou encore par exemple, dans une toute autre catégorie, de la Convention de Washington du 18 mars 1965 portant création du Centre International de Règlement des Différends en matière d'Investissement. Ce dernier système, d'ailleurs, est d'un intérêt particulier : c'est le seul système arbitral international véritablement bilatéral, dans la mesure où tribunaux arbitraux et tribunaux nationaux se référeront, en ce qui concerne leurs compétences respectives, aux mêmes règles : celles de la Convention de Washington et des actes (traités d'investissement, contrat d'État par exemple) qui fonderont l'accord d'arbitrage.

529. **Champ d'application sans règle attributive.** Une bonne part de ces systèmes fonctionne sans règle de compétence attributive. La raison en est simple : les règles de compétence disposent de rattachement qui doublent une ou plusieurs des conditions d'application du texte. En renvoyant toujours à au moins un Etat partie, la règle de compétence trouvera donc toujours un juge compétent. Il n'y a donc pas besoin de « capter » le litige, comme peut le faire le système Bruxelles I, et surtout réciproquement d'envisager l'incompétence générale des juridictions du système. Prenons la Convention de Montréal. Son article 33, qui pose en matière de responsabilité du transporteur la compétence, au choix du demandeur, « *du tribunal*

---

<sup>1196</sup> Le Règlement du Conseil n° 1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer (bien que ce dernier repose essentiellement sur le système Bruxelles I, il en modifie les termes en matière de consommation).

<sup>1197</sup> V. par exemple Convention Franco-Sénégalaise du 29 mars 1974 (publié en France par le Dc. n° 76-1072 du 17 novembre 1976), art. 56. La Convention établit par ailleurs un Comité interministériel entre les deux Etats pour répondre à des questions d'interprétation. Il est possible que l'absence de règles de compétence directe ait pour fin d'éviter de multiplier les systèmes de compétence spéciaux d'application rare et complexe. Il serait d'ailleurs difficile de circonscrire le champ d'application de tels systèmes bilatéraux (nationalité, domicile des parties ?). En tous les cas, l'abstention est certainement ici salutaire.

*du domicile du transporteur, du siège principal de son exploitation ou du lieu où il possède un établissement par le soin duquel le contrat a été conclu, [enfin du] tribunal du lieu de destination* » et, en cas de dommage physique aux personnes, du tribunal de la résidence de la victime si le transporteur exploite dans cet État un service aérien et y dispose d'un local. En ce qui concerne les États parties à cette convention, seuls les trois ou quatre juges désignés par la règle de l'article 33 peuvent être compétents, et tout autre système de compétence est banni. Sachant par ailleurs que le champ d'application est notamment conditionné à la destination du transport aérien, puisqu'il faut que cette dernière soit localisée dans un État-partie, il ne peut y avoir de lacune. L'article 33 permettra toujours la détermination d'au moins un juge compétent, il n'est donc pas nécessaire d'envisager l'hypothèse où il n'y en aurait pas. D'autres systèmes ont dissocié champ d'application et critères de rattachement. Pour éviter d'envisager l'incompétence générale des juridictions qui en sont parties, il est alors nécessaire de prévoir un chef de compétence « balai ». C'est le cas du système Marque communautaire, qui prévoit à l'article 106 du Règlement n° 207/2009 qu'en cas d'impossibilité de déterminer la compétence d'une juridiction européenne, la compétence revient aux juridictions espagnoles, État où se situe l'autorité responsable du registre de ces marques<sup>1198</sup>.

**530. Fermeture ou ouverture du système.** De tels systèmes posent ainsi l'objectif d'assurer la supervision des affaires portant sur le sujet que le texte règlemente plus largement. Ce n'est donc pas un mystère que les règlements propriété intellectuelle, qui souhaitent assurer la meilleure protection possible de ces importants éléments d'incitation à la recherche, ou les conventions transports, qui souhaitent encadrer les transports internationaux, referment ainsi leurs systèmes de compétence. Mais cela suppose de pouvoir en quelque sorte « localiser » la matière, en définissant de manière particulière l'internationalité<sup>1199</sup>. Dès lors, lorsque d'autres, comme le système Insolvabilité européenne ou celui de la Convention de la Haye de 2005, considèrent au contraire la matière en tant que telle et sans critère d'internationalité spécifique, ils ne sauraient être fermés sur eux-mêmes, sauf à risquer un universalisme autant abusif qu'inefficace. Il leur faut au contraire une règle de compétence attributive, permettant de déterminer un rattachement aux États-membres ou aux États parties. En définitive, tout système dépend d'un tel rattachement. Le choix est simplement entre une délimitation géographique du champ d'application du système lui-même et une règle de compétence attributive.

**Règles procédurales et substantielles accessoires.** On a déjà relevé, enfin, que ces systèmes, parce qu'ils sont spécialisés, développent beaucoup plus que les autres des règles accessoires. Les règlements propriété intellectuelle sont

---

<sup>1198</sup> Article 106, « *Dispositions complémentaires concernant la compétence des tribunaux nationaux autres que les tribunaux des marques communautaires.* 1. Dans l'État membre dont les tribunaux sont compétents conformément à l'article 94, paragraphe 1, les actions autres que celles visées à l'article 96 sont portées devant les tribunaux qui auraient compétence territoriale et d'attribution s'il s'agissait d'actions relatives à des marques nationales enregistrées dans l'État concerné. 2. Lorsque, en vertu de l'article 94, paragraphe 1, et du paragraphe 1 du présent article, aucun tribunal n'est compétent pour connaître d'une action autre que celles visées à l'article 96 et relative à une marque communautaire, cette action peut être portée devant les tribunaux de l'État membre dans lequel l'Office a son siège ».

<sup>1199</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 266s.

certainement les plus aboutis à ce sujet, puisqu'ils encadrent tant la compétence qu'une part de l'organisation judiciaire elle-même, sans compter les nombreuses règles de procédure à suivre dans les instances en validité ou en contrefaçon des marques ou dessins et modèles communautaires par exemple. D'autres systèmes ont par ailleurs développé des règles substantielles encadrant les conventions de juridiction : par exemple, comme on l'a déjà évoqué, les conventions transports. De ce point de vue, les systèmes spéciaux sont ainsi un peu plus approfondis que les autres, en particulier le système standard que représente Bruxelles I ; on va développer cette comparaison.

### ***B) Identité des problèmes des systèmes européens et internationaux***

**531. Différences institutionnelles des systèmes de source internationale et européenne.** On peut s'interroger sur la pertinence de distinguer entre ces deux groupes de systèmes spécialisés : les systèmes de source européenne et les autres systèmes de source internationale. Contrairement aux premiers qui disposent comme le système Bruxelles I d'un environnement très intégré, avec en particulier une haute Cour capable d'uniformiser l'interprétation des textes, les seconds sont essentiellement mis en œuvre de manière nationale. Sauf de rares systèmes auxquels sont adjoints des mécanismes de coopération<sup>1200</sup>, chaque haute cour nationale aura le dernier mot dans l'interprétation de leurs règles au sein de son ordre juridique. À reprendre les quatre types de problèmes identifiés pour le système Bruxelles I, on imagine aisément les conséquences : la cohérence en souffrira nécessairement, quand chacun apporterait sa propre solution notamment aux problèmes de complétude ou d'adaptation. On peut d'ailleurs craindre, à moyen ou long terme, que ces systèmes se transforment sous l'effet de disparité de jurisprudences, en des systèmes purement nationaux, conflictuels entre eux malgré leur source initiale. Les systèmes européens, participant d'un espace judiciaire européen, semblent ainsi bien mieux armés.

**532. Proximité normative de tous les systèmes.** S'ils sont mieux armés, toutefois, il ne faut pas en déduire une distinction qui n'a pas lieu d'être. On pourrait en effet être tenté de penser que l'intégration institutionnelle globale de l'Union européenne appelle un traitement différent pour les Règlements Bruxelles I, Insolvabilité ou encore Marque communautaire par rapport aux autres systèmes de source internationale, moins intégrés. Il n'en est rien : si la source européenne est commune à tous ces systèmes, on est cependant loin de pouvoir les traiter comme un seul droit de la compétence européen, différent des autres.

---

<sup>1200</sup> C'est le cas par exemple du système instauré par la Convention de Washington, qui institue en parallèle une autorité à même de régler les différends inter-étatiques. Il ne faudrait toutefois pas en exagérer la portée, dès l'instant où les juridictions à même d'appliquer les dispositions quant aux relations Etats-investisseurs n'ont aucun lien avec celles à même de les interpréter de manière obligatoire.



533. **Identité de problèmes européens comme internationaux.** Pour mériter un traitement spécial, il faudrait en effet que ces systèmes puissent répondre différemment aux problèmes que nous avons identifiés : cohérence, efficacité, complétude et adaptation. Or, si tout système de source internationale subit chacune de ces difficultés avec une certaine intensité, le fait qu'une partie d'entre eux relèvent d'une source européenne ne les en protège pas pour autant. En réalité, même, seuls deux éléments les distinguent de façon appréciable.

D'une part, l'existence de la Cour de justice ne résout pas le risque d'absence d'uniformité et donc de cohérence et de complétude. Que ce soit par la voie des recours préjudiciels ou, ne serait-ce que par leur menace, par celle des recours en manquements contre l'État appliquant mal le système, la présence de la Cour implique sans doute que les systèmes de compétence qui sont sous sa garde bénéficient d'une effectivité et de garanties bien supérieures aux autres. Il reste toutefois qu'il ne s'agit que de recours, c'est-à-dire de voies de droit conditionnées à une procédure concrète, et des recours internationaux, transcendant les ordres juridiques nationaux. La Cour de justice, en effet, n'est pas l'autorité suprême d'une nouvelle organisation juridictionnelle : l'espace judiciaire européen. Elle n'est pour l'instant du moins qu'une cour internationale saisie, sur recours, en interprétation de textes uniformes. Les solutions rendues par la Cour sont donc de maniement délicat : on a souvent critiqué les notions autonomes qu'elle avait produites<sup>1201</sup>. C'est que ces notions, malgré le caractère international que la Cour leur donne, restent encore artificielles, partiellement déconnectées des ordres juridiques nationaux dans lesquels elles vont devoir être employées. Des divergences d'application restent possibles. Le caractère européen d'un système n'empêche donc pas, en soi, le risque de divergences nationales et donc des incohérences entre les différents ordres juridiques d'application.

L'autre élément européen qui modifie les termes du problème tient, d'autre part, à la plus ferme volonté politique des différents acteurs d'aboutir à des solutions uniformes et intégrées au sein de l'espace que crée chacun de ces systèmes. Il ne fait aucun doute que ces systèmes, parce qu'ils mettent en œuvre l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'article 3 du Traité sur l'Union européenne, sont d'application plus sensible que ceux de source internationale. Il n'y a là, toutefois, aucun élément qui justifie de traiter différemment les premiers des seconds. Au mieux, on pourra y voir un devoir du juge de traiter avec plus d'attention les systèmes de source européenne<sup>1202</sup>.

---

<sup>1201</sup> V. par exemple M. AUDIT, « L'interprétation uniforme du droit international privé communautaire », *JDI* 2004, p. 789, V. HEUZE, V. HEUZE, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *RCDIP* 2000, p. 595.

<sup>1202</sup> Il y a certainement, ne serait-ce que du fait de l'article 88-1 de la Constitution française, un rapport de droit public particulier entre le juge national et le droit de l'Union européenne (Sur lequel v. O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz 2001 ; M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruylant 2013). Mais il faut, là encore, lutter contre l'assimilation du normatif à l'organique que pourrait promouvoir une vision publiciste du terme de compétence (qui recoupe l'intégralité de la notion d'habilitation que l'on a évoquée *supra*, n° 217s.). L'intégration politique européenne, en matière de compétence juridictionnelle internationale, est plus développée, mais pas plus approfondie que celle qui existe pour les systèmes internationaux, ne

534. **Différences de degrés, non de nature.** En définitive, on pourrait dire qu'il y a entre systèmes conventionnels et systèmes européens une différence de degré, non de nature. Les problèmes qui se posent au premier de manière aigue (cohérence, complétude, adaptation et efficacité) se posent de la même manière aux seconds. La différence tient en une force d'attraction, d'uniformisation plus grande qui devraient permettre aux systèmes européens de conserver plus facilement leur unité et d'atteindre plus facilement leurs objectifs. La différence, le cas échéant, devrait être au bénéfice des systèmes de source européenne, pas au détriment de ceux de source purement internationale.

---

serait-ce l'activité uniformisante de la Cour de justice. Par ailleurs, d'une certaine manière, le juge national est aussi juge international lorsqu'il agit à ce dernier titre. Il n'y a alors pas de raison de considérer que ce dédoublement fonctionnel est limité au seul droit européen. Georges SCELLE, qui a importé le terme en droit français, désignait déjà ainsi le rôle du juge national se faisant juge de l'ordre international, *Précis de droit des gens*, Sirey 1932, réimp. CNRS 1984, p. 43 : « L'ordonnement juridique interne ne se trouve affecté qu'en tant que, et dans la mesure où il est devenu partie intégrante de l'ordonnement juridique d'une communauté internationale. C'est ainsi que lorsqu'un traité de commerce ou d'établissement est passé par les gouvernants des Etats A et B, les stipulations de ce traité s'appliquent indistinctement à tous les sujets de droit dont la compétence est affectée par ces stipulations dans la collectivité internationale « AB », composée de ressortissants des deux Etats. Dans le domaine spécialisé auquel le traité s'applique, il n'y a plus juridiquement qu'un territoire et qu'une collectivité, qu'une société internationale. Il en résulte, pour les gouvernants et agents nationaux qui deviennent ainsi gouvernants et agents internationaux, un dédoublement fonctionnel caractéristique des relations intersociales et que nous aurons à constater fréquemment. Ce dédoublement se rencontre d'ailleurs dans les sociétés étatiques elles-mêmes où l'on voit couramment des fonctionnaires locaux investis de compétences générales et vice versa. C'est également un trait commun de l'organisation des Etats fédéraux : en définitive, c'est un phénomène normal dans toute société composée... ».

## SIXIEME CONCLUSION : LA REGLEMENTATION DE LA COMPETENCE S'ORGANISE EN SYSTEMES REPARTITEURS

535. **Organisation du droit de la compétence en systèmes de compétence.** Règlements européens, conventions internationales, droits communs et droits spéciaux internes, le droit de la compétence internationale, droit de l'organisation de l'activité juridictionnelle, est agencé en grands ensembles. Ces réglementations spéciales de la compétence, agrégeant ensemble des règles de compétence, mais aussi parfois des règles de procédure et des règles substantielles sur les conventions de juridiction, on a proposé de les appeler « systèmes de compétence » pour les différencier des textes qui les portent. Malgré leur hétérogénéité et leur diversité, l'unité que l'on avait décelée dans le jeu de la compétence impose une certaine harmonie dans les systèmes eux-mêmes.
536. **Ouverture et fermeture des systèmes.** On a pu remarquer, en particulier, un fonctionnement récurrent des systèmes, dus à une propriété particulière : celle d'ouvrir ou de fermer le réseau juridictionnel qu'il élabore. Le système peut être dit « fermé », lorsque toute affaire qui entre dans son champ d'application pourra trouver une juridiction compétente. C'est par exemple le cas de celui du règlement n°207/2009 sur la marque communautaire, ou de celui de la convention de Montréal sur le transport aérien, lesquels ont un champ délimité de telle manière qu'une des juridictions au moins des États participants au système sera toujours compétente. À l'inverse, le système de compétence est « ouvert » lorsqu'il envisage, au contraire, qu'une affaire puisse entrer dans son champ d'application mais ne pas trouver de juge compétent. Certaines de ses règles de compétence, dans ce second cas, participent en effet de son champ d'application, et leur propre échec à attribuer compétence à un juge entraîne l'inapplicabilité de toutes les autres règles de compétence du système. L'exemple classique est ici l'article 2 du Règlement Bruxelles I, qui sert à la fois de règle de compétence et, en ce qui concerne les chefs de compétence des articles 5 et suivants du même texte, de condition d'application.
537. **Fermeture et répartition.** La principale propriété du concept de système ici proposé est effectivement de mettre en valeur que la répartition, méthode première de l'organisation de compétence, n'est pas le fait de la règle de compétence. Elle relève de l'agencement propre au système lui-même. Le règlement n°207/2009 précédemment évoqué en est un bon exemple. Ce dernier organise en son sein une répartition matérielle des compétences avant la répartition géographique, répartition matérielle pour laquelle il use de trois règles unilatérales. Chacune de ces règles, prise seule, ne saurait répartir : elles se contentent de renvoyer à une juridiction ou un groupe de juridiction déjà déterminé. Toutefois, la troisième de ces règles pose la compétence matérielle de droit commun des juridictions judiciaires des États-membres, permettant ainsi la répartition : aux deux premiers groupes de juridictions leurs hypothèses d'intervention précises, pour le reste, les juridictions de droit commun interviendront. Or, si l'hypothèse même du « droit commun » est possible, c'est parce que le « droit », justement, a été désigné et

localisé dans le règlement : il s'agit du tout-venant des affaires concernant les marques communautaires, en dehors des cas d'action en contrefaçon ou en nullité d'inscription. Si un tel système avait été adopté dans un règlement « généraliste » comme le règlement n°44/2001, la troisième règle de compétence n'aurait pas pu jouer un rôle subsidiaire. Elle aurait elle-même dû poser un rattachement unilatéral pour déterminer ses hypothèses d'intervention : trois règles unilatérales, déterminant chacune une hypothèse d'intervention, auraient laissé échapper un grand nombre d'affaires et il n'y aurait pas pu avoir de répartition entre les juridictions européennes.

538. **Ouverture et attribution.** À l'inverse, lorsque le système ne se ferme pas ainsi sur un certain type d'affaire, il est obligé d'envisager l'échec et, dès lors, même les règles bilatérales qui en sont pourtant les instruments premiers, ne parviennent plus à répartir efficacement. L'exemple archétypique se trouve dans le droit commun. Depuis les arrêts *Pelassa* et surtout *Scheffel*, les règles de compétence de droit interne justifient autant la compétence du juge lorsque l'affaire est purement interne que lorsqu'elle présente un élément d'extranéité. En revanche, si le rattachement de la règle pertinente dans l'espèce, par exemple la localisation de l'immeuble pour une action pétitoire sur ce dernier, se réalise à l'étranger, le juge français ne saurait désigner le juge étranger qui ne connaît pas la même règle que lui. L'article 44 C.P.C., pourtant bilatéral et parfaitement répartiteur en droit interne, n'a plus qu'un effet attributif dès lors que l'on envisage le jeu des contentieux internationaux. La raison en est que le système de compétence de droit commun, parfaitement adapté à la répartition en droit interne, a été tellement ouvert sur l'extérieur par la jurisprudence précitée qu'il ne peut plus vraiment répartir. Un minimum de clôture du système est nécessaire à cela.

**Nécessité et utilité des systèmes.** On ne saurait donc penser la compétence sans penser en termes de systèmes, c'est-à-dire sans appréhender les règles de compétence dans leur contexte originel, ensemble, telles qu'elles ont été pensées. Or, le droit de la compétence internationale, s'il a toujours recours au droit commun, est très largement constitué de systèmes spéciaux de source internationale, conventionnelle ou européenne pour la plupart. Dès lors, si la compétence a pour fonction d'organiser, et les systèmes de compétence de répartir ou d'attribuer, les juges étrangers, partenaires au sein de ces réseaux de compétence, ne devraient plus être considérés comme tels. La frontière doit tomber. La logique même du fonctionnement des systèmes de compétence implique la révision d'un certain nombre de solutions que la théorie classique de la compétence continuait de soutenir, sans fondement.

## TITRE SECOND

# L'ORGANISATION DES SYSTEMES DE COMPETENCE

---

**TITRE SECOND : L'ORGANISATION DES SYSTEMES DE COMPETENCE**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

**CHAPITRE I : LE FONCTIONNEMENT DES SYSTEMES DE COMPETENCE**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

SECTION 1 : L'EFFICACITE DES REGLES DE COMPETENCE .....ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

Paragraphe 1) *L'effectivité des règles générales uniformes* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2) *L'unité de l'interprétation des textes internationaux* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

SECTION 2 : L'EFFICACITE DU REGIME DE LA COMPETENCE .....ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

Paragraphe 1) *Adaptation du régime de la compétence* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2) *Reconnaissance des décisions sur la compétence* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

SEPTIEME CONCLUSION : L'ALIGNEMENT DES SYSTEMES INTERNATIONAUX SUR LES SYSTEMES

INTERNES .....ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

**CHAPITRE II : LA COORDINATION ENTRE SYSTEMES DE COMPETENCE**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

SECTION 1 : CONFLIT DE NORMES ET ARTICULATION DES SYSTEMESERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

Paragraphe 1) *La détermination du système de compétence applicable* .... **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2) *Le recours à des règles extérieures au système applicable*... **Erreur ! Signet non défini.**

SECTION 2 : CONFLIT DE COMPETENCES ET RENVOIS JURIDICTIONNELSERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

Paragraphe 1) *Proposition d'un forum non conveniens* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2) *Proposition d'une action en (in)compétence* ..... **Erreur ! Signet non défini.**

HUITIEME CONCLUSION : PROPOSITIONS DE THESE .....ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

539. **Le système de compétence comme outil prospectif.** Le concept de système de compétence ne s'épuise pas dans sa fonction descriptive. Bien qu'il offre déjà une explication du fonctionnement et une organisation des règles de compétence, il est possible de lui trouver d'autres applications. En particulier, parce qu'il présente le droit de la compétence autour des normes qui l'expriment, et non autour de l'État qui les émet ou les reçoit, il permet de développer tout le potentiel de ces règles et de l'organisation qu'elles mettent en oeuvre.

540. **Conséquences du statut du système international de compétence sur le régime des règles.** La remarque vise avant tout les systèmes de source internationale. Qu'elles soient édictées par des conventions internationales ou des règlements européens, les règles de compétence qui les forment s'appliquent dans un espace international dans lequel les différentes juridictions visées sont alors considérées, pour les besoins de ces règles, comme fongibles. Sans doute, cet « espace » juridictionnel est avant tout métaphorique : le système *de compétence* ne saurait créer un nouvel ordre juridictionnel, encore moins un nouveau territoire. Mais les frontières entre les États ne comptent plus de la même manière. Au sein du réseau juridictionnel que crée le système, c'est-à-dire dans ce que l'on pourrait appeler les situations (de concurrence) *intrasystémiques*, les juridictions sont

considérées comme équivalentes. Si ces règles de compétence sont uniformes, c'est pour rapprocher l'organisation de la concurrence des juridictions destinataires de celle que peut offrir le droit interne : plus sûre, plus efficace, plus rapide.

Le régime actuel des règles de compétence internationale uniforme les ampute pourtant régulièrement de leur fonction essentielle. Pour ne prendre qu'un exemple, si l'article 5-1 du Règlement Bruxelles I désigne les juges italiens, le juge français ne devra pas pour autant l'énoncer dans sa décision ; il devra se contenter de renvoyer les parties à mieux se pourvoir. Si la solution s'accorde avec des règles à effet attributif comme les articles 14 et 15 du Code civil, solutions classiques aux problèmes de compétence internationale, elle obère étrangement le jeu normal des règles de compétence des systèmes transnationaux, dont la conclusion serait au contraire une désignation. Après avoir émancipé la compétence internationale de l'État, il faut aller au bout de la logique, et en émanciper le régime.

**541. Les limites des systèmes de compétence.** Le Règlement Bruxelles I, la Convention de Montréal ou les règlements propriété industrielle forment ainsi autant de systèmes transnationaux à même de bouleverser le régime habituel de la compétence internationale, transcendant les frontières que l'on opposait à l'organisation de la concurrence des juridictions au plan international. Eux-mêmes ont aussi leurs frontières cependant, dans ces rapports de concurrence des juges du réseau avec les autres que l'on pourrait appeler les situations *extrasystémiques*. Ces textes sont issus de rassemblements d'États, et sont limités aux États qui les reconnaissent ; et la plupart des États en reconnaissent plusieurs. En outre, ces systèmes sont souvent loin d'être complets, ne définissant souvent, par exemple, que des règles de rattachement sans en préciser le régime. Enfin, il ne faudrait pas reproduire avec les systèmes de compétence ce que l'on a écarté avec l'État : c'est-à-dire enfermer les règles de compétence dans un carcan plus théorique que positif. Le fait que les conventions de Montréal, CMR ou hydrocarbures ou encore les règlements européens résolvent mieux une partie de la concurrence juridictionnelle internationale n'implique pas de limiter l'idée même d'organisation de la concurrence juridictionnelle à ces seuls espaces. Les systèmes de compétence ont ainsi leurs limites et il faudra les articuler tant avec les autres systèmes reconnus par le for qu'avec les compétences de juges tiers.

**542. Plan.** La dernière partie de cette thèse doit donc s'attacher à étudier deux conséquences de l'évolution internationale du droit de la compétence, qui en a fait bouger les frontières. La première a trait au fonctionnement interne des systèmes de compétence de source internationale, que l'on peut rapprocher du droit interne de la compétence dans la mesure où les frontières étatiques ont perdu en importance (Chapitre 1). La seconde porte en revanche sur les frontières des systèmes de compétence eux-mêmes et sur les risques de « conflits de système » entre eux : on en proposera donc des solutions de coordination (Chapitre 2).

## CHAPITRE I :

### LE FONCTIONNEMENT DES SYSTEMES DE COMPETENCE

---

543. **La répartition au sein des systèmes transnationaux.** On ne saurait prétendre revoir ici l'intégralité du droit de la compétence. Ceux-ci n'affectent en effet pas tous les aspects des règles du droit de la compétence. Typiquement, le droit de la compétence matérielle interne n'est pas affecté par l'internationalisation de la compétence. En revanche, le concept de système de compétence impose de rappeler l'unité d'organisation que forme l'ensemble de règles de compétence issu d'une source commune. En particulier, lorsque ces règles sont de source internationale, uniformes entre plusieurs ordres juridiques et donc d'effet transnational, l'importance de ce caractère et le recul corrélatif de celle des frontières étatiques devrait permettre d'assurer une répartition efficace à l'intérieur de ce système.
544. **Compétence uniforme et coordination.** Si le droit de la compétence internationale s'est en grande partie transformé d'un droit de l'attribution des litiges internationaux à l'État à un droit de la répartition des litiges entre juridictions, cela s'est notamment traduit, comme on a pu le voir, par la reconnaissance d'une certaine fongibilité transnationale des juridictions. Des autorités administratives indépendantes nordiques et des tribunaux arbitraux privés interviennent sur un pied d'égalité avec les juges nationaux grâce à une série de règles de compétence directe qui vont attribuer, en fonction de certains critères, les litiges aux uns et aux autres. Mais ces développements du droit de la compétence, ces mises en réseaux de juridictions au-delà des frontières nationales, ne servent pour l'instant que de manière assez limitée. Elles s'opposent en effet à ce qui est considéré comme un horizon indépassable : le traitement étatique de la compétence. Cet horizon, cependant, n'est présent que dans les lunettes de l'observateur. Il est en réalité beaucoup plus ouvert que la lecture publiciste et étatique traditionnelle ne le reconnaît. Au prisme de verres plus adaptés, il semble donc aujourd'hui possible de remettre en question toute une partie du régime de la compétence internationale : celle qui a trait aux relations de compétence internes aux systèmes, que l'on pourra appeler intrasystémiques. Ainsi, au sein de systèmes de compétence transnationaux, la coordination juridictionnelle devrait pouvoir, entre juridictions partenaires, se rapprocher de ce que connaissent les juridictions nationales entre elles.
545. **Efficacité de la coordination.** Si la première conséquence du traitement du droit de la compétence par systèmes est donc la recherche de l'efficacité, cette dernière devrait tout d'abord se ressentir dans l'emploi des règles de compétence elles-mêmes. Le phénomène de la frontière ne devrait plus, dans le cadre d'un système transnational de compétence, limiter le jeu de ces règles dès lors du moins qu'elles ne relèvent que du problème de la compétence. Le droit positif l'a déjà partiellement élaboré, mais il est possible d'aller plus loin pour donner sa pleine

mesure à l'efficacité des règles de compétence (Section 1). Ensuite, comme on a pu déjà l'évoquer, le droit commun interne a développé un régime efficace de traitement des exceptions d'incompétence qui permet d'épuiser le contentieux sur ce point assez efficacement. Le régime de la compétence internationale, de son côté, est beaucoup plus rigide et peu coordonné. Or, à l'aune de plusieurs décisions internes et européennes, un nouveau régime plus efficace peut aussi être dessiné, propre aux règles transnationales de compétence, qui accélérerait et sécuriserait l'organisation de compétence au sein des systèmes (Section 2).

## **Section 1 : L'EFFICACITE DES REGLES DE COMPETENCE**

546. On peut voir deux causes potentielles d'inefficacité des règles de compétence dans les systèmes de compétence internationale. La première pourrait être entraînée par la tendance de certains systèmes de source internationale, les plus vieux ou les plus ouverts<sup>1203</sup>, à employer des règles de compétence générale, c'est-à-dire à se contenter de désigner les juridictions d'un État dans leur ensemble. Si ces règles s'associent le plus souvent avec le système de droit interne pour déterminer un juge spécialement compétent, il arrive parfois qu'aucune règle de compétence territoriale ne puisse résoudre cette dernière question au sein de l'ordre juridictionnel français : l'effectivité technique de ce type de règle passe alors nécessairement par la détermination d'un chef de compétence interne *ad hoc* (§1). Un autre problème classique, spécifique aux systèmes transnationaux, est d'éviter que des interprétations nationales différentes de la règle de compétence viennent transformer un système de compétence international uniforme en une pluralité de systèmes nationaux dérivés, et différents : il faut alors tenter de maintenir une certaine intégrité du système dans son interprétation (§2).

### **Paragraphe 1) L'EFFECTIVITE DES REGLES GENERALES UNIFORMES**

547. **La recherche de la règle interne.** Sur ce premier point, il y a assez peu à dire. Malgré l'assimilation assez généralisée de la règle de compétence générale à la forme parfaite de la règle de compétence internationale, aucun auteur n'a jamais eu pour propos de limiter la question de compétence à ce seul niveau de résolution : il faut en effet, dans tous les cas, déterminer une juridiction précise au sein de l'ordre juridique national ainsi désigné. En l'absence de cette dernière étape, la règle de

---

<sup>1203</sup> Lorsqu'un système ne précise pas sa condition de mise en jeu et se contente d'établir des chefs de compétence attributif, comme le système Bruxelles I, la règle de compétence générale est même nécessaire pour éviter le fonctionnement du droit interne de la compétence, v. *supra* n° 291s.



compétence internationale n'en serait pas vraiment une, et la convention internationale ou le règlement européen qui la porterait ne serait pas effectif. À l'affirmation de cette nécessité (I) succède alors la détermination d'une règle *ad hoc* de compétence spéciale (II).

### I) Nécessité de la création d'une règle de compétence spéciale *ad hoc*

548. **Rappel sur l'article 14 du Code civil.** Le problème a été découvert dans le cadre de l'application de l'article 14 du Code civil. Cet article ne disposait que de la compétence générale des tribunaux français dans leur ensemble. Il fallait donc bien déterminer quelle serait le tribunal spécialement compétent par une autre règle. La première tendance de la jurisprudence fut d'appliquer – en les altérant parfois quelque peu – les principes de droit interne, dans la lignée de ce que faisait d'ailleurs la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du Code civil<sup>1204</sup>. À défaut de réalisation en France du rattachement visé par la règle, on tentait alors une extension de ce rattachement en recherchant, par exemple, le domicile de fait voire une résidence de fait du défendeur en France<sup>1205</sup>. Plus tard, le juge fut confronté à des hypothèses dans lesquelles ces éléments-là ne suffirent plus toujours à assurer une compétence interne. Lorsque le demandeur français disposait d'un domicile en France, c'est ce rattachement qui, subsidiairement, fut alors reconnu comme chef de compétence interne<sup>1206</sup>. Enfin, lorsque ni les deux premiers ni le dernier de ces critères ne s'avérèrent disponibles dans une affaire présentant une partie française, la jurisprudence opta pour laisser un libre choix au demandeur<sup>1207</sup>.
549. **Extension à d'autres systèmes internationaux de compétence.** Depuis, d'autres systèmes internationaux formulant des règles de compétence générale ont usé du même artifice. Les systèmes européens (y compris bilatéraux, avant la

---

<sup>1204</sup> Cass. 8 thermidor an XI (27 juillet 1803), cité par H. GAUDEMET-TALLON, *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil*, PUF 1964, p. 36. Il faut dire que le rattachement des litiges au juge du défendeur est une règle dont on peut tracer l'histoire de manière assez régulière jusqu'à l'Antiquité (*Ibid.*).

<sup>1205</sup> v. sur les premières décisions J.-P. NIBOYET, *op. cit.*, n° 93s., p. 283 et 122bis p. 287.

<sup>1206</sup> Civ. 9 mars 1863, *D. P.* 1863, 1, 176 ; 4 mars 1885, *S.* 1885, 1, 169 ; Req. 4 mars 1924, *D. P.* 1924, p. 263. La plupart des auteurs avaient par ailleurs soutenu cette interprétation renversée de la règle *actor sequitur* (*Ibid.* n° 113s.).

<sup>1207</sup> On cite traditionnellement Colmar, 30 avr. 1863, (*S.* 1863, 2, 125) comme le premier arrêt ayant entériné ce principe d'autonomie subsidiaire. Cependant, l'arrêt s'explique moins par une totale autonomie que par le mélange, qualifié en d'autres hypothèses de théorie de la localisation (on pense en particulier à la fameuse plaidoirie des *Epoux de Ganey* de Dumoulin sur le rattachement en matière de régime matrimonial-B. ANCEL et H. MUIR WATT, « Annotation sur la consultation 53 de du Moulin traduite en français », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica 2008, p.1, ou à la recherche de la loi applicable au contrat selon le Doyen BATIFFOL), entre choix du demandeur et confirmation par des éléments de rattachements objectifs. Bien que les éléments objectifs aient été les mêmes, il apparaît que, de ce point de vue, le jugement du Trib. civ. Belfort, 28 mai 1924 (*Gaz. Pal.* 1924, 2, 229) et surtout l'arrêt de la cour d'appel de Colmar 12 nov. 1925, *Rev. jur. Alsace et Lorraine* 128, p. 375 étaient bien plus affirmatif sur l'étendue de la liberté accordée au demandeur. L'affirmation fut confirmée plus tard par Soc. 8 nov. 1956, *Bull.*, IV, n° 822 et surtout Civ. 23 avr. 1959, *Weiller*, *D.* 1959, p. 377, note G. Holleaux et RCDIP 1959, p. 495, note Ph. Francescakis. V. encore Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 juin 1978, *Dame Mora*, RCDIP 1978, p. 722, note B. Audit ; *D.* 1979, I.R. p. 337, note B. Audit ; *JDI* 1979, p. 141, chron. Ph. Kahn.

Convention de Bruxelles) n'ont que rarement été confronté au problème, notamment du fait de l'emploi fréquent de règles de compétence spéciale<sup>1208</sup>. Ce sont essentiellement des conventions transports, employant des règles de compétence générale désignant l'État du lieu de livraison, qui ont réclamé une telle interprétation. Ainsi, dans un arrêt du 20 décembre 2000<sup>1209</sup>, la Cour de cassation a approuvé l'analyse d'une Cour d'appel dans des termes particulièrement bien choisis:

*« le demandeur, autorisé, par application de l'article 31-1-b de la Convention de Genève du 19 mai 1956 " CMR ", à saisir la juridiction du pays du lieu prévu pour la livraison, ne pouvait se voir privé de ce droit par l'absence d'une règle de droit interne reconnaissant ce critère de désignation du for, la cour d'appel, qui a considéré que la saisine du tribunal de commerce de Paris, dans le ressort duquel les marchandises auraient dû être livrées était conforme aux exigences d'une bonne administration de la justice, a, par ce seul motif et abstraction faite de celui qui est justement critiqué par la deuxième branche, justifié sa décision ».*

Cet arrêt a été confirmé l'année suivante par un autre optant pour une formulation assez proche<sup>1210</sup> et fut encore repris par la suite<sup>1211</sup>. L'affirmation a ceci de pédagogique qu'elle pose le fondement même de la création de la règle de compétence territoriale : l'effectivité de la règle de compétence générale, ici l'article 31 de la Convention CMR<sup>1212</sup>. Mais comme précisément l'effectivité le requiert, et à l'instar de la question plus générale de l'adaptation des règles de compétence interne<sup>1213</sup>, une telle règle *ad hoc* n'est nécessaire qu'en l'absence d'une autre<sup>1214</sup>.

---

<sup>1208</sup> Les quatre conventions bilatérales et les premières conventions transport (pour la navigation sur le Rhin et la Convention de Berne sur les transports ferroviaires) renvoyaient soient à des tribunaux spécialement désignés, soit usaient dans leurs règles de compétence générale de notions qui ne soulevaient pas de problème spécifique de renvoi à une règle de compétence interne (typiquement le domicile du défendeur), v. A. PILLET, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Paris, 1913.

<sup>1209</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 déc. 2000, RCDIP 2001, p. 682, note V. Heuzé ; *Dr. et pat.* juin 2001, p. 122, note F. Monéger.

<sup>1210</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 décembre 2001, n° 00-11704, JCP 2002, IV, 1108 : « Mais attendu qu'après avoir énoncé qu'aux termes de l'article 31-1-b de la Convention de Genève du 19 mai 1956, dite CMR, le demandeur peut saisir la juridiction du pays du lieu de la prise en charge de la marchandise et retenu, à bon droit, que cette disposition doit s'interpréter comme permettant la saisine de l'ordre juridictionnel national du lieu de cette prise en charge, sans que l'application subséquente des règles de compétence territoriale interne à cet ordre puisse avoir pour effet d'écarter la compétence générale expressément voulue par le Traité international, la cour d'appel, qui a considéré que la saisine du tribunal de commerce d'Orléans, dans le ressort duquel la marchandise avait été prise en charge, était conforme aux exigences d'une bonne administration de la justice, a ainsi légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ».

<sup>1211</sup> Com., 8 janv. 2008, JDI 2009, p. 184, note O. Cachard ; Com., 11 oct. 2011, JCP E 2012, n° 38, chron. 1553 par C. Legros.

<sup>1212</sup> A vrai dire, elle va même plus loin, puisqu'elle le place sous un angle subjectif, celui du « droit » à un tribunal français. Considérer la règle de compétence comme un droit subjectif est une conception pour le moins discutable (v. supra, n° 408s), mais la solution d'imposer une compétence *ad hoc* interne pour permettre l'efficacité de la règle de compétence offerte aux acteurs du commerce international est parfaitement logique. En ce sens, v. R. LOEWE, *Commentary on the Convention of the 19 May 1956 on the Contract for the International Carriage of Goods by Road*, Pub. N.U. 1975, spéc. p. 72s.

<sup>1213</sup> V. supra, n° 295s.

<sup>1214</sup> C'était le sens même d'un arrêt *Pelissier* de 1980 : « Mais attendu que si, d'après les règles de compétence territoriale interne, il n'existe pas en France de tribunal spécialement compétent pour connaître d'un litige auquel un Français est partie, la demande est portée devant le Tribunal français que les circonstances font apparaître comme particulièrement désigné au regard d'une bonne administration de la justice », Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janv. 1980, Bull. n° 38. Dans cette espèce, le demandeur à une procédure de divorce s'était par ailleurs vu refuser le droit d'assigner à Périgueux, où il se trouvait momentanément, et renvoyé devant le juge aux affaires

550. **Critiques doctrinales.** Certains auteurs s'opposent à cette lecture des règles de compétence générale uniformes et proposent de considérer plutôt qu'il s'agit de règles de « conflit de systèmes » qui se contentent de renvoyer au droit national de l'État ainsi désigné<sup>1215</sup>. Ces règles auraient alors comme seule fonction de limiter la compétence internationale des juridictions de l'État et non d'en ajouter. L'analyse vient bien sûr en écho à la conception publiciste de la compétence internationale que l'on dénonçait en première partie. Mais, même sans revenir sur ce point, on pourrait tout autant juger que la règle qui énonce « les juridictions de l'État de livraison sont compétentes » exprime ce qu'elle dit, et non que « les juridictions de l'État de livraison sont compétentes si son droit interne le permet ». Du point de vue de l'obligation internationale de l'État, une telle interprétation serait d'ailleurs assez potestative<sup>1216</sup>.

## II) Détermination d'une règle spéciale *ad hoc* de principe

551. Si la doctrine majoritaire admet la nécessité d'une règle *ad hoc* de compétence spéciale, elle n'est toutefois pas unanime sur la réponse à apporter à cette question. Une partie de la doctrine française semble vouloir se fonder sur l'article 42 alinéa 3 du Code de procédure civile introduit par un décret de 1981<sup>1217</sup>. Une autre lui

matrimoniales de Thonon-les-bains, sa femme habitant encore l'ancien domicile commun du couple, avec leur enfant, à Lausanne (Sur l'état de l'affaire en appel, Bordeaux, 20 févr. 1978, *D.* 1979, I.R. p. 166, obs. J.-C. Groslière).

<sup>1215</sup> V. HEUZE, note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 déc. 2000, *RCDIP* 2001, p. 682 ; J.-P. BERAUDO, « Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2013, comm. n° 6.

<sup>1216</sup> M. BERAUDO, cité *supra*, appuie cette analyse par le rapport Jenard, d'une part, et un arrêt du 12 janvier 2011 d'autre part. Le rapport officiel sur la convention de Bruxelles de 1968 dit en effet en substance que « [le] défendeur domicilié dans un État contractant ne doit pas nécessairement être assigné devant le tribunal du lieu où il a son domicile ou son siège. Il peut l'être devant tous les tribunaux de l'État où il a son domicile et qui sont compétents selon la loi de cet État ». S'il s'agit clairement d'un rappel du caractère général de la règle de compétence de l'article 2, la dernière partie de la citation ne nous semble pas conditionner le jeu de l'article 2 à cette loi interne, ce d'autant plus que le rapport n'a pas pris en compte la possibilité – improbable – selon laquelle les règles de droit interne ne permettent pas d'avoir recours au domicile du défendeur (v. *Rapport Jenard*, p. 19). L'arrêt précité, par ailleurs (Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 janv. 2011, *RCDIP* 2011, p. 438, note É. Gallant ; *Gaz. Pal.* 27 mai 2011, p. 31, note M. Eppler) ne se fondait pas sur l'article 2 du Règlement Bruxelles I, mais sur l'article 7 du Règlement Bruxelles II bis. La différence n'est pas que de texte : là où l'article 2 fonde la compétence des juridictions de l'État du domicile du défendeur, l'article 14 renvoie au droit national des États membres lorsqu'aucune juridiction n'est compétente au titre du Règlement Bruxelles II bis, c'est-à-dire précisément le renvoi qu'opère l'article 4 dans le Règlement Bruxelles I. Ainsi, alors que l'article 2, par son rattachement, fonde une compétence (générale), l'article 7 exprime le caractère ouvert du Règlement Bruxelles IIbis qui permet encore de rechercher la compétence du juge lorsque ses propres règles de rattachement n'en ont pas attribué. Les fonctions des deux articles sont donc foncièrement différentes : résoudre le problème de compétence pour le premier, articuler le système avec les systèmes subsidiaires pour l'autre. L'arrêt n'éclaire donc pas le problème : on ne saurait s'appuyer sur un article prévoyant le subsidiarité du droit interne sur le droit de l'Union européenne pour en déduire que les règles de compétence de ce droit sont soumises à leur « confirmation » par le droit interne de la compétence.

<sup>1217</sup> Décret n° 81-500 du 12 mai 1981. En matière d'adoption, l'article 1166 énonce une règle spéciale en matière d'adoption ouvrant aussi au requérant le choix de la juridiction compétente lorsque le potentiel adopté et lui demeurent à l'étranger. Comme A. HUET (*J.-Cl. Dr. int.*, fasc. 581-31, n° 37), nous aurions tendance à considérer cette règle comme une règle de compétence spéciale, et non une règle de compétence résolvant seule le problème de la compétence internationale. L'interpréter comme une règle unilatérale de compétence aurait comme conséquence de permettre à tout intéressé

préfère la jurisprudence antérieure, minimisant la portée de cet alinéa de l'article 42. Après une critique de la première de ces positions (A) on proposera une synthèse des analyses de la seconde (B).

### A) Critique du recours à l'article 42 alinéa 3 du Code de procédure civile

552. **Libéralisation du choix du demandeur.** Depuis les débuts des réflexions sur l'autonomie du demandeur dans le choix d'un tribunal interne compétent en l'absence de règle applicable, les auteurs ont insisté sur l'existence de limites intrinsèques à ce choix<sup>1218</sup>. Les premiers arrêts entérinant le choix du demandeur avaient été justifiés par les raisons objectives de ce choix<sup>1219</sup>. Dans l'expansion régulière de la faveur à l'autonomie de la volonté au début du XX<sup>e</sup> siècle, il devenait cependant naturel d'accorder une large liberté au demandeur dès lors qu'il ne disposait pas de domicile en France. Même alors, toutefois, la jurisprudence posait la condition négative de l'absence de fraude<sup>1220</sup>. Par la suite, elle généralisa l'option au profit du demandeur même lorsqu'il disposait d'un domicile sur ce territoire ; elle ne le permit toutefois que dans la mesure où le juge saisi apparaissait, suivant des « *circonstances spéciales* », comme « *particulièrement désigné au regard d'une bonne administration de la justice* »<sup>1221</sup>. L'article 42 alinéa 3 du Code de procédure civile, aujourd'hui, semble proposer un choix encore plus ouvert. À l'interpréter comme une règle de compétence spéciale générique, il ne limite en

---

de saisir un juge français en adoption de n'importe quel autre individu, ce qui apparaît immédiatement aberrant.

En revanche, nous n'aurions pas les mêmes préventions pour l'article 1431 du Code de procédure civile, lequel énonce, pour la reconstitution d'actes détruits, que « [l]e tribunal compétent est celui du lieu où l'acte a été établi ou si l'acte a été établi à l'étranger, celui du lieu où demeure le demandeur ; si celui-ci demeure à l'étranger, le tribunal de grande instance de Paris ». On ne voit pas, tout simplement, pourquoi il faudrait ici entendre la nécessité de limiter la compétence aux seuls demandeurs français (s'agissant d'une procédure gracieuse, l'article 15 ne saurait jouer). Il est vrai que l'idée même que les juridictions parisiennes s'ouvrent ainsi à toute demande en reconstitution d'acte, et surtout d'actes sous-seing privé, peut choquer (Sur la procédure de reconstitution d'actes, v. J. BAILLY et L. LAUVERGNAT, *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 996). Le risque, au regard du faible nombre de demandes de reconstitution d'acte, est assez faible toutefois. Par ailleurs, c'est même l'interprétation de l'article 1431 comme d'une règle spéciale qui peut choquer. Faut-il en effet interdire au requérant l'accès aux juridictions françaises pour rétablir un acte d'état civil familial, la page d'un registre des privilèges portant mention d'un nantissement en sa faveur ou l'acte authentique établissant l'achat de sa résidence en France parce que ce requérant n'est pas français (ni communautaire, bénéficiant de l'article 4-2 du Règlement Bruxelles I) ? Comparé au risque faible d'encombrement des tribunaux, l'exclusion de ce type de requête du rôle des tribunaux parisiens (et français) paraît bien exagérée.

<sup>1218</sup> J.-P. NIBOYET, *ibid.*, note 2. V. aussi J. FÉLIX, *Traité de droit international privé*, Paris 1840, n° 171 ; J. GUICHARD, *Traité des droits civils*, Paris 1826, n° 276s. ; J. COIN-DELISLE, *De la jouissance et privation des droits civils*, Paris 1835, art. 14 et 15, n° 27s., p. 41 ; B. LEGAT, *Code des étrangers*, Paris 1832, p. 316.

<sup>1219</sup> V. l'arrêt précité de la Cour d'appel de Colmar du 30 avr. 1863 précité.

<sup>1220</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 avr. 1959, *Weiller* précité ; Civ. 1<sup>ère</sup> 5 déc. 1961, *Bull.* n° 459.

<sup>1221</sup> Civ. 9 déc. 1960, *D.* 1960, p. 509 note Lenoan, *RCDIP* 1960, p. 390, note Ph. F. ; Civ. 1<sup>ère</sup> 14 févr. 1962 qui valide un choix correspondant « *aux exigences d'une bonne administration de la justice* », *D.* 1962, p. 181 note G. Holleaux, *RCDIP* 1963, p. 87, note P. Lagarde ; *JDI* 1963, p. 140, note J.-B. S. ; en dernier lieu Civ. 13 juin 1978, *Dame Mora*, *RCDIP* 1978, p. 722, note B. Audit, *D.* 1979, I.R. 337 du même auteur, *JDI* 1979, p. 141, chron. Ph. Kahn et *Pelissier*, Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janv. 1980, *Bull.* I, n° 38.

effet pas le choix du demandeur à un quelconque principe. Il faut donc d'abord voir la portée de l'article 42 alinéa 3.

**553. Ambigüités de l'article 42 alinéa 3 C.P.C.** Cet article est certainement d'une interprétation difficile. Il énonce en effet :

*« Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure ou celle de son choix s'il demeure à l'étranger ».*

La polysémie de la phrase naît de l'alternative entre les deux situations envisagées, l'une interne (domicile du demandeur en France), l'autre internationale (domicile du même à l'étranger), le tout conditionné par l'absence de domicile ou de résidence connue du défendeur. Dans sa lettre, l'article 42, alinéa 3 du Code de procédure civile enjoint donc de considérer uniquement l'hypothèse de l'absence de domicile ou de résidence du défendeur connue et en déduit, selon que le demandeur a un domicile en France ou non, deux hypothèses alternatives de compétence territoriale. La première branche de l'alternative semble ainsi avant tout être une règle de compétence purement interne, palliative de l'ignorance du lieu qui, en principe, décide du juge compétent. Elle ne l'est pas nécessairement cependant : il est aisé d'imaginer que, si le domicile et la résidence sont ignorés du demandeur, cela peut-être notamment parce que le défendeur demeure à l'étranger<sup>1222</sup>. On remarquera aussi que la seconde situation est déjà par hypothèse internationale, puisque le demandeur est domicilié à l'étranger et le domicile du défendeur inconnu. Du fait de la multiplication des hypothèses prévues par ce texte, les auteurs divergent sur la portée à lui accorder.

**554. Interprétations doctrinales.** Certains auteurs insistent sur la condition posée en début de phrase, interprétant alors l'article 42 alinéa 3 C.P.C. comme une règle de compétence internationale indépendante limitée aux cas d'ignorance du domicile ou de la résidence du défendeur<sup>1223</sup>. Le défaut de cette interprétation est que la règle de compétence ne requiert alors aucun lien particulier avec le territoire français, offrant ainsi à n'importe quel demandeur de saisir un juge français pour n'importe quelle affaire dès lors qu'il ne connaît ni le domicile, ni la résidence du défendeur.

D'autres auteurs, pour pallier ce défaut, l'interprètent donc comme une règle qui n'a vocation à s'appliquer qu'à la suite des articles 14 et 15 du Code civil, toujours dans l'hypothèse, toutefois, où le défendeur n'a *aucun* domicile ni résidence connue<sup>1224</sup>. Le défaut de cette hypothèse-ci est de réduire fortement le champ d'application de cette règle. Au cas de l'article 14 du Code civil, cet article offrirait

---

<sup>1222</sup> L'hypothèse ne semble pas d'école, au regard des problèmes de signification, v. par exemple Aix 12 déc. 2008, n° 08/11210, où le défendeur s'était fait représenter à l'instance et, alors que le demandeur l'avait recherché en France, arguait d'un domicile en Afrique du Sud. *Contra*, A. HUET, *op.cit.*, n° 41.

<sup>1223</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, n° 673 ; L. CADIET et E. JEULAND, n° 179.

<sup>1224</sup> B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 426 ; M.-L. NIBOYET et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 396 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Rep. D. Int.*, fasc. « Compétence internationale », n° 135 ; et, semble-t-il, P. MAYER et V. HEUZE, n° 295.

ainsi la compétence spéciale pour le Français ne disposant d'aucun renseignement sur le domicile ou la résidence de son défendeur<sup>1225</sup>. Au cas de l'article 15 du Code civil, il s'agirait d'assigner en France le Français dont on ne connaît pas le domicile ou la résidence<sup>1226</sup>. Sans être impossible, on concèdera que l'hypothèse est marginale<sup>1227</sup>.

Un dernier groupe d'auteurs, enfin, propose donc de lire la règle d'une manière plus internationale, bien que toujours sous l'angle des articles 14 et 15 du Code civil<sup>1228</sup>. Dans l'hypothèse où ce système de compétence privilégié pourrait jouer, l'article 42 alinéa 3 s'appliquerait lorsque le défendeur n'aurait ni domicile ni résidence connu *en France*<sup>1229</sup>. L'interprétation est séduisante, mais on avouera que c'est aussi celle qui s'éloigne le plus du texte, notamment parce que la *connaissance* du domicile du défendeur n'est alors plus vraiment en jeu. Il s'agit tout simplement en réalité de pallier l'absence en France de domicile ou de résidence elle-même.

**555. Interprétations jurisprudentielles.** De leur côté, les interprétations judiciaires sont assez peu nombreuses. On n'a pu recenser qu'une quinzaine d'arrêts, dont deux de la Cour de cassation, depuis l'entrée en vigueur du texte il y a trente ans<sup>1230</sup>. Or, en dehors de deux décisions, celles qui ont trait à des situations internationales appliquent toutes directement l'article 42 alinéa 3, sans passer par l'article 14 ou 15 du Code civil. De ces deux exceptions, seule la plus ancienne est d'ailleurs représentative<sup>1231</sup> ; la seconde ne cite l'article 14 du Code civil que pour évoquer le fait que les parties avaient accepté le principe de son application<sup>1232</sup>. En

---

<sup>1225</sup> Il faut ajouter à cette hypothèse celle de l'étranger domicilié en France, dans le domaine d'application matériel du Règlement Bruxelles I, suivant la prescription de son article 4-2.

<sup>1226</sup> On ne saurait étendre l'article 15 par le biais de l'article 4-2 du Règlement Bruxelles I puisque l'on ne connaît par hypothèse pas son domicile.

<sup>1227</sup> C'est la critique principale émise par A. HUET à l'encontre de cette interprétation de la règle, A. HUET, *op.cit.*, n° 39.

<sup>1228</sup> LOUSSOUARN, BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 737 ; A. HUET, fasc. 581-31 précité, n° 39s.

<sup>1229</sup> Là encore, on peut préciser : et en Europe ou dans tout autre pays dont les domiciliés sont protégés par un système de compétence particulier puisque dans le cas contraire, les articles 14 et 15 seraient exclus.

<sup>1230</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 29 janv. 1992, *Bull.* I, n° 35; *Dr. soc.* 1992, comm. 202, obs. T. Bonneau ; *JCP* 1992, IV, n°920 ; *D.* 1992, I.R. p. 83 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 mai 2001, n° 99-20.282 lequel reprend mot pour mot les motifs de l'arrêt de 1992. Devant les cours d'appel, le faible nombre d'arrêt tient aussi certainement à des problèmes de disponibilité des décisions (et peut-être de politique judiciaire), à preuve les arrêts de la Cour d'appel d'Aix très largement surreprésentés ces dernières années: Versailles, 9 mai 2012, n° 11/02942 où la cour emploie l'article 42 alinéa 3 pour pallier l'interprétation étrange d'une renonciation à une clause attributive de compétence désignant les tribunaux de Colmar en jugeant qu'elle n'avait pas pour autant renoncé aux juridictions françaises ; Aix, 20 oct. 2010, n° 09/23590 ; Aix 12 déc. 2008, n° 08/11210 ; Aix, 13 nov. 2008, n° 06/19087 ; Aix, 22 mai 2008, n° 07/19546 ; Aix 9 janv. 2008, n° 05/01448 ; Toulouse, 12 sept. 2006, n° 06/0194 ; Montpellier, 31 mars 2003, n° 05/02206 ; Versailles 26 nov. 2002, n°2002-6344 puis 30 oct. 2003, n° 2002-06344, où la Cour soulève d'office l'applicabilité de cet article pour fonder sa compétence pour une mesure provisoire sous Bruxelles I, puis se dédit (cette affaire a donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juin 2007, *RCDIP* 2007, p. 847, note E. Pataut ; *D.*2008, p. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke) ; Colmar, 8 avr. 1991, *Gaz. Pal.* 1991, somm. 404 ; Paris 22 févr. 1990, *JDI* 1991, p. 152, obs. A. Huet. V. aussi, antérieurement Req. 1<sup>er</sup> févr. 1916, *S.* 1918-1919, 1, 137, note R. Cassin, qui tranche en faveur du domicile du demandeur pour un cas où le défendeur français était domicilié à l'étranger.

<sup>1231</sup> Paris 22 févr. 1990, *précité* qui applique l'article 42 alinéa 3 C.P.C. sous l'article 14 Cciv, en toute connaissance du domicile saoudien du défendeur.

<sup>1232</sup> Aix, 20 oct. 2010, *précité*. Bien que cet « accord procédural » ne doive avoir d'autre effet que d'empêcher l'une des parties de s'y opposer ensuite : si l'article 92 C.P.C. énonce que le juge a la faculté de relever d'office son incompétence internationale, il serait surprenant que les parties puissent l'en empêcher par un tel accord.

outre, revenant ainsi sur le sens de la jurisprudence des années 60 précédemment évoquée, les juridictions du fond semblent interpréter l'article sous une double hiérarchie : d'une part, celui-ci ne joue qu'en l'absence d'autre for compétent<sup>1233</sup>, d'autre part le demandeur doit, lorsqu'il ne connaît pas le domicile du défendeur en France ni à l'étranger<sup>1234</sup>, assigner devant son domicile<sup>1235</sup>. Ce n'est qu'à défaut de domicile en France qu'il dispose d'un choix<sup>1236</sup>.

556. **Analyse de la jurisprudence.** La jurisprudence, essentiellement des juges du fond, démontre ainsi un grand attachement à la lettre du texte. Si elle fait assez peu de cas de l'aspect international des situations dans ces décisions, on ne saurait pour autant le lui reprocher. Elle applique en effet à la lettre la jurisprudence *Pelassa* et *Scheffel*, dont on a vu qu'elle n'avait d'autre effet que d'exclure une quelconque exception d'internationalité à l'application des règles du droit commun<sup>1237</sup>. Par ailleurs, si nous ne disposons pas d'exemple d'affaire où le demandeur n'ait pas été français, certains arrêts marquent clairement l'impossibilité d'agir en France à l'encontre d'un défendeur dont on connaît le domicile à l'étranger<sup>1238</sup>.

La jurisprudence condamne donc globalement la troisième proposition doctrinale, celle interprétant l'article 42 alinéa 3 comme une règle de compétence subordonnée à la compétence générale des juridictions françaises mais ouverte au demandeur à défaut de domicile du défendeur en France. On peut hésiter, en revanche, entre les deux premières interprétations : la plus libérale, qui ferait directement jouer à l'article 42 alinéa 3 un rôle directement attributif de compétence aux juridictions françaises, et la plus restrictive, qui ne le ferait jouer qu'après confirmation de cette compétence par les articles 14 et 15 du Code civil par exemple, et encore uniquement lorsque le domicile et la résidence du défendeur sont inconnus. Entre ces deux, la première interprétation semble dominer, mais il n'existe pas d'arrêt se

<sup>1233</sup> Toulouse, 12 sept. 2006, n° 06/01941 (inapplicabilité car 1070 C.P.C. s'applique) ; Montpellier, 31 mars 2003, n° 05/02206 (inapplicabilité car domicile des défendeurs connus à l'étranger et subsidiaire à l'article 46 dans une affaire d'atteinte au droit à l'image des biens –une boucherie du Cap d'Agde en site naturaliste).

<sup>1234</sup> Aix 12 déc. 2008, n° 08/11210 (qui accepte la compétence car le défendeur était présent à l'instance et ne démontre son domicile allégué en Afrique du sud); Aix, 13 nov. 2008, n° 06/19087 (où la Cour considère qu'un bien immobilier en France et des déplacements en France prévaut, pour la détermination du domicile, sur une location, des fiches de paies et d'imposition en Italie ; v. d'ailleurs Paris, 18 févr. 1994, D. 1994, somm. 351, obs. B. Audit, qui prenait justement la position contraire sur l'interprétation des articles 42 et 43 C.P.C.) ; Aix 9 janv. 2008, n° 05/01448 (inapplicable du fait de courrier démontrant la connaissance du domicile au Bénin, la Cour renvoie les parties à mieux se pourvoir); Toulouse, 12 sept. 2006, n° 06/01941 (inapplicabilité car l'article 1070 C.P.C. s'applique). *Contra*, Aix, 22 mai 2008, n° 07/19546, où la Cour interprète l'article comme s'appliquant « lorsque le défendeur demeure à l'étranger » mais sans qu'elle ait besoin de l'appliquer en l'espèce.

<sup>1235</sup> Confirmant ainsi le retour de l'importance du domicile du demandeur prévu par certains auteurs, B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 426. V. cependant, peu clair sur ce point, Colmar, 8 avr. 1991, *Gaz. Pal.* 1991, somm. 404 qui semble interpréter cet article comme ouvrant entière liberté au demandeur lorsque le défendeur demeure à l'étranger.

<sup>1236</sup> Très clair sur ce point, malgré le passage par l'article 14 du Code civil : Aix, 20 oct. 2010 précité (accord des parties sur l'emploi de l'article 14, mais la Cour indique que la juridiction du domicile du demandeur doit alors prévaloir sur celle du choix). C'est aussi le sens des deux décisions de la Cour de cassation, sanctionnant les arrêts d'appel d'avoir accepté que les demandeurs, des sociétés, assignent devant les juridictions dans le ressort desquels se trouvait l'établissement en cause.

<sup>1237</sup> V. *supra* n° 496.

<sup>1238</sup> Montpellier, 31 mars 2003, n° 05/02206, précité.

prononçant sur la possibilité ou l'impossibilité de le mettre en œuvre dans un litige entre étrangers ce qui empêche d'écarter clairement la seconde.

557. **Interprétation critique.** En définitive, le choix de la dernière interprétation semble devoir s'imposer. Bien que l'argument de texte soit fort, donner à l'article 42 alinéa 3 C.P.C. une pleine application internationale aurait comme effet pervers de rendre les articles 14 et 15 du Code civil *ipso facto* inapplicables<sup>1239</sup>. Puisque l'article 42 alinéa 3 ne requiert strictement aucun rattachement avec la France, il serait ainsi plus libéral que le chef de compétence fondé sur le déni de justice lui-même, lequel requiert *a minima* un rattachement quelconque avec le territoire français<sup>1240</sup>. Ainsi interprété, l'article 42 alinéa 3 est à même de bouleverser une bonne partie du droit français de la compétence internationale. La cohérence doit ici prévaloir : il faut verser cette règle au rang des règles internes applicables en cas de compétence générale des tribunaux français.
558. **Arrêt *Hypotecni Banka*.** En outre, il faut ici rappeler la jurisprudence *Hypotecni Banka* de la Cour de justice de l'Union<sup>1241</sup>. Cette dernière a imposé à une juridiction tchèque confronté à l'ignorance du domicile actuel d'un allemand autrefois domicilié dans son ressort d'appliquer d'abord le système Bruxelles I et de se considérer ensuite compétent sur le fondement de l'article 16 du règlement éponyme, c'est-à-dire comme juridiction du dernier domicile connu du consommateur. Dans la mesure où rien n'impose de limiter la solution au consommateur, il faut en déduire que, dès lors qu'une personne est poursuivie en France où elle avait son dernier domicile connu, on ne pourra appliquer l'article 42 alinéa 3 du Code de procédure civile qu'à la suite du système Bruxelles I et non indépendamment. Cela laisse en tout cas ouvert la question de la détermination, en l'absence d'autre chef de compétence, de la juridiction interne spécialement compétente.

---

<sup>1239</sup> En effet, le caractère subsidiaire de ces derniers articles limite leur mise en œuvre au cas où aucun des critères de rattachement des règles de compétence applicables de droit commun ne se réalise sur le territoire français. Si l'article 42 alinéa 3 C.P.C. devait être interprété comme faisant partie de ce droit commun, il faudrait ainsi vérifier que le rattachement qu'il utilise se produit sur le territoire français avant d'envisager l'application des articles 14 et 15 du Code civil. Or ce rattachement n'existe pas : puisque le demandeur en a le choix (dès lors du moins qu'il n'a pas de domicile en France), il n'a que la consistance que ce dernier souhaite lui donner. Il s'agit plus d'une autorisation de prorogation unilatérale de for que d'une véritable règle de compétence. Bien sûr, il faudrait qu'il ne connaisse pas le domicile du défendeur. Cependant, le procédé de l'exception restant celui par lequel le débat procédural peut être ouvert sur ce point, il reviendrait en pratique le plus souvent au défendeur de démontrer que le demandeur le connaissait, ce qui peut être délicat. À défaut, le demandeur pourrait tout simplement choisir une juridiction française sans aucune base objective de compétence.

<sup>1240</sup> Même si ce lien peut être aussi ténu que celui du passage en France de la victime, v. Soc. 10 mai 2006, *RCDIP* 2006, p. 856, note P. Hammje et E. Pataut ; *JDI* 2007, p. 531, note J.-M. Jacquet ; *JCP* 2006, II, 10121, note S. Bollée ; *D.* 2006, p. 1400, note P. Guiomard et 2007, p. 1752, obs. P. Courbe ; *RDC* 2006, p. 1260, note P. Deumier.

<sup>1241</sup> CJUE, 17 nov. 2011, Aff. C-327/10, *RCDIP* 2012, p. 411, note M. Requejo et G. Cuniberti ; *D.* 2011, p. 2876 et 2012 p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *Rev. Europe* 2012, comm. 53 par L. Idot., v. *supra* n° 286 et la note).



## **B) Proposition d'une méthode de détermination du chef de compétence spéciale**

559. **Pertinence interne des chefs de compétence générale.** Les articles 14 et 15 du Code civil ne sont pas les seules règles à nécessiter parfois la « découverte » d'un chef de compétence interne. Certes, leur application *présuppose* l'absence d'un autre chef de compétence. Cependant, les règles de compétence générale ne se limitent pas à ces deux articles. Or, comme on l'a vu plus haut, il y a souvent des règles de compétence territoriale disponibles pour accueillir dans l'ordre interne la compétence générale accordée par un système international. Ainsi les règles de compétence exclusives de l'article 22 du Règlement Bruxelles 1 sont-elles proches des articles 44 C.P.C. en matière immobilière<sup>1242</sup> ou de l'article 9 du décret 1992 en matière de voies d'exécution<sup>1243</sup>, et l'article 3 du Règlement 1346/2000 sur l'insolvabilité internationale qui renvoie assez naturellement (bien que de manière non systématique), à l'article R. 600-1 du Code de commerce<sup>1244</sup>.

Alors même que les notions ne se recoupent pas parfaitement, la logique de cette série de parallèles paraît évidente. La dissociation de l'analyse de compétence en deux règles, de compétence générale d'abord et de compétence spéciale ensuite, n'en modifie pas l'économie générale. Lorsqu'elle s'est engagée dans des systèmes internationaux, la France l'a souvent fait pour des systèmes incorporant des règles de compétence générale proches de ses règles de compétence interne. En d'autres termes, les systèmes de compétence internationaux en vigueur en France présentent, le cas échéant, des règles de compétence générale dont les rattachements sont considérés comme pertinents non seulement, par hypothèse, pour l'attribution de compétence internationale à l'ordre français, mais aussi souvent en ce qui concerne la recherche, au sein de cet ordre, de la juridiction spécialement compétente. Il faudra en tirer une conclusion.

560. **Limitation de la liberté du demandeur en l'absence de règle préalable.** Dans les exemples jurisprudentiels que nous avons précédemment évoqués de prorogation unilatérale, c'est-à-dire de choix par le demandeur de la juridiction, les tribunaux français se sont principalement attachés à deux éléments. D'une part, et principalement, un lien pertinent de l'affaire avec le territoire français ; d'autre part, et accessoirement, le choix du demandeur. Que l'on prenne en effet par exemple la

---

<sup>1242</sup> « En matière réelle immobilière, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble est seule compétente » ; comp. art. 22 : « Sont seuls compétents, sans considération de domicile: 1) en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'État membre où l'immeuble est situé ».

<sup>1243</sup> L'article 9 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 : « À moins qu'il n'en soit disposé autrement, le juge de l'exécution territorialement compétent au choix du demandeur, est celui du lieu où demeure le débiteur ou celui du lieu d'exécution de la mesure » (ce texte est cependant d'application résiduelle au regard du grand nombre de juridictions compétentes pour des mesures particulières) ; comp. art. 22 « ... 5) en matière d'exécution des décisions, les tribunaux de l'État membre du lieu de l'exécution ».

<sup>1244</sup> Article R. 600-1 Code de commerce : « Sans préjudice des dispositions de l'article R. 662-7, le tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures prévues par le livre VI de la partie législative du présent Code est celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, a son siège ou le débiteur, personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité. À défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts en France ».

Article 3 du règlement : « Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire ».

jurisprudence de l'article 42 alinéa 3 C.P.C. et l'on observe que les juges laissent rarement les demandeurs faire un choix discrétionnaire. Leur propre domicile est en effet le chef premier de compétence. S'ils ne disposent d'aucun domicile en France, les tribunaux valident leur choix par la référence conjuguée à la proximité d'éléments matériels du litige<sup>1245</sup>, la proximité géographique du domicile du défendeur, de l'autre côté de la frontière<sup>1246</sup> et parfois par la position centrale de la juridiction de la capitale saisie<sup>1247</sup>. S'agissant du choix d'une juridiction française, la pratique montre qu'il n'est ainsi pas nécessaire de s'inquiéter beaucoup du *forum shopping* en tant que tel : les demandeurs suivent le plus souvent une certaine logique objective dans leur choix, alors même que les motifs retenus par la jurisprudence pourraient leur laisser penser parfois qu'ils disposent d'une bien plus grande liberté. Le risque, toutefois, porte sur l'éventuelle hésitation sur l'existence de rattachements prioritaires parmi ces divers ressorts juridictionnels. On entre ici quelque peu dans la substance des rattachements, mais il est possible de déceler un mouvement général.

**561. Proposition de méthode de recherche du juge spécialement compétent.** Il faut tout d'abord admettre que le demandeur doit bien faire un choix et qu'il ne dispose pas, par hypothèse, d'une véritable règle de compétence territoriale pour le guider. Le droit de la compétence peut donc lui aménager un certain droit à l'erreur. On ne saurait lui reprocher, comme l'a par exemple énoncé un arrêt *Pelissier*<sup>1248</sup>, de n'avoir pas saisi *le* juge compétent. Dans cette affaire de divorce où l'époux avait abandonné le domicile familial de Lausanne, la Cour de cassation avait approuvé par ce motif la décision de la Cour d'appel de Bordeaux de renvoyer l'époux devant les juridictions de Thonon-les-Bains, les plus proches de l'ancien domicile familial. Le renvoi se justifie, mais il paraît assez surprenant d'exiger du demandeur qu'il fasse un calcul de distance pour évaluer précisément quel est *le* tribunal français le plus proche. L'exigence paraîtrait d'ailleurs absurde si l'on s'éloignait des pays limitrophes pour se trouver par exemple en Pologne ou en Amérique du Sud : ne serait-il alors pas plus logique de saisir les juridictions d'une ville située sur un nœud ferroviaire ou aérien, voire tout simplement les juridictions parisiennes, plutôt que les tribunaux de Strasbourg ou de la Martinique qui seraient pourtant plus proches<sup>1249</sup> ? A défaut de règle de compétence territoriale préalable, il faut donc concevoir une certaine flexibilité et statuer en fonction du tribunal choisi par le demandeur.

---

<sup>1245</sup> Ainsi les juridictions du lieu du déchargement ou de la destination finale dans les arrêts de 2000, 2001 et 2011 précités *supra* n° 549. V. plus généralement les jurisprudences citées par M. HUET, *op. cit.* n° 45s.

<sup>1246</sup> V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janv. 1980, *Pelissier*, *Bull.* n° 38. L'hypothèse ne peut guère plus survenir, sinon pour des assignations dans les DOM et dans les Principautés d'Andorre et de Monaco, puisque tous les autres Etats limitrophes de la France métropolitaine sont liés par des Conventions internationales (Lugano, pour la Suisse) ou le Règlement Bruxelles I (pour la Belgique, le Luxembourg, l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne).

<sup>1247</sup> Civ.1<sup>ère</sup>, 5 nov. 1968, *Bull.* n° 267. V. plus généralement les jurisprudences citées par A. HUET, *op. cit.* n° 45s.

<sup>1248</sup> Nous faisons de nouveau référence ici à l'arrêt *Pelissier*, cité *supra*, en ce qu'il sanctionnait le demandeur de n'avoir pas saisi *le* tribunal compétent.

<sup>1249</sup> En ce sens, v. d'ailleurs Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 févr. 1962 (cité *supra*), où le demandeur à l'exception d'incompétence n'a pu obtenir de la Cour de cassation de renvoyer l'affaire, alors pendante devant les tribunaux aixois dans le ressort desquels les époux en procès avaient un pied à terre, aux juges de l'un des tribunaux de l'Algérie française malgré son domicile en Guinée.

On ne saurait toutefois, en revanche, laisser le demandeur entièrement maître de ce choix<sup>1250</sup>. Pour reprendre l'exemple *Pelissier* précité, on ne pouvait manifestement non plus admettre le pur *forum actoris* que proposait le demandeur en saisissant le tribunal du lieu où il résidait temporairement. Le domicile actuel de la femme et celui des enfants, l'ancien domicile des époux (et certainement la plupart des faits pertinents pour juger du divorce, ainsi que la situation des biens éventuellement à partager), tous les éléments pertinents se trouvaient encore en Suisse. Il était nécessaire de rapprocher le contentieux de son centre de gravité. On pouvait par exemple accepter la saisine du tribunal d'Annecy ou peut-être de Lons-le-Saunier, en Franche-Comté, qui ne sont pas beaucoup plus distants de Lausanne que Thonon-les-Bains. Mais il aurait été tout autant discutable de saisir les tribunaux de Marseille ou de Strasbourg. La raison en est simple : on peut estimer que la Cour d'appel avait souhaité rapprocher le contentieux du domicile de la défenderesse, qui se trouvait être aussi l'ancien domicile commun des époux, deux lieux dont la pertinence pour la compétence juridictionnelle a été garantie par de nombreuses règles de compétence, et notamment les articles 42 et l'ancien article 5 du décret du 5 décembre 1975 qui rendait compétent le juge du domicile du parent chargé des enfants<sup>1251</sup>. De même, si les deux arrêts de 2000 et 2001, appliquant la Convention CMR, acceptent respectivement la compétence du *juge* du lieu de livraison et du *juge* du lieu de prise en charge de la marchandise, c'est tout simplement parce que les règles de compétence générale qui en nécessitaient la vérification visent *l'État* du lieu de livraison et *l'État* du lieu de prise en charge. Ainsi, on ne saurait se satisfaire de la seule réserve de la fraude, proposée par certains auteurs comme limite au choix du demandeur<sup>1252</sup>. Dans une culture civiliste, où la prévisibilité des règles de compétence est importante, il est nécessaire de pouvoir déterminer au préalable, ne serait-ce que grossièrement, quels tribunaux pourraient être saisis par le demandeur. Il est aussi naturel, utile et efficace, de se fonder soit sur le rattachement de la règle de compétence générale qui nécessite ainsi la création d'une règle *ad hoc*<sup>1253</sup>, soit sur la proximité de la compétence proposée par le demandeur avec une autre règle de compétence pertinente. Enfin, pour les affaires qui ne sauraient s'appuyer ni sur l'un, ni sur l'autre de ces éléments, typiquement celles pour lesquelles le seul rattachement pertinent est un rattachement national, les juridictions parisiennes seront souvent, mais pas toujours les plus indiquées<sup>1254</sup>.

<sup>1250</sup> En ce sens H. GAUDEMET-TALLON, *Ibid.* ; H. SOLUS et R. PERROT, *ibid.* qui s'appuient aussi très largement sur la jurisprudence pour le justifier. *Adde.* J.-P. NIBOYET (*Répertoire de droit international*, v° « Compétence », t. IV, Paris 1929, n° 115, p. 286) : « Laisser ce choix au demandeur, sans qu'aucun texte l'autorise, c'est ajouter un privilège au droit, déjà si exorbitant, que lui confère l'article 14 ».

<sup>1251</sup> J.-C. GROSLIERE, obs. précité, spécialement p. 167.

<sup>1252</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 737, note 5.

<sup>1253</sup> La question a fait l'objet de débat en Allemagne, la doctrine majoritaire se prononçant en ce sens, v. L. DE LIMA PINHEIRO, *in* U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, art. 22, n° 2, et les références citées.

<sup>1254</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 nov. 1968, *Bull.* n° 267, *JCP* 1969, IV, 3. V. en outre les communications de P. BELLET, « La jurisprudence du tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers », *TCFDIP* 1962-1964, p. 251, spéc. p. 262 ; G. PLUYETTE, « la jurisprudence du tribunal de Paris en matière d'exequatur des jugements étrangers (1964-1988) », *TCFDIP* 1988-1990, p. 29, spéc. p. 44. On peut aussi, à défaut de tout autre, penser au juge du lieu de situation des biens : TGI Paris 11 juil. 1979, *RCDIP* 1981, p. 102, note H. Gaudemet-Tallon ; Chambéry, 8 janv. 2002, n° de RG: 2000/02276.

On peut alors ébaucher la règle suivante, essentiellement tirée de l'arrêt *Dame Mora* de 1978 :

*« Si, d'après les règles de compétence territoriale interne, il n'existe pas en France de tribunal spécialement compétent pour connaître d'un litige attribué à l'ordre juridictionnel français, le demandeur peut valablement saisir le tribunal qu'il choisit en raison d'une extension à l'ordre interne de la règle de compétence générale, à défaut d'un lien de rattachement pertinent de l'instance au territoire français ou, très subsidiairement, selon les exigences d'une bonne administration de la justice en fonction des parties et du litige ».*

## **Paragraphe 2) L'UNITE DE L'INTERPRETATION DES TEXTES INTERNATIONAUX**

- 562. Une double exigence de cohérence.** Le système de compétence, à l'instar des ordres juridiques, aspire à la cohérence. Il en va de la sécurité juridique mais aussi sans doute de leur nature même de règle juridique. On ne saurait imaginer des règles, juridiques comme morales ou religieuses, qui pourraient être écartées arbitrairement pour d'autres solutions ; il y a donc une nécessité de cohérence dans l'applicabilité des règles. Et, de même, on ne saurait admettre que les solutions dépendent du seul arbitraire du juge, ce qui exige une certaine cohérence dans leur application.
- 563. Exigence de cohérence et systèmes internes.** Pour de nombreux systèmes de compétence, cette cohérence doit se traduire par une certaine autonomie. Ce ne sera pas le cas de tous les systèmes : le droit commun de la compétence internationale est encore formé par le système de compétence interne, lequel n'a aucun besoin de se dégager de son ordre juridique ; de même, le droit de l'arbitrage se développe en France par un processus d'autonomisation non de l'ordre juridique français, mais des engagements internationaux de la France. Il offre des solutions qui sont particulières à la conception française de l'arbitrage international, ce qui signifie que le système arbitral français, bien que transnational, n'a pas besoin de se détacher des autres ordres juridiques nationaux.
- 564. Exigence de cohérence et systèmes internationaux.** Les systèmes de source internationale, en revanche, devraient être immunisés contre la perte de cohérence que pourrait engendrer la logique nationale, c'est à dire la tentation de l'adaptation de règles internationales à chaque ordre juridique national de réception du système. L'exigence de cohérence ne se manifeste cependant qu'en présence d'un conflit potentiel entre deux termes. Il faut donc précisément délimiter les hypothèses de conflit (I) avant de pouvoir envisager les solutions à ces dernières (II).

## I) Les conflits d'interprétation

565. **Solutions du juge.** De nombreux auteurs se sont déjà prononcés sur les problèmes de l'interprétation des textes internationaux<sup>1255</sup>. La solution préventive évidente est d'apporter un certain soin à la définition des notions qui servent à l'usage des règles de compétence uniforme. On pourra saluer, de ce point de vue, la nouvelle formulation des articles 2 et 3 du Règlement Bruxelles I bis lesquels ne s'intéressent toutefois qu'à des questions de reconnaissance des décisions et à celles portant sur la compétence directe<sup>1256</sup>. À défaut de pouvoir trouver dans le droit positif beaucoup de solutions législatives, on ne va s'intéresser qu'à ce que le juge peut faire pour appliquer les règles de compétence uniforme de la manière la plus uniforme possible.
566. **Solutions non légiférées.** Contrairement à ce que pourrait laisser penser l'idée même de règles supranationales, les divergences d'application nationale des textes sont relativement limitées. Cette relativité se déduit, d'une part, du faible nombre des occasions de conflit : elles seront limitées aux hypothèses où un juge national envisage d'interpréter un texte différemment d'une jurisprudence acquise dans un autre État partenaire. Sans être négligeable, l'hypothèse reste restreinte (A). La relativité de ces conflits est la conséquence, d'autre part, des sujets sur lesquels ils pourraient achopper. Il faut en effet bien évaluer dans quelle mesure les divergences d'application d'une règle de compétence uniforme sont possibles (B).

### A) Relativité des occasions de conflits

567. Les conflits d'interprétation pourront se poser à deux occasions : lors de la réception d'un jugement étranger ayant apprécié différemment une règle de compétence critique pour la reconnaissance de ce jugement (1) et lors de l'interprétation d'un critère ambigu par un juge national (2).

---

<sup>1255</sup> V. entre autres le *Rapport sur les divergences d'interprétation du droit uniforme*, UNIDROIT 1959 ; J.-P. NIBOYET, « Problèmes de qualification en matière de traités », *RCDIP* 1935, p. 1 ; J. SOUBEYROL, « L'interprétation internationale des traités et la considération de l'intention des parties », *JDI* 1958, p. 686 ; P. LAGARDE, « Les interprétations d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de loi ? », *RCDIP* 1964, p. 235 ; M. AUDIT, « L'interprétation uniforme du droit international privé communautaire », *JDI* 2004, p. 789 ; P. LESCOT, « Interprétation judiciaire des règles du droit privé uniforme », *JCP* 1963, I, 1756 ; L. AZOULAI, « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », *LPA* n° 199, oct. 2004, p. 9 ; F.-A. MANN, « The interpretation of uniform statutes », *LQR* 1946, p. 278 et *Interpretation in a national and international context*, UGA Publisher, Bruxelles, 1973, p. 76 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel (incidences du droit des traités sur les pouvoirs du juge national) », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz 1996, p. 313 ; P. PESCATORE, « L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté Européenne et dans ses Etats-membres », in *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teügen*, Pedone 1984, p. 355 ; V. en particulier les approches très différentes proposées par K. PARROT, *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Dalloz 2006 ; M.-C. PITTON, *Le rôle du jugement étranger dans l'interprétation du droit conventionnel uniforme*, Thèse Paris I, 2007 ; V. ESPINAÏSSOUS, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ 2010.

<sup>1256</sup> L'article 3 attribut le qualificatif de juridiction à certaines juridictions « exotiques » de Hongrie et de Suède (sur lesquelles v. *supra*, n° 128). L'article 2 nouveau définit en effet un certain nombre de notions (« décision », « juridiction d'origine », etc.). On regrettera que ces définitions ne s'étendent cependant pas aux questions de compétence directe.

## 1. *Conflits d'interprétation lors de la réception d'un jugement étranger*

568. **Position du problème.** Le cas est le suivant. Un jugement étranger est soumis à une juridiction française. Dans le cadre de cette réception, le juge français devra suivre certaines règles de contrôle qui portent notamment, de manière directe ou indirecte, sur la compétence du juge étranger ayant rendu cette décision<sup>1257</sup>. On peut alors s'interroger sur une interaction nécessaire qui pourrait être source de conflits : que faire si le juge étranger, se fondant sur une règle de compétence uniforme aux deux ordres juridiques impliqués, l'a interprétée de telle manière qu'il était compétent, alors que l'interprétation du for de cette même règle aboutirait à en déduire qu'il ne l'était pas<sup>1258</sup> ?

569. **Distinctions règles de compétence directe et indirecte.** Dans une première approximation, la réponse à cette question n'est pas d'une difficulté insurmontable. Il est en effet nécessaire de rappeler que la compétence indirecte, c'est-à-dire le contrôle qu'exerce le juge français sur la compétence du juge étranger, ne répond pas aux mêmes critères que sa propre compétence, dite directe<sup>1259</sup> : le conflit ne peut donc avoir lieu.

La compétence directe s'articule, quel que soit le système applicable, entre une compétence de principe et parfois des compétences alternatives, dont certaines peuvent être d'exception et non de cumul au principe. Ces dernières sont par ailleurs souvent en outre indisponibles<sup>1260</sup>. Du point de vue de la compétence indirecte, en revanche, le problème est bien différent. Compétence de principe, compétence alternative et compétence impérative n'existent pas : il ne saurait y avoir de hiérarchie une fois le choix du demandeur effectué. En revanche, certaines compétences auxquelles l'ordre juridique du for ne souhaite pas voir les parties échapper deviennent exclusives, empêchant de reconnaître et d'exécuter un jugement par un autre tribunal que celui ainsi désigné. Enfin, selon les systèmes de reconnaissance, le contrôle de la compétence indirecte ajoute parfois l'exigence d'un lien plus ou moins précis entre le juge et le litige. Dès lors, on ne saurait s'inquiéter des risques de divergence d'interprétation sur des règles de compétence directe uniforme *en général*. Il ne faut s'interroger que sur les chefs de compétence exclusifs et, en fonction du système, sur cette condition plus générale d'un lien entre le juge et le litige.

570. **Exclusion de la compétence indirecte de droit commun.** En ce qui concerne la situation la plus commune, c'est-à-dire lorsque le juge étranger s'est reconnu

---

<sup>1257</sup> En ce qui concerne le droit commun, Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 févr. 1985, *Simitch*, RCDIP 1985, p. 369 et p. 243 chron. Ph. Franciscakis ; *JDI* 1985, p. 460 note A. Huet ; *D.* 1985, p. 469, note J. Massip et I.R. p. 497 obs. B. Audit ; *Grands Arrêts* n° 70. Le règlement n° 44/2001 interdit ce contrôle sauf compétence exclusive et protectrice des consommateurs et assurés (art. 35-1). L'article 45-1 lettre e du règlement refondu l'étend au défendeur salarié.

<sup>1258</sup> Le problème serait par ailleurs identique si l'on devait retenir une compétence de droit commun, par exemple, du fait d'une interprétation particulière du champ d'application d'un système de compétence, typiquement le système Bruxelles I.

<sup>1259</sup> V. la thèse, essentielle, de D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz 1970.

<sup>1260</sup> Au sens où on ne saurait leur échapper par convention.

compétent sur une règle non exclusive, il ne devrait le plus souvent y avoir aucun problème. En effet, même à considérer la variété des régimes de reconnaissance et d'exécution, il n'y a pas d'alignement de la compétence indirecte sur la compétence directe. En droit conventionnel tout d'abord, rares sont les conventions multilatérales qui, tout en édictant des règles de compétence directe, s'intéressent aux conditions de contrôle de la reconnaissance des jugements. Elles sont inexistantes dans notre domaine de recherche<sup>1261</sup>. De nombreuses conventions bilatérales s'y intéressent, mais elles renvoient, soit à des jeux de règles de compétence préétablies qui ne sauraient alors se confondre avec les règles de compétence directe<sup>1262</sup>, soit aux règles de compétence applicables en la matière dans le droit de l'État concerné<sup>1263</sup>. On peut donc pour l'essentiel renvoyer au droit commun français.

Or, en droit commun, le lien recherché est très lâche. Depuis l'arrêt *Simitch* du 6 février 1985, il est énoncé sous la formule de l'exigence d'un « *lien caractérisé* [avec] *le pays dont la juridiction a été saisi* » ajoutant, en outre, l'exigence de l'absence de fraude. Ce lien caractérisé est vérifié d'une manière aussi libérale qu'il est par ailleurs

---

<sup>1261</sup> La convention de La Haye sur l'élection de for ne s'intéresse qu'aux jugements émis par le juge élu ; Article 8 : « *Un jugement rendu par un tribunal d'un Etat contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for est reconnu et exécuté dans les autres Etats contractants conformément au présent chapitre. La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée aux seuls motifs énoncés dans la présente Convention* ». D'autres conventions, en revanche, prévoient l'immédiateté du caractère exécutoire dans certaines conditions. V. par exemple les sentences CIRDI (Art. 53s.) ou les décisions prise dans le cadre de la Convention de Paris sur la responsabilité civile en matière d'accidents nucléaires (art. 13).

<sup>1262</sup> Si la formulation de ces conventions bilatérales n'est pas toujours très claire, il ne faut y voir que des règles de compétence indirecte. V. par exemple Civ. 1ère, 20 mai 2003, *JDI* 2003, p. 827, note G. Cuniberti ; *LPA* 2004, no 53, 17, obs. J. Massip ; *Dr. et pat.* nov. 2003, p. 98, obs. F. Monéger ; *AJ fam.* 2004. IR 24. Cet arrêt ne s'adresse qu'à la Convention franco-marocaine de 1981, mais la formulation particulièrement défailante de la Convention avait justement provoqué précédemment un doute sur cette présentation: Civ. 1ère, 2 mars 1999, *JCPG* 1999, II, 10220, note G. Cuniberti ; *Dr. et pat.* juin 1999, p. 118, obs. F. Monéger. V. déjà, Civ. 1ère, 1er juill. 1997, *RCDIP* 1998, 60, note P. Mayer ; *Deffrénois* 1998, p. 711, note J. Massip ; *RTDCiv.* 1999. 275, note J. Massip. Paradoxalement, une seule des 9 conventions internationales et multilatérales signées en matière de transport (Convention de Bruxelles de 1924 telle qu'amendée, Conventions de Montréal et de Varsovie sur le transport aérien, Convention CMR de 1956, Règles uniformes CIM de la COTIF telle qu'amendée en 1999, Convention de Budapest sur le transport maritime intérieur –pour celles qui ont sont en vigueur en France- mais aussi les Conventions de Hambourg sur le transport maritime, de Genève de 1980 sur le transport multimodal et enfin les Règles de Rotterdam de 2008) règlemente la reconnaissance des jugements. Selon l'article 31-3 de la CMR, « *Lorsque dans un litige visé au paragraphe 1 du présent article un jugement rendu par une juridiction d'un pays contractant est devenu exécutoire dans ce pays, il devient également exécutoire dans chacun des autres pays contractants aussitôt après accomplissement des formalités prescrites à cet effet dans le pays intéressé. Ces formalités ne peuvent comporter aucune révision de l'affaire* ». On peut s'interroger sur le sens donné au terme « formalités » dans cet article : est-il nécessaire d'intenter une instance en exequatur ou suffit-il d'une requête comme l'organise l'article 38s. du règlement n° 44/2001 ? Selon LOEWE, « *Les formalités auxquelles se réfèrent le paragraphe 3 peuvent, selon le droit national, consister en une procédure complexe d'exequatur ou une simple formule ajoutée au jugement sur requête. Il est même possible qu'aucune formalité ne soit prescrite dans les Etats contractants où les jugements étrangers sont ipso jure assimilés aux jugements rendus par les juridictions nationales dans les cas où les conditions posées par une convention internationale sont remplies* » (*Rapport*, n° 250). Dans la mesure où la convention renvoie ainsi au droit national, sans facilité particulière d'exequatur, on peut sans doute faire ici renvoi au règlement n° 44/2001 lorsque la décision provient d'un Etat contractant membre de l'Union européenne

<sup>1263</sup> La première convention bilatérale liant la France à avoir envisagé une série de règles de compétence précise est en effet le Traité Franco-badois de 1846, mais cela ne se renouvela pas rapidement, v. PILLET, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Paris, 1913, spéc. p. 237.

énoncé<sup>1264</sup>. Le lien caractérisé est établi lorsqu'il coïncide avec un rattachement autrement reconnu par le droit français ; mais aussi s'il est fondé sur d'autres rattachements pourtant exclus dès lors qu'ils ne paraissent pas exorbitants. Mieux, enfin, le lien peut être caractérisé alors qu'un grand nombre d'éléments (dont, par hypothèse, celui retenu par la règle de compétence française) se réalisent ailleurs et dans un autre État que celui du juge qui a rendu la décision. On peut estimer, dès lors, qu'hormis peut-être le cas d'une compétence uniforme exorbitante<sup>1265</sup>, le conflit d'interprétation est tout simplement improbable : la compétence fondée sur une règle uniforme interprétée différemment que dans l'ordre du for offrira le plus souvent un « lien caractérisé » avec le juge qui a rendu la décision contrôlée. Le seul problème qui puisse se poser, alors, est l'interprétation différente d'une règle de compétence uniforme considérée comme exclusive.

**571. Identité de problèmes pour le Règlement Bruxelles I.** Ensuite, dans le domaine civil et commercial qui nous occupe, la reconnaissance des jugements rendus dans l'Union européenne est organisée par le Règlement Bruxelles I, que le juge se soit considéré comme compétent sur le fondement de ce même Règlement ou non<sup>1266</sup>. Il faut donc se reposer la question dans le cadre d'une circulation européenne du jugement. Ici, la reconnaissance et l'exécution peuvent être contestées uniquement lorsque la décision a été rendue en violation de trois catégories de règles de compétence particulières du Règlement, considérées comme exclusives : les règles de compétence en matière de litige d'assurance et de consommation dès lors qu'un assuré ou un consommateur est défendeur, et les règles de compétence dites exclusives de l'article 22<sup>1267</sup>. Dans cet espace, comme en droit commun, ce ne sont donc que les chefs de compétence considérés comme exclusifs qui pourraient poser problème.

---

<sup>1264</sup> V. les hypothèses citées par A. HUET, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. n° 584-40, « Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale.- Objet du contrôle : les conditions de la régularité internationale », n° 26s.

<sup>1265</sup> Ce qui, à l'heure actuelle, est assez antinomique. Le projet de Règlement Bruxelles I refondu de la Commission européenne, qui se voulait nouveau droit commun de la compétence internationale de tous les Etats-membres, avait ainsi par ailleurs proposé la création d'une nouvelle règle exorbitante de compétence pour remplacer les autres, alors abrogées. Il s'agissait d'une règle de compétence ainsi formulée : « Article 25. Lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 2 à 24, la compétence revient aux tribunaux de l'État membre où se trouvent des biens appartenant au défendeur, pour autant a) que la valeur de ces biens ne soit pas disproportionnée par rapport à la valeur du litige, et b) que le litige présente un lien suffisant avec l'État membre de la juridiction saisie », COM (2010) 748 final. On sait que cette proposition n'a pas été adoptée.

<sup>1266</sup> Le Règlement prévoit cependant lui-même une exception : lorsque le jugement a été rendu à l'encontre d'un défendeur qui avait son domicile ou sa résidence dans un Etat tiers au moment du litige, que la compétence du juge étatique européen était fondée sur un chef de compétence exorbitant exceptionnellement autorisé par les articles 3,2<sup>o</sup> et 4 du Règlement, et enfin que l'État du juge requis est lié vis-à-vis de cet Etat tiers par une convention internationale sur ce point. À ce jour, il semble cependant que cette hypothèse ne peut se faire jour qu'au Royaume-Uni, seul Etat à avoir ratifié deux conventions internationales (avec le Canada et l'Australie) à cet effet, ainsi qu'aux Pays-Bas, au Portugal et à Chypre, Etats ayant ratifié à la fois la Convention de la Haye du 1<sup>er</sup> février 1971 et son Protocole sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Ce protocole aboutissait en effet au même résultat que la Convention de Bruxelles puis le Règlement. Depuis la transformation de la convention en règlement, les Etats-membres ont été privés du droit d'en négocier d'autres. V. H. GAUDEMET-TALLON, n° 96 et la déclaration conjointe du Conseil et de la Commission, JUSTCIV 137, 14139/00 et 14139/00cor2, cité *in* U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, art. 72 n° 2.

<sup>1267</sup> Il s'agit de l'article 35 du Règlement. Sur les effets de la refonte, v. *supra*, note n° 1257.



572. **Compétence exclusive et divergences d'interprétation, rareté.** Il faut d'abord remarquer que les règles de compétence exclusive uniformes existent au moins depuis la Convention de Bruxelles de 1968<sup>1268</sup>. Or, il semble qu'aucune des règles de compétence ainsi protégées n'ait fait l'objet de divergence jurisprudentielle d'interprétation. La raison tient certainement au caractère limité du champ de ces articles, et aux rattachements relativement simples qu'ils utilisent. En particulier, l'État des registres publics, dont ceux de l'enregistrement de la société ou du droit de propriété intellectuelle, ou celui dans lequel on doit exécuter une mesure de coercition peuvent difficilement avoir le don d'ubiquité. Pour les autres rattachements, y compris celui de l'État du lieu de l'immeuble<sup>1269</sup>, la chose pourrait en revanche se produire. Non pas, bien sûr, qu'ils se produisent en plusieurs lieux mais bien que le juge d'un État considère qu'il se produit dans son ressort, quand celui d'un autre décide qu'il se réalise au contraire dans un autre. La chose est suffisamment rare pour qu'aucun exemple concret ne soit arrivé au stade de la publicité. Il n'en faut pas pour autant négliger le cas.
573. **Compétence exclusive et divergences d'interprétation, solution.** Dans les rares cas où cela devrait se produire, la solution ne sera pas, nous semble-t-il, une solution en droit, mais en opportunité. Pour refuser la reconnaissance, il faudrait analyser l'interprétation de la règle comme elle-même exclusive, c'est-à-dire considérer que l'interprétation de la règle uniforme intègre cette règle, que cette interprétation *devienne* la règle elle-même. C'est la philosophie qui sous-tend certains travaux en la matière, ainsi que l'interprétation généralement faite de l'arrêt *Hocke* de la Cour de cassation<sup>1270</sup>. En somme, il faudrait reprendre l'analyse en termes d'ordre juridique, et pencher pour une analyse du processus interprétatif de la règle par la jurisprudence comme d'une réécriture de la règle. Ces deux conditions cumulatives, on ne les soutiendra pas ici. De la première, l'analyse en termes d'ordres juridiques, on a déjà noté qu'elle se prêtait mal au jeu de la règle de compétence<sup>1271</sup>. Quant à la seconde, on préférera une analyse de l'interprétation qui engage moins la norme et qui transforme moins la jurisprudence en ce qui serait alors la *seule* source précise du droit<sup>1272</sup>. Ces deux arguments théorique pourront ne pas emporter la conviction ; en opportunité, cependant, la solution s'impose.

<sup>1268</sup> Les premières conventions bilatérales et multilatérales modernes faisaient renvoi au droit de chacun des États en ce qui concernaient la compétence indirecte, sinon pour la Convention franco-badoise de 1846 (v. *supra*, note n° 1263) et la Convention de Mannheim pour la navigation sur le Rhin de 1868.

<sup>1269</sup> Notamment sur le problème complexe du conflit de qualification meuble ou immeuble, v. A. Plen. 15 avr. 1988, *Fondation Abbegg*, RCDIP 1989, p. 100, note G. Droz ; JDI 1989, p. 86, note Ph. Kahn ; JCP 1988, II, 21066, rapp. Grégoire, note J.-F. Barbiéri ; D. 1988, p. 325, chron. Maury et T. Seine, 12 janv. 1966, *Stroganoff*, RCDIP 1967, p. 120, note Y. Loussouarn ; JCP 1967, II, 15266, note J.-M. Bischoff.

<sup>1270</sup> Com., 4 mars 1963, RCDIP 1964, p. 264 ; JDI 1964, p. 806, note B. Goldman ; JCP 1963, II, 13376, note P. Lescot ; P. LAGARDE, « Les interprétations d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de loi ? », RCDIP 1964, p. 235.

<sup>1271</sup> V. *supra*, n° 56s. sur la portée seulement pédagogique du concept d'ordre juridique en notre domaine.

<sup>1272</sup> Sur l'interprétation en général, v. notamment le travail de recherche historique de B. FRYDMAN, *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, LGDJ-Bruylant, 3ème éd., 2011. Adde, pour une analyse originale, M.-C. PITTON, *Le rôle du jugement étranger dans l'interprétation du droit conventionnel uniforme*, Thèse Paris I, 2007, spéc. p. 31s.

Certains auteurs ont pu noter que le jugement étranger devait bénéficier d'un *a priori* de validité dû à la cristallisation de l'état de droit qu'il opère pour les parties<sup>1273</sup>. Refuser un jugement étranger, ce n'est en effet rien de moins que provoquer une situation boiteuse, c'est-à-dire la situation dans laquelle les parties sont liées par des obligations différentes dans l'État d'origine du jugement et celui de la reconnaissance. Cet *a priori* devrait trouver toute sa force dans une situation où ce jugement étranger émane d'une juridiction partenaire dans un système international de compétence : les parties doivent pouvoir d'autant plus faire confiance à la décision de compétence du juge d'origine qu'elle est censée avoir été harmonisée avec celle du juge requis.

574. **Conclusion.** Pour les très rares hypothèses de conflit qui pourraient naître, dès lors, le caractère discutable des arguments juridiques ajouté au poids des arguments d'opportunité emporte le choix de tolérer l'interprétation étrangère cristallisée dans un jugement étranger soumis à reconnaissance. L'intégrité du système international est en jeu ; une uniformité qui fait précisément sa valeur pour les justiciables. On pourrait même dire que cette uniformité est sa raison d'être. On réservera encore, peut-être, une exception : cette faiblesse intrinsèque du système international ne devrait pas se retourner contre son usage. Si l'une des parties – en particulier dans les hypothèses de compétences protectrices de partie faible – devait saisir un juge étranger *précisément* pour profiter de cette divergence de jurisprudence et y obtenir un jugement plus favorable qu'un juge qui serait autrement plus proche du litige, il faudrait certainement le sanctionner<sup>1274</sup>. L'hypothèse, toutefois, paraît assez marginale, et l'on peut poser le principe de la reconnaissance des décisions étrangères lorsque le juge d'origine s'est déclaré compétent en contradiction avec l'interprétation de la norme de compétence uniforme habituellement retenue par le for requis.

## 2. Problème d'interprétation lors d'un jugement dans le for

575. **Autonomie des systèmes de compétence : signifiants sans signifié.** On parle d'autonomie de textes internationaux pour justifier l'analyse des notions qu'ils emploient sans se référer à celles des ordres juridiques nationaux qui les reçoivent. La question s'était certes déjà posée pour des systèmes de compétence plus anciens<sup>1275</sup>, mais c'est avec la Convention de Bruxelles que la question de l'autonomie des notions employées a été, et est toujours, le plus vivement débattue.

---

<sup>1273</sup> P. MAYER et V. HEUZE, n° 365.

<sup>1274</sup> On retrouvera ce problème plus en détail *infra*, n° 697s.

<sup>1275</sup> Ainsi, la question de ce que devait recouvrir la compétence des tribunaux fluviaux de la Convention pour la navigation sur le Rhin s'était posé au sujet du qualificatif de « dommage ». La Convention visait dès l'origine les « dommages que causent les bateliers pendant le voyage ou en abordant ». S'agissait-il de tout dommage, et en particulier aussi des dommages subis à l'occasion d'une inexécution contractuelle (un retard de livraison, par exemple), ou uniquement des dommages de navigation que la Convention se proposait de prévenir ? Assez vite (Commission centrale du Rhin, 31 juillet 1834), la Commission centrale décida que si les dommages résultaient d'un simple retard de livraison, les tribunaux fluviaux ne pouvaient être compétents au titre du moins de la Convention, J.-P. NIBOYET, *op. cit.*, p. 22.

Dès le premier arrêt rendu par la CJCE en interprétation de cette convention, dans l'affaire *Tessili*<sup>1276</sup>, la Cour posa clairement le problème :

*« La Convention fait un usage fréquent d'expressions et de notions juridiques tirées du droit civil, commercial et procédural et pouvant avoir une signification différente d'un État membre à l'autre ;*

*Que se pose dès lors la question de savoir si ces expressions et notions doivent être considérées comme autonomes, et donc communes à l'ensemble des États membres, ou comme renvoyant aux règles matérielles du droit applicable, dans chaque espèce, en vertu des règles de conflit du juge premier saisi »*<sup>1277</sup>.

L'autonomie des notions employées par la Convention de Bruxelles se présentait ainsi, au regard de la Cour, sous les traits immédiats d'un problème d'unification de concepts. De la même manière que les règles de compétence de ce système étaient des règles uniformes, il fallait que les notions qu'elles emploient soient elles-mêmes uniformes ; et, s'il le fallait, c'est parce que ces notions étaient indéterminées. On reconnaissait les mots, mais on hésitait sur leur sens.

Issus d'une négociation entre des juristes de traditions juridiques différentes, les systèmes internationaux de compétence édictent en effet des règles qui utilisent des concepts nécessairement connus des traditions juridiques impliquées mais dans le détail souvent différents selon les ordres juridiques<sup>1278</sup>. C'est ainsi d'ailleurs que certains ont parlé, au sujet du droit conventionnel en général et de la Convention de Bruxelles en particulier, des « *infirmités congénitales du droit uniforme* »<sup>1279</sup>. L'affirmation est lourde de pessimisme : le droit conventionnel peut-il survivre à ces infirmités ? Surtout, elle nie la possibilité même d'une vie « autonome » de ce droit qui aurait toujours besoin de l'assistance d'une interprétation nationale<sup>1280</sup>.

**576. Absence de contrôle unificateur.** Tout d'abord, les systèmes internationaux de compétence souffrent le plus souvent de l'absence d'un contrôle unificateur. Les systèmes de compétence s'adressent par définition à une pluralité de juridictions. Dès l'instant où la question de la compétence peut être traitée par n'importe quelle juridiction du système, celle-ci peut interpréter la règle d'une manière différente d'une autre juridiction. Dans les systèmes de source purement interne, le problème est marginalisé par deux éléments. Le premier est, *a priori*, la communauté de pensée juridique et de vocabulaire des juridictions. Lorsque le juge français

---

<sup>1276</sup> CJCE 6 oct. 1976, Aff. 12/76, *RCDIP* 1977, p. 761, note P. Gothot et D. Holleaux ; *D.* 1977, chron. p. 287 G. Droz ; *JDI* 1977, p. 704 obs. J.-M. Bischoff et A. Huet et p. 714 note A. Huet.

<sup>1277</sup> Arrêt précité, pt. 10.

<sup>1278</sup> C'est ainsi que l'on considère parfois la possibilité d'un conflit de loi sur les interprétations nationales des règles de droit substantiel uniforme. Cette théorie se déduit d'une interprétation de l'arrêt *Hocke* (Com., 4 mars 1963), v. P. LAGARDE, « Les interprétations d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de loi ? », *RCDIP* 1964, p. 235, qui répond par l'affirmative à la question ainsi posée.

<sup>1279</sup> V. HEUZE, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *RCDIP* 2000, p. 595.

<sup>1280</sup> M. AUDIT, « L'interprétation uniforme du droit international privé communautaire », *JDI* 2004, p. 789. V. cependant J.-P. NIBOYET, « Problèmes de qualification en matière de traités », *RCDIP* 1935, p. 1, spéc. p. 3 qui compare dans une belle image l'application « nationaliste » des traités à un concert dont l'orchestre ne se serait pas accordé sur le « la », et du même auteur, « Un pas appréciable vers le respect des traités », *D.* 1936, chron. p. 431.

s'interroge, en application de l'article 46 du Code de procédure civile, sur ce qu'est un contrat de vente ou de service, il peut sans risque se référer aux concepts substantiels de son droit interne. Le second élément unificateur s'évince de la possibilité d'un contrôle de la hiérarchie judiciaire. L'existence d'une Cour de cassation pour les juridictions judiciaires de toute la France, et d'un Conseil d'État pour les juridictions administratives, permet d'une part de censurer les décisions qui ne feraient pas une application uniforme des règles de compétence, et d'autre part, du fait même de ce pouvoir, d'unifier l'interprétation par l'effet jurisprudentiel de ces décisions.

Dès l'instant où le système de compétence est international par sa source, en revanche, il a vocation à s'appliquer au sein de plusieurs États et donc de plusieurs ordres juridictionnels. Or, hormis le cas exceptionnel des systèmes de droit européen, aucune institution ne peut remplir ce double rôle de contrôle et d'unification pour les systèmes internationaux<sup>1281</sup>. Ainsi, lorsque l'interprétation de la Cour de cassation française est contraire à celle de la *Supreme Court* américaine pour une règle qu'elles ont pourtant en commun, aucun organe de contrôle ne saurait sanctionner l'une ou l'autre de ces juridictions pour les amener à converger<sup>1282</sup>.

**577. Attractivité psychologique des concepts internes.** Ensuite, et peut être plus grave pour l'unité des systèmes de compétence, la diversité des ordres juridiques suppose des divergences plus profondes, celle des références et cultures juridiques. Ce n'est donc pas « *le caractère systématique de tout ordre juridique* »<sup>1283</sup> qui apparaît l'élément le plus dirimant. Le caractère systématique ne saurait défendre, en réalité,

---

<sup>1281</sup> La Convention de Mannheim pour la navigation sur le Rhin du 17 octobre 1868, amendant pour la deuxième fois la Convention originelle de 1804 pour la navigation sur le Rhin, attribuait à la Commission centrale du Rhin le pouvoir de connaître directement des appels à l'encontre de décisions rendues sur son fondement. Elle n'avait pas cependant de pouvoir hiérarchique à l'encontre des autres tribunaux nationaux d'appel et ne pouvait donc que tenter d'influer sur leur jurisprudence. D'après NIBOYET, la Commission centrale n'avait rendu que peu d'arrêts pour ses premières 60 années d'existence (J.-P. NIBOYET, « Les tribunaux pour la navigation du Rhin et la juridiction de la Commission centrale du Rhin », *RGDIP* 1923, p. 5, spéc. p. 13). On pourrait par ailleurs arguer, pour l'interprétation de la Convention de Washington instaurant le CIRDI et ses procédures arbitrales, de l'existence d'une jurisprudence arbitrale. La question est débattue (J.-M. JACQUET, « Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale », *Rev. arb.* 2010, p. 445), et les sentences arbitrales démontrent assez qu'il n'y a pas de « jurisprudence » au sens, du moins, d'un caractère obligatoire du précédent (v. par ex. Th. CHRISTAKIS, « Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine ? », *RGDIP* 2007, 879). Le seul fait de leur publication régulière, toutefois, permet une certaine convergence et un débat doctrinal fertile.

<sup>1282</sup> V. *supra*, sur l'affaire *West Caribbean*, n° 377. Certaines conventions internationales prévoient la possibilité pour un Etat contractant de saisir la juridiction internationale instituée par la Convention pour répartir les compétences juridictionnelles (interne) en cas de litige. V. par exemple la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, article 13 et 17. Il serait peut-être par ailleurs possible, sous l'angle de la violation par un Etat de son obligation d'intégrer un droit conforme au contenu d'une convention internationale dans son ordre juridique, de saisir une cour internationale comme la Cour Internationale de Justice d'une interprétation trop locale d'un texte international. C'est déjà précisément l'angle sous lequel travaille en effet régulièrement la Cour Européenne des Droits de l'Homme. A notre connaissance, néanmoins, l'interprétation d'autres conventions d'applicabilité directe en droit privé n'a pas fait l'objet d'un recours en violation.

<sup>1283</sup> Le terme est de Paul LAGARDE dans son commentaire sous l'arrêt *Hocke*, Convention de Genève du 7 juin 1930. Ainsi P. LAGARDE, dans l'article précité, parlait-il du « *caractère systématique de tout ordre juridique* » (*op. cit.*, p. 247) pour justifier l'alignement plus ou moins important des analyses de normes uniformes sur celles des normes internes dans l'arrêt *Hocke* (P. LAGARDE, « les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? », *RCDIP* 1964, p. 235).

que la mise en cohérence de règles qui sont en interrelations. Or les règles de compétence uniformes n'ont que des relations minimales avec les règles de compétence interne d'un ordre juridique<sup>1284</sup>. L'attractivité de l'ordre juridique interne ne répond donc pour ce type de règle à *aucune nécessité logique*. Il faut y insister : associer les concepts internes et internationaux n'est pas nécessaire à la protection du droit national<sup>1285</sup>. Fonctionnant pour des questions de droit différentes (compétence/fond) et pour des textes différents (différence de systèmes de compétence), un même concept peut avoir plusieurs sens. On a d'ailleurs déjà pu estimer que la polysémie affectait plus des deux tiers du vocabulaire juridique français, malgré un effort régulier de mise en cohérence – dont celui, majeur, de codification<sup>1286</sup>. Le problème n'est donc pas logique. L'incohérence sémantique provoquée par l'emploi d'un même terme avec un contenu différent entre le droit interne et un système international de compétence n'est pas en soi problématique.

S'il y a problème, il ne relève pas de la raison froide, mais de l'humain. Il est d'ordre psychologique<sup>1287</sup>. Car sur ce plan, en revanche, il est évident que les juges d'un ordre juridique auront tendance à se référer aux concepts qu'ils emploient fréquemment. Les notions, lentement décantées dans l'ordre juridique interne, sont ainsi naturellement employées pour définir celles qu'ils retrouvent dans les instruments internationaux, ne serait-ce que parce que ces instruments n'en donnent souvent aucune définition.

**578. Double faiblesse sémantique : rattachement et champ d'application.**

L'emploi fréquent de notions de droit civil et commercial communes aux ordres juridiques impliqués offre une certaine prise aux concepts internes. Selon leur type, les règles de compétence peuvent même offrir une double prise : dans leur rattachement et dans le champ d'application de la règle. En effet, le rattachement suppose l'emploi d'un élément localisable : domicile, lieu du dommage, de la livraison, de l'exécution du travail, etc., autant de notions qui peuvent soulever des difficultés pratiques et donc, en l'absence d'indication dans l'instrument international, le recours à des définitions internes, plus éprouvées. Par ailleurs, pour toutes les règles de compétence matérielles ainsi que pour les règles de compétence localisatrices spéciales, c'est-à-dire établies pour un certain type de relation juridique, il est en outre nécessaire de déterminer le champ d'application de la règle.

---

<sup>1284</sup> Sinon les rapports entre règles générales et règles spéciales.

<sup>1285</sup> Si la tradition française est assez codificatrice, donc d'harmonisation, le droit peut fonctionner avec des concepts et des notions polysémiques. V. par exemple, dans la perspective d'un Code européen de droit international privé, les interventions de M. BOGDAN et de J. MEEUSEN *in Quelle architecture pour un Code européen de droit international privé ?* (M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), P.I.E Peter Lang, 2011).

<sup>1286</sup> Le spécialiste de linguistique juridique, Gérard CORNU, l'avait d'ailleurs noté à l'occasion des travaux de l'association Henri Capitant pour l'édition du *Vocabulaire juridique* (cf la Préface de cet ouvrage). *Adde.* G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2005, p. 93. Il ne s'agit pas, bien sûr, de confondre concept (qui est un type de signifié) et signifiant. L'un est une idée (« contrat », « pouvoir »), l'autre est un mot. Mais tout comme un mot, même juridique – en particulier juridique –, peut avoir plusieurs sens, un concept peut recouvrir plusieurs réalités juridiques. Le droit interne nous en fournit des exemples, comme celui de la notion de personnalité morale entre droit des sociétés et droit fiscal (v. sur cette question G. DEDEURWAERDER, *Théorie de l'interprétation et droit fiscal*, Dalloz 2010).

<sup>1287</sup> En ce sens, F. FERRARI, « Tendances insularistes et lex forisme malgré un droit uniforme de la vente », *RCDIP* 2013, p. 323.

Les règles de compétence établies pour les actions en matière contractuelle dans le système Bruxelles I, en matière d'investissement dans celui du CIRDI, ou pour les actions en constatation de non-contrefaçon dans le système Marque communautaire peuvent soulever des questions de délimitation. L'absence d'un fonds culturel et réglementaire susceptible de pallier l'absence ou les défauts des définitions dans ces instruments internationaux est ainsi la source d'inévitables divergences dans l'application de ces mêmes normes<sup>1288</sup>.

Cette critique récurrente que l'on fait ainsi aux systèmes internationaux appuie sur une faiblesse qui leur est inhérente, mais pour une mauvaise raison : leur faiblesse notionnelle n'autorise pas pour autant d'y plaquer les concepts internes. En pratique, d'ailleurs, les conflits d'interprétation ainsi provoqués ne sont pas toujours aussi handicapants qu'ils peuvent paraître.

## ***B) Relativité des sujets de conflits***

579. **Degrés de variabilité.** Les failles du droit conventionnel et même, dans une certaine mesure, du droit communautaire sont un fait que l'on ne saurait contester. Il est toutefois possible de déceler, en fonction des questions, une certaine différence de degrés dans l'indétermination des notions. On peut même poser le postulat selon lequel plus une notion appelle d'analyses juridiques, plus il y aura des possibilités de divergences dans son application. Si l'élément n'appelle que la caractérisation de certains faits dans l'espèce, c'est à dire une simple *qualification* juridique, la difficulté d'interprétation proviendra des faits eux-mêmes (1). Si, au contraire, la notion employée appelle une *analyse* juridique, qui ajoute certaines vérifications à l'opération de qualification, il faudra alors développer des règles préalables qui seront particulièrement sensible aux divergences nationales (2).

### ***1. Qualification juridique et interprétation de la complexité des faits***

580. **Un problème de choix.** Lorsque la mise en œuvre de la règle de compétence dépend d'une notion qui n'appelle qu'une évaluation des faits, la variation de l'interprétation de cette notion ne devrait pas être fonction des divergences propres aux ordres juridiques. La chose est assez claire en matière de rattachement. Que l'on prenne ainsi le lieu du « dommage », ou le lieu « d'exécution habituel du travail », la règle s'attache le plus souvent à déterminer une réalité concrète, l'un des éléments principaux de la situation juridique qu'elle vise<sup>1289</sup>. Les règles de compétence localisatrices recherchent le plus souvent une certaine matérialité de la

---

<sup>1288</sup> L'idée d'un lien intrinsèque entre culture et interprétation du droit n'est peut-être pas plus poussée que chez Pierre LEGRAND (P. LEGRAND, *Le droit comparé*, PUF 2011 ; v. aussi, P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *RIDC* 1999, p. 1053).

<sup>1289</sup> L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica 2008, n° 235s. L'affirmation ne vaut pas pour les règles de compétence matérielle. Elles renvoient à des ordres de juridiction dont l'unité est organisée par le droit suivant des critères juridiques, et non factuels.

relation juridique, que ce soit pour la commodité des parties, la bonne administration de la justice ou encore un certain contrôle de l'État. On a ainsi pu associer les règles de compétence en matière de responsabilité délictuelle au lieu de réalisation du dommage. On favorise alors une proximité du juge avec les éléments matériels du litige qui permet une meilleure administration de la preuve<sup>1290</sup>. Le choix du lieu d'exécution habituelle du travail, outre cette proximité des éventuels éléments de preuve, favorise de son côté l'accès du travailleur à la justice.

Les difficultés que posent ces rattachements sont les mêmes que celles que l'on rencontre avec les règles de compétence de droit interne : le problème du choix. Lorsque la plupart des éléments concrets et pertinents de la situation se réalisent en un lieu, il n'y a aucun choix, aucune discrimination à faire. Il n'est dès lors pas nécessaire de poser une définition juridique de ce rattachement et, de même, il faut donc pour le moins une situation complexe pour diverger, entre deux États, quant à la juridiction compétente. Pour reprendre les mêmes exemples, lorsque tous les dommages se réalisent au même endroit ou lorsque le travailleur étranger travaille dans un bureau sans déplacement, il n'y a pas vraiment de possible problème d'interprétation, et donc pas non plus besoin de déterminer une définition juridique. Lorsque, au contraire, les faits pertinents (dommages et fait causal, lieux de travail) sont multiples, il est alors nécessaire d'analyser la règle pour en tirer un principe de choix. On peut en effet chercher à déterminer *le* lieu pertinent (et donc la juridiction compétente) ou bien, en considérant que plusieurs lieux le sont, ouvrir l'accès à plusieurs juridictions<sup>1291</sup>.

- 581. Un problème de cas.** Le choix sera de politique juridique (notamment celle de la faveur que l'on peut accorder au demandeur) et les juridictions d'ordres juridiques différents pourront donc diverger dans leur application des textes. Cependant, l'éventuelle influence des ordres juridiques internes sera assez diffuse, au mieux tirée de l'esprit de certains textes, le plus souvent simplement de considérations psychologiques et morales liées à la protection de certaines catégories de plaideurs. Ces facteurs se retrouvent d'ailleurs en droit interne, avec des divergences de jurisprudence parfois marquées entre juridictions du fond si ce n'est de chambres de la Cour de cassation. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, si décriée au sujet de l'application très pointilliste des chefs de compétence de l'article 5 du Règlement Bruxelles I en matière de responsabilité de

---

<sup>1290</sup> La réalité est parfois plus complexe. Dans la mesure où les dommages découlent de produits, de véhicules et autres machines, nul ne sera mieux placé de ce point de vue que le juge du lieu où ils sont produits, alors même que le dommage lui-même l'aura rarement été dans ce for. S'agissant toutefois d'un chef de compétence alternatif, il ne sera utile que dans la mesure où il favorise par ailleurs la victime. *Adde.*, L. USUNIER, *op. cit.*, n° 256s., qui insiste sur le caractère légitime de la compétence des juridictions de l'Etat du lieu du dommage dès lors qu'il est le lieu où se réalise le fait dommageable, indépendamment des parties au litige ou même des éléments de preuve.

<sup>1291</sup> C'est le problème auquel a dû faire face la Cour de justice, tant en matière de délit complexe ou plurilocalisé (v. par exemple *Fiona Shevill*, CJCE 7 mars 1995, Aff. C-68/93, RCDIP 1996, p. 487, note P. Lagarde ; *JDI* 1996, p. 543, obs. A. Huet ; *D.* 1996, p. 61, note G. Parléani ; *RTDE* 1995, p. 611, note M. Gardenes Santiago ; *Europe* 1995, chron. 7 par L. Idot), qu'en matière d'exécution itinérante du contrat de travail, sur lesquels v. H. GAUDEMET-TALLON, n° 298 (et, pour un exemple au sujet d'un marin, Soc. 31 mars 2009, *RDC* 2009, p. 1543, chron. P. Deumier ; *DMF* 2009, p. 835, note G. proutière-Maulion).

faits commis par la voie de l'Internet<sup>1292</sup>, trouve un écho singulier dans les solutions de la jurisprudence française en matière de droit commun, qui peut apparaître en ce même domaine comme additionnant les tergiversations<sup>1293</sup>.

La difficulté provient ici, avant tout, des faits eux-mêmes. Le fait que la règle incorpore des notions mal définies n'a qu'une influence secondaire ; dès lors, un système de compétence international n'est de ce point de vue pas plus mal loti qu'un autre. Comme d'autres systèmes de source interne, il devra être « testé » à l'aune de la réalité et, comme d'autres systèmes encore, il donnera lieu potentiellement à des interprétations variées. Mais interpréter un texte revient à ajouter du sens, au besoin en préciser les termes, pas à appliquer une règle. Au mieux, le droit ne peut fournir que des lignes directrices, comme celles des articles 1156 et suivants du Code civil en matière de contrat<sup>1294</sup>, des règles qui sont d'ailleurs assez souvent proches d'un ordre juridique à un autre<sup>1295</sup>. Enoncer, par exemple, que le dommage subi du fait d'une diffamation par internet se localise aux lieux de diffusion de l'article incriminé pour la part qui leur revient, ou, pour l'intégralité, au lieu d'établissement de l'émetteur de ces contenus ou encore au lieu du centre des intérêts du demandeur, permet ainsi de résoudre le problème

---

<sup>1292</sup> En particulier le dernier en date, l'arrêt *E-date* et *Martinez* (CJUE, 25 oct. 2011, Aff. jointes C-509/09 et C-161/10, *JDI* 2012, comm. 6, p. 197, obs. G. Guizio ; *RCDIP* 2012, p. 389, note H. Muir Watt ; *D.* 2012, p. 1233, obs. H. Gaudemet-Tallon p. 1279, chron. T. Azzi et p. 1285, chron. S. Bollée et B. Haftel ; *JCP* 2012, 28, note S. Francq et chron. 264 par C. Nourissat ; *Comm. com. électr.* 2012, chron. 1, n° 6 et 10, obs. M.-É Ancel ; *RTDCom.* 2012, p. 423, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; *RTDE* 2011, p. 847, obs. E. Treppoz ; *Europe* 2011, comm. 499, obs. L. Idot), dans lequel la Cour de justice, dans un problème d'atteinte aux droits de la personnalité par internet, a octroyé non pas deux mais trois types de fors possibles : le juge du lieu d'édition du contenu, le juge du « centre des intérêts principaux » de la victime, enfin les juges des lieux de diffusion pour la part du dommage qui y est subie. Il est permis de se demander si pour la Cour de justice, en ce domaine, « *res sequitur forum actoris* »...

<sup>1293</sup> Ainsi, en matière de contrefaçon de marque par diffusion sur internet, Com., 7 juil. 2009, (*Procédures* 2009, comm. 301, obs. R. Perrot et comm. 313, obs. C. Nourissat), qui décide qu'en « *retenant que, s'agissant du non-respect de la législation sur les marques, le fait dommageable, au sens de l'article 46 du Code procédure civile, est subi dans l'ensemble des lieux dans lesquels la marque dont l'annulation est recherchée est diffusée et commercialisée, et qu'il est établi en l'espèce que les marques dont l'annulation est recherchée sont diffusées sur l'ensemble du territoire national par internet, la cour d'appel a pu en déduire que le dommage avait été subi dans le ressort du tribunal de grande instance d'Auch, peu important que le fait dommageable se soit également produit dans le ressort d'autres tribunaux, fût-ce sur l'ensemble du territoire national* ». On ne manquera pas de remarquer que, l'Internet étant accessible sur l'ensemble du territoire français et la Cour ne limitant pas la compétence locale des juridictions, la solution revient à offrir non seulement le *forum actoris* de l'arrêt *E-date*, mais encore le libre choix du demandeur parmi l'intégralité des juridictions françaises (matériellement compétente du moins). L'arrêt présente par ailleurs l'intérêt de casser l'arrêt pour excès de pouvoir de la cour d'appel qui s'était déclarée compétente dans une action relevant de la compétence exclusive de l'OHMI.

<sup>1294</sup> V. par exemple les articles 1156s. C.civ. Pour une illustration, v. un célèbre arrêt de Riom, 14 oct. 1995, *Gaz. Pal.* 13 juillet 1996, jur., p.395 appliquant les articles 1157 et 1158 C.civ et qui commence en ces termes : « *Attendu que le Premier Président de la Cour de cassation invita un jour le monde judiciaire à sortir du néolithique, c'est-à-dire du monde où le plus fort écrase de ses lourdes pierres le plus faible ; Que cette très noble voix ne semble point être parvenue aux oreilles des rédacteurs des contrats d'assurance de la Caisse nationale de prévoyance qui garantit le risque invalidité-décès des citoyens ayant contracté un prêt dans les instances du Crédit Agricole* » (archivé dans <http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http://www.p-s.fr/index.php?post/2006/08/02/33-14-decembre-1995-riom-1ere-ch-civ-sec-1&title=%5B1%5D>). L'arrêt fut cassé par Civ. 1ère, 17 mars 1998, n° 96-11172 au visa de l'article 1134 C.civ., la Cour de cassation énonçant que, sous couvert d'interprétation, la Cour d'appel de Riom a dénaturé le sens précis de la notice qui contredisait le texte retenu par la Cour.

<sup>1295</sup> A vrai dire, le processus d'interprétation est un élément extrêmement culturel, mais qui a plus varié entre les époques qu'entre les peuples (v. l'étude magistrale de B. FRYDMAN, *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique* LGDJ-Bruyant, 3<sup>ème</sup> éd. 2011).



d'interprétation de la règle uniforme<sup>1296</sup>. Le seul obstacle auquel se retrouve confronté le système international de compétence dans la mise en œuvre de ses rattachements factuels, dès lors, n'est pas tant son caractère international que l'absence d'organe unificateur<sup>1297</sup>.

582. **Conclusion.** Toute notion qui n'appelle pas ainsi de fiction juridique, qui se nourrit des seuls faits, n'a besoin que d'une interprétation uniforme. Les faits pourront toujours, un jour ou l'autre, être complexes, quelle que soit la règle en jeu. S'il y a création d'une règle, il s'agit alors d'une règle d'interprétation, qui pose des critères d'appréciation des faits, et non une règle substantielle qui crée des effets de droit. On observera à ce propos que les problèmes posés par les dommages plurilocalisés, y compris en matière d'internet, sont discutés quant à l'opportunité de la solution, pas pour les incohérences juridiques de leur mise en œuvre<sup>1298</sup> et la remarque vaut de même pour les solutions rendues en matière de pluralité de lieux d'exécution contractuelle par exemple<sup>1299</sup> ; dès lors, du moins, que la recherche de ces lieux est faite de manière concrète et n'appelle pas – ou qu'on ne leur impose pas – une analyse juridique.

## 2. Analyses juridiques et règles préalables

---

<sup>1296</sup> La solution ici énoncée est celle de l'arrêt *eDate Advertising et Martinez* CJUE, 25 oct. 2011, précité.

<sup>1297</sup> On peut s'appuyer sur une jurisprudence plus récente de la Cour de cassation pour en donner la contre-épreuve. Dans un arrêt *Calimax*, rendu le 1<sup>er</sup> février 2012, la Cour de cassation était confrontée à un problème somme toute classique d'interprétation d'une clause attributive de juridiction désignant le tribunal de Feldkirch, en Autriche (Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 2012, *JCP* 2012, 1053, obs. C. Nourissat). La clause, du fait qu'elle liait par ailleurs deux sociétés établies dans des Etats membres de l'Union européenne, était couverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I. Saisie par la société établie en France sur un problème d'exécution, la Cour d'appel avait estimé utile d'interpréter la clause, considérant dans une belle mise en abîme que celle-ci ne couvrirait que les problèmes d'interprétation du contrat. La Cour de cassation censura la Cour d'appel pour dénaturation de la clause... au visa de l'article 1134 du Code civil.

Il fallait, bien sûr, que la Cour de cassation dispose d'une règle, ou d'un principe, pour justifier son intervention. Elle ne juge qu'en droit. En l'absence d'une règle sur la dénaturation, elle n'aurait pu se saisir d'un problème d'interprétation de la clause. Mais ce problème d'organisation judiciaire n'induit aucunement la nécessité d'appliquer une règle particulière, de fond, pour interpréter la clause. L'interprétation des faits et des actes est en réalité inhérent au pouvoir juridictionnel. Ce n'est justement que parce que la Cour de cassation ne dispose pas de la plénitude de ce pouvoir qu'elle a eu besoin de la référence à l'article 1134 du Code civil et au principe lui permettant d'intervenir en cas de dénaturation (Sur cette question, v. *supra*, n°214). Cependant, si ce problème est extérieur au problème de compétence il a une influence directe sur le jeu du Règlement Bruxelles I : il semble impliquer, en effet, que la question de l'interprétation des clauses attributives doit se faire selon une *règle*, et que cette règle ressort de la *lex fori*. En imposant une telle lecture, la Cour de cassation propose aussi de traiter différemment des clauses attributives relevant pourtant en principe d'un régime identique. L'uniformité de leur traitement est immédiatement remise en cause. Et la solution est d'autant plus critiquable qu'elle est inutile. S'il est vrai que l'interprétation est sans doute nécessaire à la lecture de la clause, et s'il fallait à la Cour se fonder sur une règle pour le relever, il lui suffisait de viser directement l'article 23 du Règlement.

<sup>1298</sup> Ainsi l'arrêt *eDate advertising et Martinez* précité, mais aussi, en matière de contrat de consommation en ligne, CJUE 7 déc. 2010, *Hotel Alpenhof* Aff. C-144/09 et *Pammer* Aff. C-585/08, (sur lesquels v. *JDI* 2011, note V. Pironon (4 arrêts) ; *RCDIP* 2011, p. 414, note O. Cachard ; *D.* 2011, p. 5, obs. C. Manara, p. 908, obs. S. Durrande, p. 974 obs. E. Poillot, p.990, note M.-E. Pancrazi et p. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *JCP* 2011, p. 129, note L. D'Avout ; *Comm. com. électr.* 2011, chron. 1, par M.-E. Ancel ; *Procédures* 2011, comm. 58, note C. Nourissat ; *Europe* 2011, comm. 96, note L. Idot ; *RTDE* 2011, p. 475, note E. Guinchard ; *RTD Com.* 2011, p. 663, note A. Marmisse d'Abbadie d'Arrast.).

<sup>1299</sup> CJUE, 11 mars 2010, *Wood Floor*, Aff. C-19/09, (D. 2010. 834 ; 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; 2011. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *RTDCom.* 2010. 451, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; *RTDE* 2010. 421, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard, *Europe* 2010. comm. 149, obs. L. Idot ; *JCP E* 2010. 1579, note M. Fernet ; *Procédures*, 2010 comm. 270, obs. C. Nourissat. Color Drack.

583. **Application de conditions proprement juridiques.** C'est vraiment dans ce second cas que se complique la recherche de la qualification ou de la localisation du rattachement : lorsque le chef de compétence se veut détaché de la réalité concrète et ne se déduire que d'une réalité juridique abstraite, car la solution de compétence nécessite alors *d'appliquer* une règle supplémentaire, substantielle, préalablement au jeu de la règle de compétence. Qu'il faille ainsi déterminer le lieu légal d'exécution d'une obligation (en matière de paiement par exemple) en dehors de toutes détermination par les parties et il faudra bien appliquer la règle de fond supplétive qui l'impose légalement. De même, une convention de juridiction contestée requerra du juge une opération de vérification, suivant des règles de fond, de la validité ou de l'opposabilité de l'accord. La cohérence du système de compétence ne dépend plus alors seulement de l'interprétation autonome d'une *notion* employée dans une règle de compétence. Il lui faut de surcroît développer des *règles* subsidiaires, sinon autonomes du moins uniformes. Or, en l'absence de solutions textuelles, le tribunal saisi n'aura guère que trois possibilités : appliquer ses propres règles internes (lorsqu'il en dispose), tenter de rechercher la loi nationale applicable à la situation par le biais de règles de conflit ou bien rechercher une règle autonome adaptée au système. On reprendra ici pour exemple l'arrêt de la CJCE, spécialement pédagogique, rendu dans l'affaire *Tessili* sur le fondement de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles<sup>1300</sup>.

584. **Exemple de l'arrêt *Tessili*.** Le 6 octobre 1976, la Cour fut interrogée par l'*Oberlandsgericht* de Francfort sur la détermination du « lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande », critère de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles, lorsque l'obligation est aussi générale que celle de la conformité de la chose vendue. La Cour de justice répondit alors en deux temps. Dans un premier temps<sup>1301</sup>, elle évoqua le problème de l'existence de notions « *tirées du droit civil, commercial et procédural et pouvant avoir une signification différente d'un État membre à l'autre* » et de la nécessité de faire un choix entre une définition autonome et le renvoi à des règles nationales. Elle choisit alors de ne pas se limiter par une réponse dogmatique. Elle énonça même que « *le choix approprié ne [pouvait] être dégagé qu'à propos de chacune des dispositions de la Convention, de façon toutefois à assurer à celle-ci sa pleine efficacité dans la perspective des objectifs de l'article 220 du traité* »<sup>1302</sup>. Et elle en apporta immédiatement la preuve : si elle répondit par la définition d'une notion autonome en ce qui concerne la matière civile et commerciale huit jours plus tard, à l'occasion de l'arrêt *Eurocontrol*<sup>1303</sup>, elle opta ici pour une réponse conflictuelle : l'application de la règle de conflit de loi applicable aux contrats. La justification est éloquente :

« ... la détermination du lieu d'exécution des obligations est tributaire du contexte contractuel auquel ces obligations appartiennent... »<sup>1304</sup>

---

<sup>1300</sup> CJCE, 6 oct. 1976, Aff. 12/76, RCDIP 1977, p. 761, note P. Gothot et D. Holleaux ; D. 1977, chron. p. 287 G. Droz ; JDI 1977, p. 704 obs. J.-M. Bischoff et A. Huet et p. 714 note A. Huet.

<sup>1301</sup> Arrêt cité, pt. 10.

<sup>1302</sup> *Ibid.*, pt. 11.

<sup>1303</sup> CJCE 14 oct. 1976, *Eurocontrol*, Aff. 29/76, RCDIP 1977, p. 776, note G. Droz ; JDI 1977, p. 707 note A. Huet ; *Cah. Dr. Eur.* 1977, p. 146, note G. Leleux.

<sup>1304</sup> CJCE, 6 oct. 1976, pt. 14.

585. **Analyse de la solution *Tessili***. Il est difficile, lorsque le « contexte contractuel » n'est pas suffisamment explicite, de connaître le lieu de l'exécution de l'obligation. Mieux même, si les parties s'opposent sur le lieu de livraison contractuel, il ne suffit plus d'interpréter. Il faut procéder à une opération plus complexe, celle de l'application préalable d'une règle de droit. On se permettra de citer directement ici la comparaison très éclairante de Pierre GOTHOT et Dominique HOLLEAUX commentant l'arrêt : « [l]e lieu du fait dommageable, quel que soit le sens qu'on lui donne, n'est jamais inclus dans une norme dont la fonction serait de prescrire aux individus leur conduite. La règle de compétence judiciaire ne le retient qu'une fois le dommage survenu. Au contraire, le lieu d'exécution d'une obligation contractuelle résulte d'une norme ayant pour objet de dicter le comportement des contractants. La compétence judiciaire n'en est qu'une conséquence seconde. Il paraîtrait malencontreux que ce lieu d'exécution soit érigé en notion purement procédurale, fût-elle communautaire, car le juge compétent risquerait alors de n'être pas celui du véritable lieu d'exécution »<sup>1305</sup>.

On peut considérer que le risque ici évoqué par les auteurs n'en est pas toujours un : il suffirait par exemple de préférer au lieu d'exécution contractuel, visé par le système Bruxelles I, le lieu d'exécution réel. Cependant, la Convention puis le Règlement présentèrent le chef de compétence de l'article 5-1 comme une véritable faveur au demandeur<sup>1306</sup>. Il fallait donc que le lieu d'exécution restât le lieu contractuel pour permettre à l'acheteur de prévoir le lieu éventuel du contentieux, même lorsque la livraison n'a pas été faite au bon endroit voire qu'elle n'a tout simplement pas été faite<sup>1307</sup>. Il n'était alors plus possible de se contenter

<sup>1305</sup> *Op. cit.* p. 762. La comparaison faite ici ne vaut d'ailleurs qu'au regard d'une responsabilité civile classique. Lorsque le dommage résulte au contraire d'une obligation légale préexistante, c'est bien au lieu de la violation de cette obligation que sera localisée la faute.

<sup>1306</sup> Le Règlement indique ainsi qu'il s'agit du lieu de livraison « en vertu du contrat ».

<sup>1307</sup> Et en effet, dès l'instant où la règle de compétence s'attache à l'exécution d'une obligation, il faut faire un choix. Soit, en premier lieu, l'accent est mis sur la proximité du tribunal au lieu *effectif* d'exécution. Le tribunal compétent sera alors celui qui pouvait être prévu par les parties ou bien celui qui, du fait d'une inexécution parfois très hasardeuse, sera le plus proche du lieu de la mauvaise exécution. Par ailleurs, dans cette hypothèse, l'inexécution totale de l'obligation laissera planer le doute sur la possibilité même de saisir un tribunal sur le fondement de ce chef de compétence. Soit, alternativement, on préfère la prévisibilité à la proximité et l'on décide alors, logiquement, de ne retenir que le lieu où, *selon l'obligation*, l'exécution aurait dû avoir lieu. Il faut alors passer par une règle de droit substantielle pour le déterminer. On y perd certainement en simplicité. Pour la détermination de la compétence, d'une part, puisqu'il faut passer par l'application d'une règle de droit mais aussi pour l'accès du tribunal aux éléments de fait, d'autre part, puisque les faits qui mènent au litige se produisent parfois en des endroits accidentels, loin du lieu que la règle retient. Mais il faut bien faire un choix. Dans le système de compétence interne, l'article 46 C.P.C. indique que le tribunal « du lieu de la livraison effective de la chose ou de l'exécution de la prestation de service » est compétent. Les termes mêmes de l'article (« livraison effective ») invitaient à retenir une approche « proximaliste » et c'est bien l'option retenue par la jurisprudence française (V. par exemple Com. 3 nov. 1988, *Bull.*, n° 291 ; *Gaz. Pal.* 1989. 1. Somm. 252, obs. S. Guinchard et T. Moussa et Com. 14 juin 1994, *Bull.*, n° 221 où, dans les deux cas, la Cour considère qu'en l'absence d'une acceptation de la livraison par le destinataire, il n'y a pas de « livraison effective » au sens de ce texte, et que l'article 46 ne saurait donc jouer. V. plus largement H. COSNARD, « La compétence territoriale en matière contractuelle », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Uni. Sc. soc. de Toulouse, 1981, p. 207). La Cour de Justice, en ce qui concerne l'ancien article 5-1, a préféré l'autre approche, celle de la prévisibilité (Elle se prononça en ce sens dans un arrêt *Custom Made* dans lequel elle réfuta l'argument « proximaliste » en ces termes : « l'utilisation d'autres critères que le lieu d'exécution [c'est-à-dire le lieu légal d'exécution], lorsque celui-ci attribue compétence à un for sans connexité avec l'affaire [c'est-à-dire avec le contrat tel que les parties l'avait envisagé], pourrait compromettre la prévisibilité du for compétent et serait ainsi incompatible avec l'objectif de la convention », CJCE 29 juin 1994, Aff. C-288/92, *RCDIP* 1994, p. 698, note H. Gaudemet-Tallon; *JDI* 1995, p. 461, note A. Huet ; *RTDE* 1995, p. 87, note E. Tichadou ; *Cab. Dr. eur.* 1995, p. 222, note H. Tagaras).

d'interpréter une règle au regard d'un fait complexe. Il fallait, au contraire, élaborer une règle. Plutôt que d'élaborer une règle matérielle, elle choisit alors l'intermédiaire d'une règle de conflit de lois.

586. **La recherche d'une règle préalable.** Il y a ici encore affaire de degrés plus que de nature. L'interprétation jurisprudentielle d'une règle devient presque règle elle-même, en particulier si cette interprétation dégage des caractéristiques particulières. On ne saurait toutefois assimiler les deux situations. Il y a une grande différence entre l'interprétation d'un fait pour le subsumer directement dans la règle, quels qu'en soient les critères, et l'application d'une règle comme préalable nécessaire à la détermination d'un rattachement. En matière économique, la récurrence du phénomène contractuel a imposé des catégories et des rattachements qui ne peuvent pas toujours épargner l'interprète de vérifier, dans l'espèce, la validité ou la substance du contrat. L'existence de ce type de critères dans une règle uniforme de compétence appelle donc le développement d'une règle préalable uniforme.

## II) Quelques solutions aux conflits

587. **Distinction des problèmes, distinction des solutions.** Avant de déterminer des solutions pour assurer une certaine cohérence aux systèmes internationaux, il fallait déterminer la teneur exacte des problèmes. Le premier est celui qui naît de critères factuels. S'il n'est pas différent, en soi, pour le système interne ou le système international, l'absence d'une interprétation officielle dans la plupart de ces derniers pose le risque de la divergence, lorsque des interprétations différentes seraient développées *concurrentement*. Partant, c'est peut-être dans la prise en compte des interprétations étrangères que se trouve une partie du remède (A). Le second, plus délicat, provient de la nécessaire application préalable de règles substantielles dans la mise en œuvre de certains autres critères moins immédiatement factuels. Ici, ce n'est pas seulement le risque de conflit de jurisprudences qui se pose. C'est aussi l'apposition de solutions purement nationales pour la résolution de ces problèmes. Il faut donc rechercher les solutions possibles à ce problème aigu des systèmes internationaux de compétence. Malgré les critiques, la solution *Tessili* paraît à cet égard la plus adaptée (B).

### A) La prise en compte de l'interprétation étrangère

588. Du fait de la source supranationale des systèmes transnationaux que nous étudions ici, on pourrait invoquer une obligation de droit international public de l'État d'assurer l'uniformité de leur application. Cette obligation justifierait ainsi la prise en compte des jurisprudences étrangères (1). Toutefois, cette obligation de droit international public est à l'heure actuelle difficilement transposable en procédure civile (2).

**1. L'obligation internationale de prendre en compte la jurisprudence étrangère**

589. **Prise en compte des jurisprudences étrangères en instance.** La question de compétence ne se présente, par hypothèse, que dans la perspective de la saisine d'un juge. On peut donc essentiellement poser ce problème dans le contexte d'une instance juridictionnelle. À l'occasion d'une instance, on imaginera donc que le défendeur soulève une exception d'incompétence. Il la fonde sur un argument insolite, parce qu'étranger. Il avance que dans une hypothèse similaire, le juge d'un autre État partie au même système de compétence a déjà interprété la règle de telle manière que le juge ici saisi devrait se déclarer incompétent. Le défendeur se prévaut donc du *raisonnement* contenu dans cette décision pour convaincre le juge de se déclarer incompétent. Le juge saisi demeure libre d'accueillir ou de rejeter le moyen ; cependant, il ne faudrait pas en prendre prétexte pour ne pas en tenir compte. Le fait que le juge français puisse se voir proposer par une partie une solution étrangère ne revient pas à lui opposer l'autorité de chose jugée : il est toujours libre de l'interpréter différemment. En particulier, cette simple remarque ne sera pas à même de résoudre les problèmes de divergence grave, lorsque les cours suprêmes de deux États s'opposeraient clairement sur l'interprétation d'une même règle<sup>1308</sup>. En l'état actuel des systèmes de compétence, rien ne saurait obliger la Cour de cassation à sanctionner les juges du fond pour ne pas avoir suivi l'interprétation qu'aurait précédemment adoptée le *Bundesgerichtshof* allemand, la *Högsta Domstolen* suédoise ou la *Supreme Court* des États-Unis (sauf, bien sûr, en cas de convergence avec sa propre interprétation). Mais l'on ne devrait pas, toutefois, en déduire que leur ignorance est sans aucune conséquence.

590. **Obligation de prise en compte dans une perspective moniste : la thèse de M.-C. PITTON.** On doit évoquer ici les travaux effectués par Mme Marie-Camille PITTON dans sa thèse consacrée au rôle du jugement étranger dans l'interprétation du droit conventionnel uniforme<sup>1309</sup>. L'auteur recherche dans les différentes méthodes de droit international privé et public le moyen de prendre en compte l'interprétation apportée par le juge étranger au sujet d'une convention uniforme d'applicabilité directe : la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Les systèmes internationaux de compétence ne sont bien sûr pas identiques, mais il est utile de citer les conclusions de cette mise à l'épreuve car elles sont aussi valables pour l'interprétation de règles de compétence.

L'auteur démontre tout d'abord l'impossibilité de traiter ces divergences de jurisprudence par le biais d'une règle de conflit de lois. Le problème provient de la perspective moniste sur laquelle se fonde l'applicabilité directe, mais aussi plus globalement à cause du mécanisme même de l'interprétation, pour lequel il est difficile de concevoir une méthode de coordination<sup>1310</sup>. Par la suite, elle passe le

---

<sup>1308</sup> Il sera sur ce point particulièrement intéressant de noter la réaction de la Cour suprême, éventuellement saisie à nouveau, à la suite du renvoi de la Cour de cassation dans l'affaire *West Caribbean Airlines*. V. *supra*, n° 377.

<sup>1309</sup> M.-C. PITTON, *Le rôle du jugement étranger dans l'interprétation du droit conventionnel uniforme*, Thèse Paris I, 2007.

<sup>1310</sup> *Ibid.*, p. 371s.

problème au crible de la méthode de la prise en considération qui échoue sur le même obstacle de la nature particulière de l'interprétation<sup>1311</sup>. Mme PITTON se propose ensuite de voir si cette interprétation ne pourrait découler de la convention internationale mais, là encore, la « communauté » juridique formée par la convention n'est pas encore suffisamment intégrée pour le justifier<sup>1312</sup>. Il reste que la Convention de Vienne sur le droit des traités impose une interprétation uniforme<sup>1313</sup>. L'auteur opte donc finalement, mais sur un ton résolument optimiste, pour la simple prise en compte « prudentielle » de l'interprétation étrangère, une prise en compte dont elle observe qu'elle tend à devenir plus fréquente et positive. Les ordres juridiques, explique-t-elle, acceptent mieux que par le passé le pluralisme juridique et la prise en compte des solutions des ordres juridiques étrangers<sup>1314</sup>. Le juge serait ainsi dans l'obligation, tirée de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de prendre en compte les jurisprudences étrangères au moment d'interpréter la règle uniforme<sup>1315</sup>.

**591. Portée de l'obligation dans une perspective dualiste.** On pourra faire le reproche à cette thèse d'être excessivement ouverte. Elle rejette d'une part un dualisme strict entre ordre national et ordre international qui est combattu par une doctrine influente de droit international public<sup>1316</sup>. D'autre part, elle conçoit l'opération d'interprétation comme une simple lecture de la norme, refusant que l'interprétation jurisprudentielle en consacre une nouvelle, ce qui s'oppose indirectement à une analyse aujourd'hui assez classique en droit international privé selon laquelle le conflit entre des interprétations nationales d'une norme uniforme peut être résolu par une règle de conflit de lois, comme si ces interprétations créaient justement des normes nationales différentes<sup>1317</sup>. On ne saurait toutefois ici suivre cette dernière. On a montré précédemment, en effet, que l'idée même d'ordre juridique ne devait avoir en notre matière qu'une portée pédagogique, non normative<sup>1318</sup>. Quant au débat dualisme/monisme, il faut en relativiser la portée<sup>1319</sup>.

**592. Obligation dans une perspective dualiste : la thèse de K. PARROT.** Les tenants les plus fermes du dualisme des ordres juridiques ne s'opposent en effet pas directement à cette approche. On s'appuiera pour le montrer maintenant sur la thèse de Mme Karine PARROT. À analyser la question dans des termes dualistes, la

---

<sup>1311</sup> *Ibid.*, p. 412s.

<sup>1312</sup> *Ibid.*, p. 487s.

<sup>1313</sup> Article 7 (1) de la Convention : « Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international ».

<sup>1314</sup> *Ibid.*, p. 549s.

<sup>1315</sup> *Ibid.*

<sup>1316</sup> Dualisme qui fonde toute la thèse, aux conclusions plus sévères, de Mme K. PARROT, *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Dalloz 2006.

<sup>1317</sup> Cette dernière lecture l'opposant ainsi à Mme Valentine ESPINASSOUS (V. ESPINASSOUS, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ 2010), qui par ailleurs se rapproche de Mme PARROT (citée *supra*) sur l'interprétation du sens de l'uniformisation par convention.

<sup>1318</sup> V. *supra*, n° 56s.

<sup>1319</sup> V. en outre *supra*, les développements sur l'Etat reconnaissant, n° 93s. Mme PITTON défend par ailleurs son projet de même, bien que parlant de relevance plutôt que de reconnaissance, *Ibid.* p. 576s. Elle note aussi qu'en Angleterre, pays traditionnellement dualiste, des auteurs ont pu parler de « monisme rampant » pour exposer le mouvement de décloisonnement que les ordres juridiques nationaux connaissent envers l'ordre juridique international (*Ibid.* p. 609).

règle internationale n'aurait comme effet que de prescrire la création d'une règle de teneur identique dans l'ordre interne de l'État partie<sup>1320</sup>. Il faudrait en déduire que la jurisprudence étrangère n'interpréterait tout simplement pas la même règle que la jurisprudence nationale. Il apparaît alors de prime abord difficile, dans un tel contexte, de donner une quelconque valeur aux interprétations étrangères d'une règle uniforme. Par ailleurs, toute interprétation s'inscrirait alors nécessairement dans l'ordre juridique national dans laquelle elle s'inscrit<sup>1321</sup>. On a pu voir, cependant, qu'il n'y a que peu de liens nécessaires entre règles de compétence et droit substantiel ; ce dernier élément ne nous paraît donc pas rédhibitoire<sup>1322</sup>. Par ailleurs, la lecture de la norme tirée d'une convention internationale comme une norme interne « internationalement prescrite », selon les termes de l'auteur<sup>1323</sup>, ne ferait pas pour autant écran avec la norme internationale elle-même. La norme de transposition, c'est-à-dire l'article 55 de la Constitution, obligerait au respect de cette dernière<sup>1324</sup>. Or, du simple fait de l'existence de cette norme, « *le respect de la ratio legis des règles définissant le processus de création des règles étatiques d'origine internationale fait naître à la charge des organes étatiques l'obligation de prendre en compte l'origine et la signification internationale des énoncés légaux conventionnels lors de leur mise en œuvre* »<sup>1325</sup>. Cette affirmation ne convainc toutefois pas l'auteur qui va alors chercher un fondement plus contraignant. Prenant l'exemple de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelle, Mme PARROT interprète son article 18 pour découvrir un fondement spécifique à l'obligation de prise en compte de la jurisprudence étrangère.

La Convention de Rome énonce en effet expressément que, « aux fins de l'interprétation et de l'application des règles uniformes qui précèdent, il sera tenu compte de leur caractère international et de l'opportunité de parvenir à l'uniformité dans la façon dont elles sont interprétées et appliquées ». Selon l'auteur, cet article est répétitif : le caractère international implique déjà par lui-même le besoin d'uniformité. Elle déduit de cette redondance la volonté des États de créer une obligation spécifique à destination des organes d'application, les juges, de prendre en compte la jurisprudence étrangère sur la question de droit à traiter<sup>1326</sup>.

On pourra s'avouer peu convaincu par l'idée que cette obligation de prise en compte, dont l'intensité reste très relative, procède d'une sorte de répétition volontaire. Surtout, l'idée que cette dernière serait nécessaire pour créer l'obligation de prise en compte de la jurisprudence étrangère ne peut être qu'une fausse piste. On voit mal pourquoi deux dispositions identiques seraient aptes à créer ce qu'une seule ne ferait pas. Au contraire, il apparaît que, dans le domaine qui nous occupe, il y a toujours une volonté d'uniformité suffisante pour créer cette obligation.

---

<sup>1320</sup> K. PARROT, *op. cit.*, p. 24s.

<sup>1321</sup> Mme PARROT ne s'intéresse pas aux jurisprudences étrangères, mais pour ses développements sur l'influence du droit du for, v. p. 349s.

<sup>1322</sup> Ainsi, les éléments que Mme PARROT pose en exemple de cette relation sont les lois de police et l'ordre public, élément qui n'intervienne pas directement dans l'application de la règle de compétence (*Op. cit.*, p. 447s.).

<sup>1323</sup> *Ibid.*, p. 77s.

<sup>1324</sup> *Ibid.*, p. 195s.

<sup>1325</sup> *Ibid.* p. 261.

<sup>1326</sup> *Ibid.*

593. **Conclusion.** La règle de compétence, par son fonction même, appelle l'uniformité. Parce qu'une même règle peut interpeller deux juges sur leur rôle respectif dans une affaire concrète, elle impose que ces deux juges la comprennent de manière identique. Tout système international de compétence, dès lors, impose une interprétation uniforme qui justifie, par cette seule nécessité, de prendre en compte la jurisprudence étrangère. Si, dans une perspective dualiste, l'article 55 de la Constitution doit l'imposer pour une convention internationale, que dire alors de l'article 88-1 consécutif qui impose, par renvoi aux Traités européens, un principe de coopération loyale qui implique notamment que « *l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités* » ? La coopération loyale, sans créer d'obligation autonome, permet d'interpréter de manière exigeante les obligations des États et de l'Union dans la mise en œuvre du droit primaire et dérivé européen<sup>1327</sup>. La prise en compte des jurisprudences étrangères serait une coopération juridictionnelle qui, sans rien ajouter à la lettre des textes, conférerait une effectivité bien supérieure aux systèmes européens de compétence<sup>1328</sup>.

## **2. La traduction procédurale de l'obligation**

594. **La nécessité d'un véhicule procédural.** Une obligation internationale de « prise en compte » de la jurisprudence étrangère ne saurait être, certes, une obligation *d'appliquer* cette jurisprudence : une jurisprudence, *a fortiori* une jurisprudence étrangère, ne s'applique pas ; elle se suit... ou ne se suit pas. Il y a donc lieu pour le juge d'évaluer la pertinence et le caractère persuasif de la décision qui serait invoquée par une partie. *A minima*, il faut donc évoquer non pas une obligation, mais une faculté pour le juge de prendre en compte cette décision : peut-être, au-delà de cette faculté, peut-on trouver une obligation spéciale de motivation à son sujet<sup>1329</sup>.

595. **Faculté de prise en compte.** Le droit positif interne connaît la « faculté de prise en compte » par le juge. On pourra citer par exemple citer les articles 373-2-11 et 376-1 du Code civil, qui énoncent les divers éléments que le juge peut prendre en compte à l'occasion d'une décision sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, et notamment l'accord des parents<sup>1330</sup>. On peut aussi citer l'article 1159

---

<sup>1327</sup> V. par exemple, sur les conséquences de cet article sur l'autonomie procédurale des États-membres, dont les juges doivent écarter l'application de règles procédurales qui rendent impossibles ou trop difficiles le jeu des règles de droit de l'Union, CJCE 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, *Europe* 2007, comm. 128 par D. Simon ; A. VAN WAYEYENBERG et P. PECHO, « L'arrêt Unibet et le traité de Lisbonne – Un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective », *Cab. dr. eur.* 2008, p. 122 ; F. SCHMIED, « L'accès des particuliers au juge de la légalité – L'apport de l'arrêt Unibet », *Jour. Des Trib. eur.* 2007, p. 166.

<sup>1328</sup> Article 10 TFUE, v. sur cet article C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5<sup>ème</sup> éd., Litec 2013, n° 130s.

<sup>1329</sup> V. E. JEULAND, « Motivation », *Dictionnaire de la justice*, PUF 2004 et C.-J. GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice*, L'Harmattan 2006 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, *La motivation des décisions de justice*, thèse Poitiers 1979 et B. CHEVALLIER, *La motivation des actes juridictionnels*, thèse Rennes 1974.

<sup>1330</sup> Art. 373-2-11 C.civ. : « Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération :<sup>1°</sup> La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure ; <sup>2°</sup> Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 ; <sup>3°</sup> L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ; <sup>4°</sup> Le



du Code civil sur la faculté d'interpréter les conventions ambiguës par référence aux « usages du pays »<sup>1331</sup> et, en procédure civile, l'article 7 du Code de procédure civile, selon lequel « Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions ».

596. **Sanction de la faculté.** La sanction de cette faculté, cependant, ne saurait être autre que négative : commettrait une violation de l'article 7, par exemple, le juge qui s'interdirait de relever un élément du débat dont il avoue lui-même qu'il aurait pu avoir une influence sur la solution du litige<sup>1332</sup>. Et encore faudrait-il que cette autolimitation ressorte même du jugement, à défaut de quoi la juridiction de recours pourrait présumer que le juge n'a tout simplement pas souhaité faire usage de sa faculté.

L'article 7 pourrait ainsi fonder assez simplement la traduction procédurale de cette obligation internationale et européenne. Il est vrai qu'à tout le moins, il faudrait sanctionner un juge qui dénoncerait l'argument tiré d'une jurisprudence étrangère comme sans pertinence, ou au-delà de ses pouvoirs juridictionnels. On en voit, cependant, rapidement la limite. Si l'on veut permettre un certain dialogue des juges, il est nécessaire d'aller au-delà de cette interdiction de rejeter d'office les jurisprudences étrangères pour en faire une obligation positive. On doit s'essayer d'en découvrir un fondement.

597. **Motivation, moyen et jurisprudence.** En procédure civile, le seul moyen permettant d'évaluer positivement une telle prise en compte serait d'obliger le juge, dans la rédaction de son arrêt, à motiver spécialement sa décision sur ce point. Or la motivation est affaire de réponse aux moyens. Les auteurs s'accordent en effet à considérer que les juges du fond n'ont pas, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, à rentrer dans le détail de l'argumentation des parties<sup>1333</sup>. Ils n'ont à répondre qu'aux moyens, c'est-à-dire à « l'énonciation par une partie d'un fait, d'un acte ou d'un texte d'où, par un raisonnement juridique, elle prétend déduire le bien-fondé d'une demande ou d'une défense »<sup>1334</sup>. La prise en compte d'une éventuelle jurisprudence étrangère rencontre ici sa première difficulté. Produite au soutien de l'interprétation d'un texte, elle n'est pas un « fait, un acte ou un texte » dont on déduit la solution. C'est en réalité un élément du « raisonnement », un *moyen de déduction* en tant que tel. L'interprétation d'un texte permet de passer de la majeure (le texte ou le principe) à

*résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant ; 5<sup>o</sup> Les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues à l'article 373-2-12 ; 6<sup>o</sup> Les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre » ; Art. 376-1 Cciv : « Un juge aux affaires familiales peut, quand il est appelé à statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou sur l'éducation d'un enfant mineur ou quand il décide de confier l'enfant à un tiers, avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement ».*

<sup>1331</sup> Article 1159 C.civ. : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé ».

<sup>1332</sup> Civ. 3<sup>ème</sup> 20 nov. 1985, Bull. n° 153. V. G. BOLARD, « Les faits tirés du dossier », in *Études offertes à Jacques Normand*, Litec 2003, p. 43.

<sup>1333</sup> HERON et T. LE BARS, n° 808 ; F. BOUCARD, *J.-Cl. proc. Civ.* Fasc. 755, n° 33s ; F. EUDIER, *Rep. Dalloz Proc. Civ.*, v° « Jugement », n° 287.

<sup>1334</sup> J. VOULET, « Le défaut de réponse à conclusions », *JCP* 1965, I, 1912.

la mineure (les faits), mais elle ne se substitue en principe ni à l'un, ni à l'autre<sup>1335</sup>. Si l'affirmation peut surprendre, un exemple achèvera de convaincre : la Cour de cassation n'a, à notre connaissance, jamais sanctionné un juge du fond au titre de l'article 455 du Code de procédure civile pour n'avoir pas répondu à une partie qui invoquait seulement une jurisprudence et non un texte. Soit, en effet, le juge du fond a interprété la règle dans le même sens que cette jurisprudence, soit, refusant de s'y plier, il a adopté une autre interprétation. Dans les deux cas, le juge aura ainsi répondu implicitement à l'argument tiré de l'existence d'une jurisprudence de la Cour de cassation<sup>1336</sup>. Et cette dernière ne saurait la sanctionner sur ce point, même sous le chef de non réponse à conclusions<sup>1337</sup>. L'interprétation, même étrangère, d'une règle, même uniforme, ne saurait rentrer dans les catégories élaborées pour un ordre juridique interne et moniste<sup>1338</sup>.

Le droit processuel montre ici ses limites. La Cour de cassation ne peut juger que d'une bonne ou d'une mauvaise interprétation, pas d'une interprétation utile ou inutile. On retrouve ici la thèse de Mme PITTON et l'argument qu'elle développe pour conclure : le format même des décisions, en France, se prête difficilement au jeu des « influences croisées »<sup>1339</sup>. L'esprit de la prise en compte des jurisprudences étrangères nécessite en effet que le juge développe son raisonnement dans sa décision, explicitant ce qu'il retient mais aussi ce qu'il rejette ; non seulement pour en assurer le contrôle, mais aussi pour en assurer la publicité. Le dialogue des juges requiert qu'ils prennent la parole<sup>1340</sup>. L'obligation d'une motivation spéciale n'est cependant pas totalement inconnue en droit français.

---

<sup>1335</sup> L'affirmation pourra surprendre s'agissant du droit. Le débat inexorable sur la jurisprudence comme source du droit ne devrait-il pas trouver ici un appui ou un rejet ? En réalité, cela n'aurait lieu qu'à la condition de considérer que toute interprétation du droit par les juges crée du droit. Or même les plus ardents défenseurs du réalisme juridique ne vont pas jusque là. En effet, d'une part, une décision, même d'une cour suprême, n'a comme objectif premier que d'être une norme individuelle et concrète. Elle n'a pas vocation en principe à devenir une règle sur laquelle se fonder pour *déduire* les solutions futures. Elle n'a au mieux, là encore en principe, qu'une vocation analogique : celle d'avoir valeur de référence pour la future interprétation de la règle qu'elle a employée. D'autre part, en admettant, comme nous serions nous-mêmes tenté de le reconnaître, que la jurisprudence puisse être créatrice de règle, cela ne saurait se produire qu'en l'état d'un flux de décisions concordantes qui, soit pallierait l'absence de règle en la matière (comme, par exemple, les règles matérielles de l'arbitrage commercial international avant qu'elles ne soient reprises par le Décret du 13 janvier 2011), soit modifierait tellement le sens d'un texte que l'on ne pourrait plus le comprendre sans la jurisprudence qui l'applique (comme les règles de conflit de lois « tirées » de l'article 3 du Code civil ou le régime de la responsabilité du fait des choses « déduite » de l'article 1384 alinéa 1<sup>er</sup> de ce même Code).

<sup>1336</sup> La réponse implicite est par ailleurs considéré par la Cour de cassation comme un moyen valable de réponse à conclusions, v. par exemple F. BOUCARD, *J.-Cl. proc. Civ.* Fasc. 755, n° 33s, spéc. n° 35.

<sup>1337</sup> Ainsi, même l'analyse du moyen, plus dynamique, comme le nœud du fait et du droit ne saurait ainsi permettre à la jurisprudence étrangère d'obtenir l'appui du contrôle de la Cour de cassation sous cet angle. Sur cette dernière interprétation de la notion de moyen, v. R. MARTIN, « Sur la notion de moyen », *JCP* 1976, I, 2768.

<sup>1338</sup> Moniste, ici, par opposition à pluraliste. On remarquera que l'affirmation vaut aussi pour l'interprétation du droit européen. Si les juges français ont ainsi parfois l'obligation d'interpréter le droit interne « à la lumière » du droit européen, cela n'implique pas qu'ils doivent prendre en compte l'interprétation de ces derniers textes. Cela implique seulement qu'ils doivent interpréter le droit interne de manière à ne pas violer le droit européen. Là encore, il n'y a qu'une bonne ou une mauvaise interprétation.

<sup>1339</sup> M.-C. PITTON, *op. cit.* p. 600s.

<sup>1340</sup> Sans aller jusqu'à se prêter explicitement au jeu des influences croisées, la Cour de cassation n'hésite cependant pas à digresser largement lorsque sa décision doit avoir un impact devant le juge

598. **Obligation spéciale de motivation.** Le juge français a l'obligation de motiver spécialement certaines décisions en matière familiale<sup>1341</sup>, d'entreprises en difficultés<sup>1342</sup>, des dépens judiciaires<sup>1343</sup> ou encore en matière d'urbanisme par exemple<sup>1344</sup>. On en oublie beaucoup<sup>1345</sup>. Elles ressortent le plus souvent d'une volonté d'obliger le juge à s'expliquer spécialement lorsqu'il veut aller à l'encontre d'une règle ou d'une proposition ; beaucoup plus rarement, de l'obligation imposée au juge de s'exprimer sur l'ensemble des éléments pertinents. On peut évoquer au titre de la première catégorie l'article 696 du Code de procédure civile, qui permet au juge d'aller à l'encontre de la règle d'attribution des dépens au condamné sous réserve de motiver sa décision<sup>1346</sup> ; ou les articles 375 et 375-9-1 du Code civil, qui posent la même règle s'agissant du renouvellement, au-delà du maximum de 2 ans légaux, de mesures d'assistance éducative ou financière pour la famille<sup>1347</sup>. Il s'agit encore de l'encadrement d'une éventuelle volonté du juge de passer outre dans le cas de l'article L. 621-4 du Code de commerce<sup>1348</sup> ; mais dans ce cas, l'article protège moins un standard réglementaire qu'une proposition, celle du Ministère public quant à la nomination d'un administrateur judiciaire<sup>1349</sup>. Enfin, relève de la seconde catégorie l'article évoqué ci-dessus en matière d'urbanisme : l'article 600-4-1 code de l'urbanisme. Ce texte oblige le juge à exposer dans sa décision d'annulation ou de suspension d'un acte administratif rendu en matière d'urbanisme « *l'ensemble des moyens de la requête qu'elle estime susceptibles de fonder l'annulation ou la suspension, en l'état du dossier* ». Il s'agit là moins de pousser le juge à

---

étranger. On reprendra l'exemple ici plusieurs fois cité de l'affaire *West Carribbean*, dans laquelle la Cour a explicité la raison de son rejet de la compétence française sur l'interprétation à donner à l'article 33 de la Convention de Montréal : « *Attendu que l'option de compétence ouverte au demandeur par les textes susvisés s'oppose à ce que le litige soit tranché par une juridiction, également compétente, autre que celle qu'il a choisie ; qu'en effet, cette option, qui a été assortie d'une liste limitative de fors compétents afin de concilier les divers intérêts en présence, implique, pour satisfaire aux objectifs de prévisibilité, de sécurité et d'uniformisation poursuivis par la Convention de Montréal, que le demandeur dispose, et lui seul, du choix de décider devant quelle juridiction le litige sera effectivement tranché, sans que puisse lui être opposée une règle de procédure interne aboutissant à contrarier le choix impératif de celui-ci* » (on a souligné ici tout ce qui n'apparaît pas nécessaire à la résolution de la question de droit).

<sup>1341</sup> Pour n'en citer ici encore que quelques-unes, le juge doit motiver spécialement les décisions de renouvellement d'assistance éducative (art. 375 C.civ.) ou de nomination d'un délégué aux prestations familiales (art. 375-9-1 C.civ.).

<sup>1342</sup> Ainsi pour la nomination d'un administrateur judiciaire qui ne serait pas celui proposé par le Ministère public (Art. 621-4 C.com.) ou de la solidarité des dirigeants sociaux dans le remboursement des dettes d'une société en liquidation judiciaire (L. 651-2 C.civ.).

<sup>1343</sup> Art. 696 C.P.C. : « *La partie perdante est condamnée aux dépens, à moins que le juge, par décision motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge d'une autre partie...* ».

<sup>1344</sup> Art. 600-4-1 C. urb. : « *Lorsqu'elle annule pour excès de pouvoir un acte intervenu en matière d'urbanisme ou en ordonne la suspension, la juridiction administrative se prononce sur l'ensemble des moyens de la requête qu'elle estime susceptibles de fonder l'annulation ou la suspension, en l'état du dossier* ».

<sup>1345</sup> Il existe de plus nombreux exemples en matière pénale (détention provisoire, contrôle judiciaire, emprisonnement ferme, rejet de la peine plancher...), v. *Rapport de la Cour de cassation 2010*, p. 227s.

<sup>1346</sup> V. note *supra*.

<sup>1347</sup> Art. 375 C.civ. : « *... La décision fixe la durée de la mesure sans que celle-ci puisse, lorsqu'il s'agit d'une mesure éducative exercée par un service ou une institution, excéder deux ans. La mesure peut être renouvelée par décision motivée...* » ; Art. 375-9-1 C.civ. : « *...La décision fixe la durée de la mesure. Celle-ci ne peut excéder deux ans. Elle peut être renouvelée par décision motivée...* »

<sup>1348</sup> Art. 621-4 C.com. : « *... Le débiteur peut proposer un administrateur à la désignation du tribunal. Il en est de même pour le ministère public, qui peut également soumettre le nom d'un mandataire judiciaire. Le rejet de la proposition du ministère public doit être spécialement motivé.* »

<sup>1349</sup> La règle permet notamment de protéger le caractère impartial de ces nominations dans le contexte d'une justice souvent décriée pour sa proximité avec certaines professions parajudiciaires, Ch. DELATTRE, *Rev. proc. coll.* 2009, étude n° 11 et les références citées.

dépasser le jeu normal du syllogisme juridique que de le contraindre à répondre à tous les moyens alors même qu'un seul suffirait à obtenir la solution demandée. L'objectif, semble-t-il, est de permettre aux parties d'obtenir plus rapidement la clôture de la phase juridictionnelle de la contestation des marchés publics ou permis de construire<sup>1350</sup>. Si cette seconde catégorie est rare, cependant, il ne fait pas de doute que ce soit en bonne partie dans un objectif d'économie et de célérité de la justice. De tels objectifs s'opposent à ce que le juge, non seulement prenne le temps de rédiger (et de préparer) ce qui n'est pas nécessaire à sa décision, mais peut-être surtout de « tendre le moyen de se faire censurer »<sup>1351</sup>. Au final, on peut s'interroger sur la portée pratique de cette règle, et il serait intéressant d'observer l'effet de celle-ci sur le nombre concret d'annulation ou de suspension du permis de construire.

599. **Absence de fondement juridique.** Ce second type d'obligation de motivation ne saurait en tous les cas servir à la prise en compte de la jurisprudence étrangère, il ne vise qu'à permettre aux parties d'obtenir une sorte d'avis de droit sur leur situation juridique<sup>1352</sup>. Le premier ensemble d'hypothèses pourrait être plus intéressant. Dans celles-ci, l'obligation de motivation spéciale impose au juge un effort particulier de justification sur un moyen spécifique. Cependant, cet effort doit intervenir dans un sens précis. Ces dispositions expriment en effet la volonté du législateur d'encadrer la décision du juge de manière à ne lui voir prendre que rarement, dans des contextes ainsi justifiés, une décision *contraire* à une certaine politique juridique. Selon cette configuration, il faudrait alors considérer que l'obligation internationale de l'État de respecter l'objectif d'uniformité des systèmes internationaux de compétence se traduit, pour le juge français, par l'obligation de motiver spécialement ses décisions lorsqu'il ne souhaite pas retenir l'interprétation donnée par une jurisprudence étrangère.

600. **Conclusion.** Le pas est important, et sans doute trop ambitieux. Aucune règle ne permet actuellement à cette obligation positive de s'épanouir grâce à un contrôle par la Cour de cassation. Il faudrait d'une part accepter que la jurisprudence étrangère accède à un certain statut, au moins égal à ce que peut produire, pour le juge, l'opinion du Ministère public ; procéduralement, elle ne saurait être plus qu'un argument soumis par une partie. Il faudrait, d'autre part, que la Cour de cassation puisse contrôler non seulement que le juge motive spécialement sa décision lorsqu'il *ne suit pas* la jurisprudence étrangère, mais encore lorsqu'il *la suit*, pour choisir le régime de contrôle ; rien, pour cette même raison que la jurisprudence

---

<sup>1350</sup> Sur cet article, v. d'ailleurs les critiques d'un magistrat administratif, D. CHABANOL, « L'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme, une réponse dangereuse à un problème à la mode », *AJDA* 2001, p. 216.

<sup>1351</sup> Une citation souvent reprise attribuée à Lord Mansfield, dans une tradition juridique où les décisions peuvent être pourtant beaucoup plus explicites énonce ainsi : « *Suivez ce que, selon vous, la justice requiert et prononcez-vous en fonction de cela. Mais ne donnez jamais vos raisons, car votre décision sera probablement juste, mais votre raisonnement sera certainement faux* » ("Consider what you think justice requires, and decide accordingly. But never give your reasons; for your judgment will probably be right, but your reasons will certainly be wrong"), J. CAMPBELL, *The lives of the Chief Justices of England*, Londres 1849, Ch. XL.

<sup>1352</sup> Dans sa forme, en outre, il vise à imposer au juge de répondre à tous les moyens, pas de justifier spécialement sa réponse au regard d'éléments particuliers, comme pourrait l'être une jurisprudence étrangère. V. D. CHABANOL, *ibid.*

étrangère n'a aucun statut, ne permettrait de le faire. Bien que l'obligation d'assurer l'uniformité du système international de compétence soit positive, il faut donc se résigner à se fonder sur l'article 7 C.P.C. *Est seule possible, en l'état actuel du droit positif, la sanction d'une décision qui aurait explicitement écarté la pertinence de la jurisprudence étrangère.* La confiance que l'on saura accorder aux magistrats, dans cette prise en compte, et aux conseils, dans leur proposition, pourrait cependant préserver une certaine dose d'optimisme.

### **B) La préférence à la règle de conflit pour les questions préalables**

601. En matière de règles préalables, en revanche, il ne suffit pas d'harmoniser les interprétations. Il est au contraire nécessaire de se prononcer sur une règle. S'agissant d'un élément beaucoup plus rigide, les marges de manœuvre sont moins grandes. Ici encore, la présentation à un juge français d'une décision étrangère est toujours possible ; le risque de conflit, cependant, se cristallisera beaucoup plus vite dès lors que les règles adoptées par les juridictions du système international ne seront pas parfaitement identiques. Il faut donc ici se concentrer sur la solution du conflit beaucoup plus que sur le moyen de parvenir à une entente. Or les types de solution sont en nombre limité. S'agissant de l'application d'une règle, on ne peut penser qu'au recours à une règle nationale, à l'adoption d'une règle uniforme accessoire ou, enfin, au recours à une règle conflit permettant de déterminer de manière uniforme le droit national applicable dans chaque espèce. Bien qu'il serait préférable, dans l'absolu, de déterminer une règle substantielle uniforme<sup>1353</sup>, cette solution est extrêmement exigeante : elle requiert une intervention législative, ou à défaut des interventions répétées, longues et tâtonnante d'une juridiction supérieure commune. À défaut, seule la première et la dernière des solutions sont accessibles. Il faut alors insister sur le danger de la solution *lex foriste*, pourtant retenue par certains textes (1) avant de rechercher la solution harmonisée la plus simple et la plus efficace : la règle de conflit (2).

#### **1. Les dangers de la solution *lex foriste***

602. **Rejet de la solution *lex foriste*.** On a déjà évoqué plus haut à quel point la solution « *lex foriste* » peut être celle qui paraît au premier abord facile et, en un sens, efficace. Elle est facile car le juge français aura évidemment les plus grandes facilités à s'appuyer sur les interprétations classiques du droit français pour résoudre son problème d'interprétation ou d'application. Elle est efficace, par ailleurs, parce qu'elle permet de résoudre à peu de frais – de justice – l'interrogation posée. L'efficacité, cependant, s'arrête là : quelle est encore l'utilité d'un droit spécial uniforme lorsque ce droit spécial devient purement national ? On peut ainsi critiquer les solutions françaises qui font directement application du droit

---

<sup>1353</sup> Il faut bien reconnaître, cependant, que l'uniformité des solutions a une valeur propre en droit international privé : « *la meilleure règle, dans notre matière, n'est pas celle que la sagacité du législateur français lui a permis de découvrir, mais celle sur laquelle l'accord des autres pays s'est fait* », P. MAYER et V. HEUZE, n° 33.

français dans le cadre de systèmes internationaux de compétence en rappelant la remarque de NIBOYET, que l'on ne saurait pourtant taxer d'universalisme béat : « *La notion même du traité implique une abdication initiale – ou si le mot gêne, une volonté initiale – disons mieux un acte de foi, au besoin un dogme, dont découlera le reste* »<sup>1354</sup>. Et cette abdication initiale, ce dogme, s'oppose précisément à l'emploi de la *lex fori*. Il serait vain de noter ici toutes les occurrences de l'emploi de solutions de droit interne dans le cadre de systèmes internationaux de compétence : elles sont trop nombreuses<sup>1355</sup>. On peut noter, cependant, que « l'autonomisation » progressive des solutions en matière de clause compromissoire<sup>1356</sup>, et peut-être même en matière de clause attributive<sup>1357</sup>, sont à l'origine d'un droit certes plus favorable à ces clauses, mais relevant d'une atrophie de systèmes internationaux qui permettraient tant l'harmonie des solutions que leur prévisibilité. Si l'on ne critiquera pas ces dernières solutions s'agissant du domaine naturel d'expansion de ce que l'on pourrait appeler la logique libérale, on ne peut traiter à l'identique les problèmes posés par les chefs objectifs de compétence.

**603. Rejet d'une solution systématique.** N'exagérons rien : toute application d'une règle uniforme par une juridiction nationale n'est pas, *ipso facto*, une application nationale. Au contraire, il peut même arriver qu'une application locale ou nationale devienne application uniforme, tout simplement parce que celle-ci sera reprise par la juridiction supranationale commune<sup>1358</sup> ou bien, plus rarement et plus subtilement, par les juridictions d'autres pays du même système<sup>1359</sup>. Ce qu'il faut condamner, en revanche, ce sont les applications liées à des conceptions particulières, des règles purement locales, qui faussent l'esprit de compromis de la règle uniforme. Ainsi, on ne saurait appliquer à des actions en responsabilité dans des chaînes de contrats translatifs de propriété la qualification d'action contractuelle au sens de l'article 5-1 du Règlement Bruxelles I : la solution est très particulière au droit français, raison pour laquelle elle n'a pas été retenue dans l'espace européen. Cela n'empêche pas pour autant les juridictions nationales, en particulier dans les systèmes très intégrés contrôlés par une juridiction supranationale, de « proposer ». Comme certaines cours d'appel<sup>1360</sup> ou même la

<sup>1354</sup> J.-P. NIBOYET, « Problèmes de qualification en matière de traités », *RCDIP* 1935, p. 1, spéc. p. 3.

<sup>1355</sup> Sur ce problème, on se contentera donc de renvoyer plus globalement à l'article de M. AUDIT, « L'interprétation uniforme du droit international privé communautaire », *JDI* 2004, p. 789.

<sup>1356</sup> PH. FOUCHARD, E. GAILLARD ET B. GOLDMAN, n° 388s.; Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, n° 74s.

<sup>1357</sup> V. notamment Com., 21 févr. 2012, *RCDIP* 2012, p. 630, et la note de D. Bureau.

<sup>1358</sup> Ainsi, même s'il s'agit plus de l'esprit que de la lettre de la solution, cette dernière relevant de textes différents selon les arrêts, comp. Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 avr. 1988, *Farah Diba* (*JDI* 1988. 752, note B. Edelman ; *RCDIP* 1988. 546, note P. Bourel ; *JCP* 1989. II. 21320, obs. E. Putman) et CJCE, 6 mars 1995, *Fiona Shevill* (*RCDIP* 1996, p. 63, note P. Lagarde, *JDI* 1996, p. 543, obs. A. Huet, *D.* 1996, p. 61, note G. Parléani).

<sup>1359</sup> V., par exemple, sur la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises qui bénéficie d'un important travail de la Commission des nations unies pour le droit du commerce international de création d'une base de donnée accessible par internet sur la jurisprudence de nombreux pays signataires, F. FERRARI, « Do courts interpret the CISG uniformly », in *Quo vadis CISG*, F. Ferrari (ed.), Bruylant, SELP, FEC 2005, p. 3. Adde, pour une recherche sur cette convergence et le rôle du jugement étranger, M.-C. PITTON, *Le rôle du jugement étranger dans l'interprétation du droit conventionnel uniforme*, Thèse dactyl. Paris I, 2007, p. 183s.

<sup>1360</sup> C'est ainsi la Cour d'appel de Paris qui est à l'origine d'un grand nombre de développements du droit de l'arbitrage, repris ensuite par la Cour de cassation et le décret du 13 janvier 2011.

Cour de cassation en droit interne<sup>1361</sup>, le juge français pourrait, par une décision très originale, tenter d'influer sur la jurisprudence de la Cour de justice ou même du processus législatif communautaire. Elle l'a d'ailleurs tenté, sans succès, dans une affaire *Groupe Concorde* pour essayer de faire revenir la Cour de justice sur sa jurisprudence *Tessili*<sup>1362</sup>. Mais il faut alors lire un tel arrêt comme une transgression potentiellement féconde, pas comme une liberté. Les juges doivent avant tout rechercher des solutions de compromis, fidèles à l'esprit du texte initial.

**604. Interprétation des éléments juridiques de la règle uniforme : renvoi au droit national du juge saisi.** Lorsque la notion employée par la règle nécessitera une recherche juridique, la question se posera comme on l'a vu de savoir s'il faut utiliser une règle substantielle uniforme ou bien si l'on devra renvoyer à un droit national. On a précédemment exclu, par principe, l'utilisation de la *lex fori*. Il arrive pourtant parfois que, pour l'interprétation d'un élément de rattachement, le système de compétence lui-même renvoie au droit de l'État du juge saisi. C'est ainsi le cas de l'article 59 du Règlement Bruxelles I qui désigne ce droit pour déterminer le domicile du défendeur. On n'est pas ici à la recherche d'une règle mais d'un élément factuel. Le domicile, cependant, est une notion trop cristallisée dans les différents droits internes pour ne pas avoir une portée éminemment juridique. La Convention puis les différentes versions du Règlement ont donc adopté un principe de conflit de lois, celui de la « territorialité du domicile », pour le déterminer<sup>1363</sup>. Ce faisant, il a cependant provoqué la possibilité de divergences nationales mortelles non seulement pour l'article 2 sur la compétence de principe de ce système, mais encore mis en péril la mise en œuvre même de ce système, en partie fondée sur ce dernier critère. On prendra pour le démontrer l'exemple d'un arrêt assez ancien de la Cour de cassation<sup>1364</sup>.

**605. Absence de domicile prouvé et applicabilité de la Convention de Bruxelles.** Rendu en 1984, cet arrêt avait trait à la responsabilité civile d'un ressortissant néerlandais qui n'avait en France qu'une résidence près de Perpignan. Interrogée sur la compétence des juridictions françaises au regard de la Convention de Bruxelles, la Cour d'appel avait considéré que le défendeur à l'action n'avait pas de domicile en France. Dans le cas où le défendeur n'a pas de domicile dans l'État du juge saisi au regard de son propre droit, la Convention indiquait alors, comme l'article 59 le fait aujourd'hui, que le juge doit rechercher s'il a un domicile dans un autre État membre au regard du droit de ce dernier État<sup>1365</sup>. Or, dans l'espèce, le ressortissant néerlandais n'attestait pas non plus de domicile aux Pays-Bas, car le

<sup>1361</sup> On pense ainsi à l'arrêt *Desmares* (Civ. 2<sup>ème</sup>, 21 juil. 1982, *D.* 1982, p. 449, concl. Charbonnier, note Ch. Larroumet ; *JCP* 1982, II, 19861, note F. Chabas ; *Deffrénois* 1982, p. 1689, obs. J.-L. Aubert ; *RTD Civ.* 1982, p. 607, obs. G. Durry ; *Grands Arrêts de la jurisprudence de droit civil*, t. 2, n° 212) qui a poussé le législateur à intervenir par une loi spéciale sur les accidents de la circulation routière, la loi du 5 juil. 1985, en décidant que la faute de la victime n'avait plus aucune incidence sur l'exonération du gardien du véhicule dès lors qu'elle n'était pas imprévisible et irrésistible.

<sup>1362</sup> Com., 9 déc. 1997, *RCDIP* 1998, p. 117, rapp. J.-P. Rémy et la réponse de la Cour, CJCE, 28 sept. 1999, *Groupe Concorde*, Aff. C-440/97, *RCDIP* 2000, p. 253, note B. Ancel ; *JDI* 2000, p. 547, note F. Leclerc ; *JCP* 2000, II, 10534, note Ch. Bruneau.

<sup>1363</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité*, t. 1, n° 512 et 570.

<sup>1364</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janv. 1984, *RCDIP* 1986, p. 123, note P. Courbe ; *D.* 1985, I.R. p. 177, obs. B. Audit.

<sup>1365</sup> Il entre d'ailleurs dans son office de rechercher le droit étranger éventuellement applicable au titre de l'alinéa 2, v. Civ. 1<sup>ère</sup> 8 juil. 2010, n° 09-65.403.

certificat d'inscription sur les registres de la commune néerlandaise dont il excipait n'indiquait pas qu'il y était domicilié. La conclusion qu'en tira la Cour d'appel, confirmé par la Cour de cassation, fut que l'on devait alors considérer les règles de compétence de la convention inapplicables. Elle en revint donc au droit commun et appliqua la compétence subsidiaire de l'article 43 de la résidence du défendeur... Si la solution est d'une logique implacable au regard d'une interprétation littérale des textes, elle est surprenante au regard de la logique d'ensemble du système. L'idée sous-tendant les articles 3 et 4 du système Bruxelles I (alors sous forme de Convention) est en effet de faire en sorte que toute personne domiciliée au sein de l'espace européen puisse bénéficier, en tant que défendeur, de la prévisibilité des règles de cette convention<sup>1366</sup>. Or, on peut estimer au regard de l'espèce que si le défendeur n'a pu bénéficier de l'application de la Convention, ce n'est pas parce qu'il avait un domicile en dehors de l'espace communautaire mais tout simplement parce qu'il n'a pu établir qu'il avait un domicile dans l'un des deux États contractants intéressés<sup>1367</sup>...

**606. Caducité de la décision.** L'affaire est ancienne et elle serait aujourd'hui sanctionnée par la Cour de justice, qui a estimé par deux arrêts de 2012 que lorsque le domicile du défendeur dans l'Union est « probable », la juridiction nationale doit appliquer le règlement n°44/2001<sup>1368</sup>. Elle démontre bien, cependant, le risque que fait courir à un système international le renvoi au droit national, même pour un objet *a priori* aussi bénin que la détermination d'un fait comme le domicile. Il est donc critiquable, pour procéder à l'interprétation de règles de compétence répartitrices, d'utiliser une règle de compétence renvoyant à la *lex fori*<sup>1369</sup>. Il faut, là encore, une autre règle uniforme. Il faudrait qu'elle soit substantielle mais, vu la difficulté à y parvenir, on proposera d'en revenir à une règle conflit.

---

<sup>1366</sup> *Rapport Jenard*, p. 16. Adde.H. GAUDEMET-TALLON, n° 93.

<sup>1367</sup> La formulation de l'arrêt est par ailleurs très confuse : la Cour d'appel s'était senti obligé de justifier sa compétence par le biais de l'article 14 du Code civil et avait appliqué les articles 42 et 43 du Code de procédure civile sous couvert de l'idée que l'article 42 trouvait un écho dans la Convention de Bruxelles. Il est donc peu probable, lorsque la Cour de cassation indique que la Cour d'appel avait recherché si le défendeur avait un domicile aux pays Bas, que cette dernière l'ait recherché au regard de la loi néerlandaise, comme pourtant elle aurait dû le faire. Ceci laisse plutôt penser que la Cour d'appel s'est déchargé de cette recherche sous prétexte d'une insuffisance de preuve (« Mais attendu que la juridiction du second degré, répondant aux conclusions invoquées, a retenu que M. X... ne justifiait pas d'un domicile en Hollande au motif que le certificat d'inscription de l'intéressé sur le registre de la population de la commune de Hontenisse (Pays-bas), daté du 10 septembre 1980, n'indique pas qu'il s'y trouvait domicilié au jour de l'assignation »). Ceci étant, il est là encore peu probable que la solution eut été différente si la Cour d'appel avait appliqué le droit néerlandais.

<sup>1368</sup> CJUE, 17 nov. 2011, *Hypotecni Banka*, Aff. C-327/10 (RCDIP 2012, p. 411, note M. Requejo et G. Cuniberti ; D. 2011, p. 2876 et 2012 p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *Rev. Europe* 2012, comm. 53 par L. Idot, v. *supra* n° 286 et la note) et CJUE 15 mai 2012, *de Visser*, Aff. C-292/10, *Europe* 2012, comm. 4 par L. Idot ; *JDE* 2012, n° 190, note G. Cuniberti ; *Rev. Lamy droit des aff.* 2012 n° 74 p.63, note J. Quéguiner. On pourra d'ailleurs noter que le Rapport Heidelberg n'a pas mentionné cet arrêt et qu'il se contente de mettre en avant le risque d'une application différenciée du Règlement en Europe, *Rapport Heidelberg*, p. 81, n° 180s.

<sup>1369</sup> Comme on a pu le remarquer, c'est bien ce renvoi à la *lex fori* qui pose problème, et non le caractère unilatéral de la règle de conflit qui permet de déterminer le critère de rattachement. La juridiction néerlandaise éventuellement saisie aurait en effet, dans l'espèce, raisonné de la même manière que le juge français.



## 2. *Préférence, par défaut, aux règles de conflit sur la règle uniforme*

607. **Interprétation juridique : règles de conflit et règle uniforme.** Il faut bien savoir quand une clause attributive de juridiction est valide, du moins opposable. Il faut bien déterminer si le contrat sur lequel se fonde une action peut être qualifié de tel. Il faut bien, encore, déterminer si l'apport dans telle société étrangère ou la participation à telle entreprise commune est un investissement. Il faut des règles substantielles, donc, pour déterminer si l'on peut employer certaines règles de compétence, voire pour déterminer où se localise le rattachement recherché. La jurisprudence, parfois les textes eux-mêmes, donnent des solutions. On a vu que les textes de type substantiel (conventions de transport, accident nucléaire ou maritime, arbitrage investissement...) donnent des définitions substantielles et des règles pour les déterminer<sup>1370</sup>. En leur absence, certaines conventions ont préféré des règles de conflit. On pense ici par exemple à la Convention de la Haye sur les conventions de juridiction de 2005<sup>1371</sup> dont la solution a été par ailleurs reprise par le Règlement Bruxelles I bis. On se rappellera aussi que c'est la solution de l'arrêt *Tessili*, une solution que l'on défendra malgré sa complexité, en particulier depuis que la Convention de Rome puis le Règlement Rome I ont uniformisé les règles de conflit en matière contractuelle. C'est encore la solution la plus sûre.
608. **La difficulté de la règle accessoire uniforme en droit de l'Union.** Ainsi, dans un arrêt *Powell Duffryn* en 1992, la Cour de justice de l'Union a déclaré la notion de clause attributive de juridiction « notion autonome » au sens du système de Bruxelles<sup>1372</sup>. Mais en faisant d'une notion juridique une notion autonome, la Cour risquait de devoir s'engager dans la création d'un droit matériel de la convention attributive de juridiction. L'arrêt prouva qu'une telle solution est difficile. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si une clause attributive de juridiction figurant aux statuts d'une société était opposable à un actionnaire de cette société qui avait voté contre cette inscription. La Cour de justice passa par une analyse substantielle de l'accord de volonté : dès lors que l'actionnaire est membre de la société, il accepte par avance toutes les décisions, y compris celle d'insérer une clause donnée. L'analyse appelle deux remarques. La première, c'est que même en présence de simples règles de forme, la Cour de justice joue avec le fond : il est une chose de dire que l'inscription de la clause aux statuts est licite, une autre que tout membre, quel que soit son mode d'intégration à la société, est lié par cette clause<sup>1373</sup>. La deuxième remarque tient à un élément évoqué par la Cour de justice

---

<sup>1370</sup> V. *supra* n°267s.

<sup>1371</sup> Mais on peut renvoyer à d'autres. V. par exemple l'article 60-3 du Règlement Bruxelles I sur la détermination du domicile du *trust*, inscrit en même temps que la règle de l'article 5-6 par la Convention d'adhésion de 1978, qui oblige le juge à le rechercher par le biais de la loi applicable au *trust* selon les règles de conflit du juge saisi, v. H. GAUDEMET-TALLON, n° 236, qui conseille par ailleurs de se référer à la Convention de La Haye de 1985 sur la loi applicable au *trust* pour mieux définir et appliquer les concepts du droit du *trust*.

<sup>1372</sup> CJCE 10 mars 1992, *Powell Duffryn*, Aff. C-214/89, RCDIP 1992, p. 528, note H. Gaudemet-Tallon; *JDI* 1993, p. 474, note J.-M. Bischoff ; *Cab. Dr. eur.* 1992, p. 700, obs. H. Tagaras. L'exemple montre bien à quel point de la « notion » de clause attributive, on passe ensuite à la substance de la relation.

<sup>1373</sup> En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, note précitée, spéc. p. 537s.

pour justifier sa solution autonome ; on citera le paragraphe entier pour en révéler l'ambiguïté :

*En effet, en devenant et en demeurant actionnaire d'une société, l'actionnaire donne son consentement pour se soumettre à l'ensemble des dispositions figurant dans les statuts de la société et aux décisions adoptées par les organes de la société, conformément aux dispositions du droit national applicable et des statuts, même si certaines de ces dispositions ou décisions ne rencontrent pas son accord.*

En choisissant de justifier sa solution autonome par la conformité au droit national applicable, on peut s'interroger sur la portée exacte d'une solution qui semblait pourtant se vouloir matérielle. Si le droit national applicable limite en effet l'opposabilité de certaines clauses aux actionnaires, la solution uniforme de la Cour de justice tient-elle encore ? Sans doute, cette difficulté ne saurait être autre que marginale, et devrait pouvoir se résoudre par la prise en compte exceptionnelle de la loi alors applicable<sup>1374</sup>. En particulier, on ne saurait opposer des conditions légales de forme différentes de celle que la Cour de justice a retenues. Cependant, on voit là une illustration de la portée nécessairement réduite, et pourtant engagée, de l'interprétation par création de règles spécifiques au système Bruxelles I.

**609. Difficulté de la recherche d'une règle préalable uniforme en général.** User d'une règle substantielle est dangereux, en outre, car d'autres juridictions nationales auront souvent des approches différentes, pour la même raison que l'on évoquait précédemment : les différences culturelles et positives entre ordres juridiques nationaux<sup>1375</sup>. Ainsi, l'interprétation de l'article 23 du Règlement Bruxelles I selon laquelle la clause attributive de juridiction doit être au bénéfice des deux parties au risque sinon d'être déclarée nulle pour potestativité n'est pas, à dire vrai, une solution qui devrait faire florès au sein de l'Union européenne. Cette jurisprudence, qui se déduit d'une décision du 26 septembre 2012<sup>1376</sup>, ne saurait s'épanouir au-delà de janvier 2015, date à laquelle entrera en vigueur la nouvelle version du système Bruxelles I<sup>1377</sup>. Selon le nouvel article 25, en effet, la validité de la clause attributive

---

<sup>1374</sup> Quant aux statuts, le problème n'en est pas un : la clause attributive ne saurait dans cette hypothèse être lue sans tenir compte des autres clauses statutaires.

<sup>1375</sup> V. *supra*, n° 580s.

<sup>1376</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 sept. 2012, RCDIP 2013, p. 256, note D. Bureau ; JDI 2013, comm. 4 par C. Brière ; D.2012, p. 2876, note D. Martel ; JCP 2013, note 105 par L. Degos ; JCP 2012, act. 1065 par E. Cornut ; JCP 2013, doct. 221 par C. Nourissat. La décision a fait grand bruit parmi les praticiens. On trouvera facilement en ligne les nombreuses opinions -souvent critiques- d'avocats de différents cabinets de la place de Paris (il serait illisible et inutile d'en citer ici les adresses URL.). Outre l'opportunité même de la solution qu'il ne nous appartient pas d'évaluer ici, la décision reste critiquable sur deux points. D'une part, l'emploi de la notion de potestativité pour une obligation dont l'existence ne dépend pas du bon vouloir d'une des parties n'apparaît pas la plus juste. Il s'agit d'une simple clause unilatérale, écrite en faveur d'une partie, dès l'origine, ce qui ne tombe pas sous le coup de la prohibition des clauses potestatives (v. note D. Martel précitée). D'autre part, la Cour de cassation appuyait le raisonnement de la Cour d'appel justifiant la solution par le fait que la clause « revêtait un caractère potestatif à l'égard de la banque, de sorte qu'elle était contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I ». L'effort, de la part de la Cour d'appel, était louable. Il est cependant difficile de ne pas y voir une solution particulière.

<sup>1377</sup> Article 81 du Règlement 1215/2012 : « Le présent règlement entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne. Il est applicable à partir du 10 janvier 2015, à l'exception des articles 75 et 76, qui sont applicables à partir du 10 janvier 2014 ».

devra être évaluée au regard de la loi de l'État du juge choisi<sup>1378</sup> et l'on aura tendance, si besoin est d'une règle, de faire de même pour l'interprétation de ces clauses<sup>1379</sup>.

**610. Systèmes transnationaux et droit au fond.** C'est pour ces dernières, conventions de juridiction, que l'on aura le plus souvent besoin de règles : validité, interprétation, mais aussi transmission ou opposabilité ne se satisfont pas seulement d'une interprétation du consentement. Il faut de surcroît en vérifier l'existence, c'est-à-dire en connaître la valeur et la portée. On s'écartera ici brièvement des systèmes internationaux pour revenir à un système interne : celui de l'arbitrage commercial international. La remarque précédente, en effet, tient tout autant pour ces derniers. Le système arbitral du commerce international, comme nous l'avons évoqué précédemment, est un système interne, du point de vue du juge français<sup>1380</sup>. Cependant, de par son objet même, il a vocation, sinon à transcrire *le* droit de l'arbitrage commercial international, du moins d'en promouvoir *une* vision transnationale. Or justement, la seule possibilité de promotion d'un tel droit, c'est-à-dire d'obtenir qu'il s'exporte auprès d'autres ordres juridiques, tient à un caractère transnational affirmé, c'est-à-dire privé des particularismes de l'ordre juridique qui l'émet.

La jurisprudence française est toutefois contreproductive lorsque, sous prétexte d'établir des règles matérielles de l'arbitrage international, elle se satisfait d'éléments de fait. La jurisprudence amorcée par l'arrêt *Dalico*<sup>1381</sup>, si elle a passé ses vingt ans, n'apparaît ainsi pas d'une sécurité sans faille<sup>1382</sup>. Il est certes possible de comprendre que la Cour maintienne autant que possible le principe de validité de la clause compromissoire, un principe qu'elle veut efficace dès qu'une preuve suffisante d'un consentement des parties est rapportée. Maintenir cette règle à l'état d'une simple directive d'interprétation des faits permet, comme on l'a vu précédemment, d'harmoniser plus simplement le droit de l'arbitrage entre les différents États, ce d'autant plus que le juge français est appelé à intervenir le plus souvent en amont de l'instance arbitrale, une étape où il ne saurait être efficacement saisi qu'en présence d'une clause manifestement nulle ou inapplicable<sup>1383</sup>. Cependant, les affirmations les plus récentes de la jurisprudence tendent à étendre ce principe bien au-delà de son champ originel. On prendra pour exemple l'arrêt de la Cour de cassation du 11 mai 2012 qui prête franchement le flanc à la critique.

---

<sup>1378</sup> Nouvel article 25 : « *Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre...* » (nous soulignons).

<sup>1379</sup> V. l'arrêt *Calimax* précité (Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 2012, JCP 2012, 1053, obs. C. Nourissat).

<sup>1380</sup> V. *supra*, n° 508s.

<sup>1381</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 déc. 1993, *Rev. arb.* 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon, *RCDIP* 1994, p. note P. Mayer ; *JDI* 1994, p. 432, note E. Gaillard et p. 690, note E. Loquin ; *RTD Com.* 1994, p. 254, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin.

<sup>1382</sup> Pour un exemple plus récent v. Paris, 7 nov. 2011, *Rev. arb.* 2011, p. 747, note S. Bollée et B. Haftel.

<sup>1383</sup> Art. 1448 C.P.C.

**611. L'exemple de l'arrêt du 11 mai 2012.** Dans cet arrêt<sup>1384</sup>, rendu au visa de l'article 1134 du Code civil et de l'ancien article 1492 du Code de procédure civile, la Cour de cassation censure une cour d'appel pour avoir refusé de renvoyer les parties à mieux se pourvoir au motif qu'il n'était pas prouvé que la demanderesse avait eu connaissance de l'existence de la clause d'arbitrage. La Cour de cassation relève en effet que la confirmation de commande envoyée par la défenderesse comprenait une référence aux conditions générales de vente, lesquelles comportaient la clause compromissoire dont cette dernière excipait l'application. On voit bien ici que l'interprétation ne se satisfait plus des seuls faits. Pour justifier la censure de l'arrêt d'appel, la Cour devait poser une règle de droit, ne serait que celle selon laquelle il est possible « *fut-ce par [le] silence* » d'accepter une clause compromissoire par référence. C'est précisément qu'elle dut faire. De surcroît, la Cour de cassation aurait pu et dû annuler l'arrêt de manière lapidaire, en jugeant que la Cour d'appel n'avait pas suffisamment motivé son rejet de l'exception d'incompétence. La règle est en effet que lorsque le tribunal arbitral n'a pas encore été saisi, il n'est possible de conserver sa compétence que si la clause est manifestement nulle ou inapplicable. En lieu de quoi, la Cour a préféré, peut-être pour une raison de sécurité juridique, donner une réponse à la question de droit. Ce faisant, en tous les cas, elle est sorti du projet initial de l'arrêt *Dalico*. En soi, le parti n'est pas critiquable ; mais se fonder sur l'article 1134 du Code civil est incompatible, parce que national, avec l'objectif d'atteindre une régulation de l'arbitrage international qui s'inspire d'une vision universelle de l'arbitrage<sup>1385</sup>.

**612. Conclusion.** Textes de compromis, les systèmes internationaux de compétence soulèvent nécessairement des questions d'interprétation qui exigent d'aller au-delà de la lettre pour déterminer leur jeu en pratique. Dans ces hypothèses, il revient au juge d'identifier une interprétation qui maintienne cohérent le jeu du système en

<sup>1384</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 2012, *Rev. arb.* 2012, p. 561 ; *JCP* 2012, 1053, obs. C. Nourissat. On notera d'ailleurs que cet arrêt est assez proche dans sa formulation d'un autre arrêt déjà analysé (*Calimax*, cité *supra*), et sur lequel on a pu faire des observations assez proches.

<sup>1385</sup> On comprend ainsi pourquoi, dans une affaire *Dallah* traitée en 2011 par la Cour d'appel de Paris puis par la *UK Supreme Court*, les deux cours, appliquant pourtant les mêmes principes, se retrouvent avec deux solutions différentes (Paris 17 févr. 2011, *Dallah*, *Rev. arb.* 2012, p. 369, note F.-X. Train (l'arrêt de la *Supreme Court* est reproduit en p. 427) ; *JDI* 2011, p. 396 note I. Michou ; *JCP* 2011, 1432 obs. par Ch. Seraglini ; *D.* 2011, p. 3023, obs. T. Clay et, du même auteur avec L.-Ch. Delanoy et L. Degos, *LPA* 11 nov. 2011, p. 5 ; *Cab. Arb. (Paris J. Int. Arb.)* 2011, p. 470, note A. Mourre et P. Pedone, p. 433, note G. Cuniberti et p. 173, obs. T. Portwood ; *Gaz. Pal.* 15 mai 2011, p. 16, note D. Bensaude ; *RDAl* 2011, p. 688, obs. A. Musella. Adde. J. GRIERSON et M. TAOK, « *Dallah : conflicting judgments from the UK Supreme Court and Paris Cour d'appel* », 407 *J. Int. Arb.* 28 (2011) ; A. DIMOLITSA, « *L'extension de la clause compromissoire à des non-signataires : rien de neuf* », *Bull. ASA* 2012, p. 516 ; O. SANDROCK, « *The UK Supreme Court misses the point : Estoppel applies without the existence of a common intention* », 175 *Am. Rev. Int. Arb.* 23 (2012) ; P. TAN, *Competing priorities in International Arbitration*, 67 *Int. Arb. L. Rev.* 14 (2011) ; D. Khanna, « *Dallah : The Supreme Court's positively pro-arbitration 'no' to enforcement* », 127 *J. Int. Arb.* 28 (2011) ; A. MARTINEZ, *Dallah, a tale of two judicature*, 4 *Int. Arb. L. Rev.* 14 (2011) ; G. BERMAN, *The UK Supreme Court speaks to international arbitration: learning to the Dallah case*, 1 *Am. Rev. Int. Arb.* 22 (2011)). La Cour d'appel avait en effet appliqué les règles matérielles du droit français. Les juridictions anglaises, de leur côté, avaient appliqué le même droit suivant leur règle de conflit désignant le droit du siège de l'arbitrage. En insistant sur l'interprétation du consentement de l'autre partie, le juge anglais a nécessairement appliqué ses propres critères d'interprétation de la volonté, des critères qui sont, depuis des siècles de jurisprudence, suffisamment fermes pour interpréter une volonté à cette lumière, même lorsque ces critères sont pourtant issus du droit français. On le voit bien : maintenir de simples critères d'interprétation pour la question de l'existence, de la validité ou de l'opposabilité de la clause compromissoire ne peut que réduire l'exportabilité du droit français de l'arbitrage.

tant que système international c'est-à-dire, au-delà des objectifs et considérants propres à ce texte, une interprétation qui puisse être adoptée dans tous les États qui y participent. En particulier, si une solution a déjà été adoptée à l'étranger par une juridiction participante dans un cas similaire, il serait utile que le juge la prenne en compte, même si cette décision n'a par principe pas de force obligatoire. Si l'interprétation du texte nécessite l'emploi préalable d'une règle substantielle, il faut à tout prix éviter la tendance naturelle, mais seulement fondée par une inclination psychologique, à appliquer la règle du for. Malgré ses atouts, il est préférable de renoncer, dès lors que l'on ne peut compter sur une solution prétorienne claire par une cour suprême commune ou sur une révision du texte conventionnel, à établir une règle substantielle : il y a trop de risques de divergences entre les États contractants. La solution la plus sûre est donc encore la règle de conflit, pour assurer une uniformité substantielle nécessaire à la règle de compétence de source internationale : les rattachements divergent moins que les solutions substantielles, en particulier grâce aux règlements européens et conventions internationales. Ce sont d'ailleurs les solutions de la Convention de la Haye de 2005 sur les conventions de prorogation de for, et celle du règlement de refonte du système Bruxelles I<sup>1386</sup>.

On a jusqu'ici proposé des éléments de solution à même de donner la plus grande effectivité aux règles des systèmes internationaux de compétence prises en elles-mêmes. Pour l'ensemble, la question était connue. Une question bien moins souvent évoquée est pourtant tout aussi si ce n'est plus important à l'efficacité de la réglementation internationale que propose ces systèmes de compétence : l'efficacité de leur régime.

## Section 2 : L'EFFICACITE DU REGIME DE LA COMPETENCE

613. **Divergence droit interne-droit de la compétence internationale.** En ce qui concerne le régime de la compétence, la divergence entre droit interne et droit international privé atteint des sommets. En droit interne, le régime de la compétence depuis la réforme du décret de 1958 est un régime très « administratif », dans lequel l'efficacité et la célérité du traitement ont pris le pas sur le caractère exclusif de la compétence de chaque juridiction de se déterminer sur sa propre compétence : le juge saisi doit désigner le juge compétent sans que ce dernier puisse s'y opposer<sup>1387</sup>. Assez logiquement, le traitement des décisions

---

<sup>1386</sup> La solution a été défendue pour d'autres systèmes, comme la CMR. Dans son commentaire sous la Convention CMR, il est vrai un peu ancien, LOEWE énonçait que la forme de la convention attributive de juridiction, non réglementée par la Convention, relevait de la législation du droit national. Il ajoutait, cependant, que la question de savoir s'il s'agissait du droit national du juge saisi ou de celui du juge élu était controversée (R. LOEWE, *Commentary on the Convention of the 19 May 1956 on the Contract for the International Carriage of Goods by Road*, Pub. N.U. 1975, p. 64).

<sup>1387</sup> V. *supra* n° 401s.

portant sur la compétence internationale a suivi un régime différent, libérant juge et parties cette mission dès lors que l'incompétence serait due à une extranéité totale de l'affaire c'est-à-dire où les rattachements pertinents se produiraient tous à l'étranger<sup>1388</sup>.

**614. Rapprochement des solutions systémiques.** Cependant, le passage d'une dichotomie interne/international à une dichotomie intra-système/extra-système brouille là encore nécessairement les régimes. On comprend assez que le règlement de l'incident de compétence conserve son caractère unilatéral lorsque tel juge français est incompetent au regard d'une règle de compétence qui ne produit qu'un effet attributif : dans ce cas, en effet, la règle de compétence ne s'occupe que de la compétence d'ensemble des tribunaux français (ou des tribunaux d'un système auquel le juge français est partie). Lorsqu'elle n'attribue pas compétence, elle ne permet donc pas non plus de déterminer le juge compétent. En revanche, ce problème n'existe plus dès lors que l'incompétence de tel juge français saisi relève du fonctionnement distributif d'une règle, c'est-à-dire lorsque, à l'intérieur du système de compétence, la règle exclut sa compétence pour l'attribuer à un autre juge français, étranger ou anational. Il est donc à la fois logique et souhaitable que la coordination qu'opère le système de compétence entre ces juges se traduise aussi dans le régime de l'incompétence au sein de ce système. Tant le fonctionnement que la logique de répartition identique entre systèmes internes et systèmes transnationaux plaident pour un rapprochement si ce n'est un alignement du régime du second sur le régime du premier<sup>1389</sup> (§1). Certes, le rapport de compétence entre d'un côté le tribunal de grande instance d'Amiens et le tribunal de grande instance de Pau ne saurait être identique à celui qui existe, par le biais de plusieurs systèmes de compétence transnationaux, entre ce même tribunal d'Amiens et le *tingsrätter* de Malmö en Suède par exemple. Cependant, laisser ces rapports juridictionnels à l'état brut d'un unilatéralisme aveugle est très insatisfaisant : le seul phénomène de la frontière étatique est en effet un fondement inapte à le justifier. Or, s'il est impossible d'appliquer les procédures administratives que connaît le droit français interne en l'état actuel du cloisonnement des ordres juridictionnels, il ne l'est cependant pas, en reprenant d'anciennes méthodes oubliées du droit français interne, d'organiser entre juridictions partenaires dans le système un véritable dialogue de pairs. Il suffit pour cela de donner un effet aux décisions étrangères sur la compétence intrasystème (§2).

---

<sup>1388</sup> V. *supra* n° 284s.

<sup>1389</sup> Comp. Ph. THERY, « Le litige en droit judiciaire privé. Petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz 2010, p. 853, spéc. p. 861 : « *Le fait de contrôler les tenants – compétence de ses propres tribunaux- mais non les aboutissants – les tribunaux étrangers suivent leurs propres règles – complique les choses, et le règlement des incidents – connexité ou litispendance par exemple- varie avec la plus ou moins grande ouverture du for aux justices étrangères* ».

## **Paragraphe 1) ADAPTATION DU REGIME DE LA COMPETENCE**

615. **Plan.** Le régime de la compétence résulte d'une série de réformes démarrée par le décret n° 58-1289 du 22 décembre 1958<sup>1390</sup>. Bien que réformé à plusieurs reprises, l'esprit originel de rapidité et d'efficacité qui le fondait a été préservé jusqu'à nos jours. Dès l'origine, il s'agissait en effet d'accélérer le traitement des recours. Or, comme avait pu le faire remarquer un auteur en 1968<sup>1391</sup>, certains éléments de la réglementation du régime de la compétence interne ne répondaient pas aux « besoins de la vie internationale »<sup>1392</sup>. Ils furent partiellement pris en compte à la suite de l'introduction du nouveau Code de procédure civile. Toutefois, ces « besoins » se sont depuis passablement modifiés. Si cette remarque n'appelle pas pour autant la modification des éléments relevant de la seule organisation judiciaire (I), en revanche ceux qui concernent la désignation de la juridiction compétente devraient être adaptés (II).

### **I) L'absence d'effet sur les éléments de pure organisation judiciaire**

616. S'il paraît nécessaire de confronter les différentes règles du régime de la compétence internationale au concept de système que l'on propose ici, toutes n'ont pas à en subir les contraintes. Certains éléments relèvent en effet seulement de l'organisation judiciaire et ne sont pas affectés par la transnationalité des règles qu'elles encadrent. Ainsi, d'abord, la faculté de relever d'office l'incompétence visée à l'article 92 C.P.C., qui distingue la faculté permanente des juridictions de première instance et la faculté limitée des juridictions d'appel et de la Cour de cassation, ne nécessite aucune adaptation. Il s'agit en effet simplement dans cet article de tirer la conséquence logique de l'organisation judiciaire française (A). De même, on peut aussi justifier l'emploi par la jurisprudence de « l'excès de pouvoir » pour qualifier l'action en recours pour incompétence internationale : malgré le caractère douteux de l'emploi de la notion, son application fonctionnelle, qui permet une accélération des recours, se justifie précisément par l'évolution du droit de la compétence internationale (B).

---

<sup>1390</sup> V. *supra*, n° 402s.

<sup>1391</sup> G. BOLARD, *Essai sur l'application judiciaire du droit international privé*, Thèse Dijon, 1968. spéc. p. 327s.

<sup>1392</sup> *Ibid.*, p. 328. L'auteur notait ainsi, par exemple, l'assouplissement de la règle de l'invocation de l'incompétence *in limine litis* lorsque le défendeur était entendu par une autorité à l'étranger (p. 332), de la motivation du déclinatoire de compétence quant à la juridiction compétente (p. 334), la possibilité d'un relevé d'office par le juge dans les matières indisponibles (p. 338s.).

### ***A) Indifférence pour le relevé d'office***

617. **Présentation.** La règle de l'article 92 C.P.C. vise spécifiquement le régime de l'incompétence internationale<sup>1393</sup>. Celle-ci permet (mais n'impose pas) aux juges d'appel et de cassation de relever d'office leur incompétence dès lors que la cause de cette incompétence se trouve dans l'incompétence de l'ordre juridictionnel judiciaire français dans son ensemble, parce que « *l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la compétence de la juridiction française* ». En d'autres termes, si cours d'appel et Cour de cassation n'ont pas la faculté de relever une incompétence matérielle intrasystémique, elles peuvent le faire lorsqu'aucune règle de compétence attributive n'habilite le juge judiciaire<sup>1394</sup>. À première vue, il faudrait écrire que cours d'appel et Cour de cassation ont en revanche la faculté de relever une incompétence extrasystémique. Or, si cette affirmation est vraie en ce qui concerne le système judiciaire *face au système répressif*, elle ne l'est plus lorsque l'article 92 annonce cette faculté si l'incompétence est celle de l'ensemble des juridictions françaises : on mélange alors les hypothèses où un aucun juge n'est compétent (échec des règles de compétence d'attribution de tous les systèmes dont le juge est destinataire) et celui où un juge est compétent selon une règle applicable en France, bien qu'il ne soit pas français (une règle de compétence uniforme désignant un tribunal étranger ou anational). On pourrait donc envisager que cours d'appel et Cour de cassation sont privées de leur faculté dans toutes les situations intrasystémiques, c'est-à-dire dans toutes les situations où il est possible pour elle de déterminer un juge compétent, y compris lorsque la compétence relève d'un juge étranger ou d'un tribunal arbitral. Ce serait tout simplement comprendre l'article 92 C.P.C. à l'envers<sup>1395</sup>.

---

<sup>1393</sup> Sur la pérennité du caractère de droit commun de ce texte et la limitation de l'article 24 du système Bruxelles I aux cas où le défendeur est domicilié en Europe, cf. *supra* n° 458.

<sup>1394</sup> On rappellera ici pour mémoire d'une part qu'un rapport intrasystémique doit être entendu comme un rapport entre juges partenaires au sein d'un même système de compétence (v. *supra*, n° (543)), et d'une règle attributive qu'il s'agit d'une règle de compétence disposant d'un effet supplémentaire, celui de permettre l'application, géographique ou matérielle, d'un système de compétence (v. *supra*, n°357).

<sup>1395</sup> Par ailleurs, cette question mise à part, on peut toutefois s'interroger sur le sens précis de l'article 92 C.P.C. en matière de compétence matérielle de l'ordre judiciaire, car il pourrait avoir deux sens. On peut en faire, tout d'abord, une interprétation contextuelle. Le reste de l'article 92 et l'article 93 consécutif, seul autre article de la sous-section sur « l'incompétence relevée d'office », semblent en effet de prime abord s'intéresser à la possibilité pour un juge de relever d'office *son* incompétence. À cette aune, la solution de l'alinéa 2 de l'article 92 s'explique assez bien : l'incompétence matérielle des cours d'appel et de la Cour cassation n'existe que face à une compétence administrative ou une incompétence totale des juges français. L'incompétence répressive, en revanche, ne s'explique que mal dans ce schéma. Après tout, ces deux types de juridictions entendent aussi des affaires criminelles, même si c'est dans des formations distinctes. L'article 92 aurait alors une autre valeur : celle de protéger certaines procédures : les procédures pénales. Mais cela ne remet pas en cause l'inutilité d'une réinterprétation de l'article 92 C.P.C. en matière d'incompétence systémique.

L'autre interprétation de l'article 92 C.P.C. porte, ensuite, non sur la compétence du *juge saisi*, mais sur la compétence *du premier juge*. Selon cette interprétation, le moyen qui pourrait être relevé d'office ne serait plus *stricto sensu* un moyen d'incompétence, c'est-à-dire une exception de procédure, mais un moyen d'annulation de la décision. Dans cette hypothèse, l'article 92 alinéa 2 aurait pour fonction d'interdire aux cours d'appel et de cassation de soulever d'office le moyen de pur droit que constitue l'incompétence matérielle du juge premier saisi. Il n'est toutefois pas interdit de penser que les deux interprétations sont possibles cumulativement et la jurisprudence tend à valider indifféremment les deux interprétations (V. par exemple Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 avr. 2004, *RTD Civ.* 2004, p. 544, obs. Ph. Théry où une cour d'appel est sanctionnée pour avoir relevé l'incompétence du premier juge et Civ. 2<sup>ème</sup>, 18 oct. 2007, *RTD Civ.* 2008, p. 150, obs. Ph. Théry, où une autre cour d'appel est sanctionnée



**618. Inutilité de l'assimilation.** En effet, l'article 92 pose le principe de la faculté du juge judiciaire de soulever d'office son incompétence matérielle dans certains cas. Le second alinéa vient donc limiter cette faculté pour les cours d'appel et de cassation à certaines hypothèses. Or cette limitation s'explique par une donnée extrinsèque à la compétence : l'organisation judiciaire. L'incompétence matérielle judiciaire d'un tribunal des prud'hommes ou d'un tribunal d'instance est résorbée devant une cour d'appel ou la Cour de cassation ; on dit plus familièrement qu'elle est « purgée »<sup>1396</sup>. Les deux types de juridiction possédant une pleine compétence matérielle pour ce qui relève du judiciaire<sup>1397</sup>, elles ne sont donc incompétentes que lorsque le litige n'en relève pas. Ainsi, en pratique, il ne servirait à rien de permettre à la cour d'appel de Toulouse de soulever l'incompétence matérielle du premier juge : par l'effet dévolutif, elle se trouve en effet pleinement saisie du litige, et peut donc statuer à nouveau que ce dernier relève en première instance de la compétence du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance de Castres<sup>1398</sup>. Dans la mesure où l'affaire relève quoi qu'il en soit d'un juge étranger, ce qui entraîne un rattachement au moins partiel à un ordre juridique étranger avec les divergences de fond que cela suppose, il semble important de ne pas distinguer les situations d'incompétence internationale systémique des autres situations d'incompétence internationale. Par hypothèse, l'incompétence existe en effet pour tous les juges de l'ordre judiciaire français, et pas seulement pour certains<sup>1399</sup>. Altérer le jeu de l'article 92 C.P.C. n'est donc pas, en soi, nécessaire : la distinction qu'il opère au sujet des pouvoirs des juges d'appel et de cassation entre

---

pour s'être déclarée incompétente dans une affaire civile qui ne relève normalement pas de sa compétence). À tout le moins, cette interprétation n'est pas nécessaire pour l'article 75 C.P.C., la désignation du juge qu'il estime compétent n'existant pour le litigant qu'en sa qualité de demandeur à l'exception d'incompétence, pas d'appelant (ou contredisant) : Com., 25 oct. 1994, n° 92-20068.

<sup>1396</sup> J. HERON et B. LE BARS, n° 991 ; L. CADIET et E. JEULAND, n° 279 (lesquels développent le même argument sur la compétence territoriale) ; H. SOLUS et R. PERROT, n° 221.

<sup>1397</sup> Si la « plénitude » de juridiction de la cour d'appel s'est grandement développée depuis 1968 (H. SOLUS et R. PERROT, *Ibid.*), elle reste cependant encore lacunaire par rapport à celle de la Cour de cassation (L. CADIET et E. JEULAND, n° 134).

<sup>1398</sup> On pourrait s'interroger sur la réalité de cet effet de purge devant la Cour de cassation. En effet, cette dernière ne dispose pas d'une plénitude de pouvoir juridictionnel : elle ne peut étudier que le droit, pas les faits. Dès lors, si une incompétence matérielle de première instance (qui a pu par ailleurs indirectement déterminer la procédure, voire le fond de l'affaire) n'a pas été soulevée devant la cour d'appel, la Cour de cassation pourra plus difficilement redonner à l'affaire le cadre juridique pertinent. C'est néanmoins la solution de l'article 92 C.P.C., peut-être du fait d'une dépréciation des questions de compétence, considérées comme purement secondaires et sans incidence fondamentale sur la solution du litige, v. H. SOLUS et R. PERROT, n° 666 ; P. HEBRAUD (le déplorant) note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juil. 1969, *RTD Civ.* 1970, p. 230.

<sup>1399</sup> Au-delà du problème du rapprochement des régimes des systèmes internationaux de compétence de celui du système de compétence interne, on pourrait s'interroger au contraire sur la nécessaire distinction de la compétence internationale, lourde d'enjeux, et de la compétence interne, plus secondaire. En particulier, faudrait-il *obliger* le juge à se déclarer incompétent lorsqu'il est internationalement incompétent ? La doctrine est divisée (v. le recensement complet d'A. HUET, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français - Règlements des incidents de compétence - Incompétence internationale des juridictions françaises », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 581-42, spéc. n° 25s. ; *Adde.* G. BOLARD, *op. cit.* p. 341s., qui défend la logique procédurale de droit interne : *in limine litis*, le juge peut avoir l'obligation de se déclarer incompétent, si le défendeur le démontre, au-delà, le juge n'a qu'une faculté), mais il semblerait illogique d'imposer une telle obligation là où ni le droit interne, ni aucun système international ne le requiert en général.

incompétence nationale et compétence internationale relève simplement d'une question de hiérarchie judiciaire<sup>1400</sup>.

**619. Choix de politique juridique sur le relevé d'office en général.** Le consensus autour du sens de l'article 92 alinéa 2 du Code de procédure civile pour régir l'office du juge français dans le traitement de son compétence internationale est toutefois le fruit d'un important débat qui a animé la doctrine lors de la promulgation de ce code, dès lors qu'il semblait assimiler compétence internationale et compétence matérielle. On lui a finalement préféré une qualification *ad hoc* : l'incompétence internationale ne serait, en tant que telle, ni une compétence territoriale, ni une compétence matérielle<sup>1401</sup>. Dès lors que l'on a insisté sur la diversité des règles de rattachement de certains systèmes internationaux de compétence, parfois matérielles et parfois territoriales, on pourrait en outre être tenté d'insister sur la proximité de ces règles avec les règles internes, et leur appliquer alors, non l'article 92 alinéa 2, mais bien l'article 92 alinéa 1<sup>er</sup> ou l'article 93 selon que ces règles internationales seraient respectivement des règles de compétence matérielle internationale ou des règles de compétence de type localisateur. Cette tentation nous paraît devoir être écartée en ce qu'elle commanderait une application automatique de ces articles à ces types de règles.

On pourrait-il est vrai trouver un argument fort au sein du système de compétence qui semblerait pourtant se prêter le moins au jeu du droit national : celui du Règlement Bruxelles I. L'article 24 de ce Règlement, en effet, régit l'office du juge de manière singulièrement proche de ce que fait l'article 93 C.P.C. en matière d'incompétence territoriale interne. En effet, ce dernier article pose le principe de l'interdiction du relevé d'office agrémenté de quatre exceptions dans lesquelles le

---

<sup>1400</sup> Certains systèmes ajoutent cependant aux obligations du juge. Ainsi le système Bruxelles I impose plusieurs obligations à ce dernier. D'une part, le juge saisi à tort doit décliner sa compétence lorsqu'il est objectivement incompétent aux termes du Règlement lorsque le litige relève d'un chef de compétence exclusive (art. 25 Règlement Bruxelles I) ou, plus généralement, dès lors qu'en outre le défendeur ne comparait pas (Art. 26). En revanche, dans les autres cas, le juge doit se considérer compétent si le défendeur ne conteste pas la compétence (Art. 24).

Plus surprenant, l'article 6 de la Convention de la Haye du 30 octobre 2005 semble imposer au tribunal non élu saisi d'un litige couvert par une clause attributive de juridictions de se dessaisir au profit du tribunal élu sous réserve d'un certain nombre de cas limitativement énumérés. Cette affirmation, cependant, paraît aller trop loin. L'article II de la Convention de New York sur l'arbitrage commercial international soulève aussi l'obligation pour le juge de se dessaisir en présence d'une convention d'arbitrage, mais précise immédiatement « à la demande de l'une [des parties] ». L'article 1448 C.P.C. ne dit d'ailleurs pas autre chose, ce qui le place d'ailleurs en contradiction expresse avec la faculté relevée à l'article 92 du même Code. On ne saurait imposer aux parties à un contrat d'appliquer une clause à laquelle tous deux renoncent de manière tacite. En revanche, la critique ne tient plus lorsqu'une des parties ne comparait pas où lorsque l'une des parties au litige n'a pas été partie au contrat concerné (Comp. L. USUNIER, « La convention de la Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, Beaucoup de bruit pour rien ? », *RCDIP* 2010, p. 37, spéc. p. 71). Si l'article 6 de la Convention de la Haye de 2005 imprime des obligations dans l'office du juge, c'est donc certainement de mettre dans le débat la clause attributive de juridiction, non de se dessaisir impérativement du litige. Quoiqu'il en soit de la Convention de la Haye, d'autres systèmes, alors même qu'ils considèrent les règles de compétence qu'ils portent comme exclusives, ne se prononcent pas sur l'office du juge incompétent à ce sujet (V. par exemple Convention RU-CIM, article 46 et Convention CMR, article 31). Dans ces hypothèses, le seul recours est alors l'article 92 C.P.C. et il ne semble pas non plus ici que l'on doive en déduire une obligation.

<sup>1401</sup> Sur ce débat v. A. HUET, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français - Règlements des incidents de compétence - Incompétence internationale des juridictions françaises », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 581-42, n° 23s.

juge à la faculté de le faire : en matière gracieuse ou de litige relatif à l'état des personnes, en cas de compétence exclusive ou d'absence de comparution du défendeur<sup>1402</sup>. Dans le champ d'application du Règlement qui exclut la majeure partie de l'état des personnes et des hypothèses d'action gracieuse, l'article 24 ne dit pas autre chose : principe d'interdiction et faculté du juge en cas d'incompétence exclusive ou de non comparution du défendeur. L'extension de principe de l'article 93 et de l'article 92 C.P.C. aux incompétences intrasystémiques ne nous semble, toutefois, pas logiquement nécessaire. Le relevé d'office de l'incompétence est, en effet, un pouvoir du juge assez exorbitant. Il impliquerait dans cette hypothèse la possibilité pour ce dernier de contraindre les parties, même celles qui ont accepté son intervention, à aller plaider à l'étranger. Il impliquerait surtout, en outre, que le juge serait *contraint*, lui-même, de soulever son incompétence, sans aucune marge de manœuvre en fonction des circonstances. Les enjeux de l'incompétence internationale étant bien plus délicats que ceux de l'incompétence interne, on ne proposera donc pas, en dehors des choix délibérément adoptés dans le système international lui-même, d'appliquer l'assimilation que l'on pourrait en déduire.

### ***B) Accélération des voies de recours : l'excès de pouvoir***

620. **Qualification discutable.** Le raisonnement systémique de compétence ne saurait encore altérer l'interprétation judiciaire des voies de recours. Dans deux décisions prises en 1990 puis 2010, la Cour de cassation a estimé que le juge français qui retient sa compétence malgré une clause compromissoire, d'abord<sup>1403</sup>, ou à l'encontre d'une incompétence totale des juridictions françaises, ensuite<sup>1404</sup>, commettait un excès de pouvoir. Cette qualification, on l'a vu, est fautive dans la rigueur des termes<sup>1405</sup>. Le pouvoir de juger des juridictions françaises n'est pas plus limité par une clause compromissoire que par leur incompétence internationale. Affirmer le contraire revient à confondre l'office avec les cas d'intervention de l'officier.
621. **Qualification opportuniste.** Si l'on ne peut donc approuver le choix des notions, on peut cependant apprécier la solution technique. On a pu voir, en effet, que le régime de la compétence oscillait en droit interne entre rapidité (pour éviter le dilatoire) et justice (dans la mesure où la compétence est souvent liée au fond de l'affaire). L'incompétence interne est d'ailleurs sanctionnée sur recours d'une des

---

<sup>1402</sup> « En matière gracieuse, le juge peut relever d'office son incompétence territoriale. Il ne le peut, en matière contentieuse, que dans les litiges relatifs à l'état des personnes, dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne comparait pas ».

<sup>1403</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 1990, *Prince Bin Seoud*, *Rev. arb.* 1991, p. 305, note M.-L. Niboyet-Hoegy. La Cour avait d'ailleurs par un arrêt du même jour décidé en sens contraire pour une incompétence internationale plus classique, Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 1990, *D.* 1991, p. 571, note M. Santa-Croce. L'harmonisation des solutions viendra ainsi 20 ans plus tard, cf note suivante.

<sup>1404</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mai 2010, *Agence de marketing appliqué* (3 arrêts) *D.* 2010, p.1292, obs. I. Gallmeister, p. 2196, note A. Bolze et L. Perreau-Saussine ; *D.* 2011, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *RCDIP* 2010, p. 558, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTDCiv.* 2010, p. 808, obs. Ph. Thery et p. 617, R. Perrot (sur les arrêts aux pourvois n° 09-14.324 et 09-11.178).

<sup>1405</sup> V. *supra* n° 241s.

parties suivant une procédure qui doit son efficacité à la relative accessibilité de cours supérieures disposant d'une plénitude de compétence. Dans le cas d'une incompétence internationale, cette organisation juridictionnelle fait défaut. Si l'on veut donc éviter aux parties de s'épuiser dans des recours internes au droit français avant même de se lancer dans la vérification de la compétence d'un tribunal étranger, il est donc nécessaire d'accélérer les procédures.

**622. Portée de la requalification.** Comme cela a pu être observé par la doctrine, pourtant majoritairement hostile à la qualification de recours pour excès de pouvoir, cette qualification permet de saisir directement la Cour de cassation sans attendre que le juge se soit prononcé sur le fond<sup>1406</sup>. La requalification, toutefois, semble s'arrêter à l'alignement des voies de recours en cassation en matière de compétence. En effet, les recours en cassation sont globalement organisés autour des articles des articles 604s. C.P.C. et plus particulièrement autour des articles 607 et 608. Selon ce couple d'articles, seuls les jugements mettant fin à l'instance (statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou un autre incident -607- ou statuant sur le fond -608) peuvent être frappés d'un pourvoi. Il faut donc distinguer selon qu'ils le font ou non.

Les arrêts d'appel décidant que le juge français est globalement incompétent mettent fin à l'instance et renvoient les parties « à mieux se pourvoir »<sup>1407</sup>. Ils peuvent donc être immédiatement frappés de pourvoi. Le recours est efficace, il n'y a pas besoin d'une accélération. De même, à l'instigation d'une partie de la doctrine<sup>1408</sup>, les pourvois à l'encontre des décisions de compétence rendues par une Cour d'appel saisie sur contredit sont toujours immédiatement recevables sur le fondement de l'article 87 C.P.C.<sup>1409</sup>. En recoupant les deux hypothèses précédentes, le reliquat des décisions d'appel sur la compétence est constitué des seuls cas dans lesquels non seulement la Cour d'appel a rendu une décision de compétence des juridictions françaises, mais encore lorsqu'elle avait été saisie par la voie de l'appel ordinaire, ce qui est notamment le cas dans l'hypothèse non négligeable d'une ordonnance du juge de la mise en état du tribunal de grande instance sur la compétence de ce dernier<sup>1410</sup>. En ce cas, en effet, l'interprétation classique de l'article 608 obligerait le demandeur à l'exception d'incompétence à attendre la décision sur le fond du tribunal de grande instance, éventuellement celle de la cour d'appel et à former un pourvoi sur la compétence en même temps qu'un

---

<sup>1406</sup> V. les opinions, sur ce point approbatoire, de H. GAUDEMET-TALLON, Ph. THERY, A. BOLZE et L. PERREAU-SAUSSINE.

<sup>1407</sup> Art. 96 C.P.C., v. *infra* n° 632s.

<sup>1408</sup> J. NORMAND, *RTDCiv.* 1984, p. 159 ; *Adde.* M. SANTA-CROCE, note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 1990, *D.* 1991, p. 571.

<sup>1409</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 2003, *Bull.*, n° 250. L'article 87 énonce en effet que le délai de pourvoi d'une telle décision (2 mois) court à compter de la notification de la décision sur le contredit. Comme l'explique Mme SANTA-CROCE « On voit mal comment concilier la lettre du texte avec l'irrecevabilité du pourvoi immédiat. S'il faut attendre la décision sur le fond, le délai de recevabilité du pourvoi concernant l'arrêt rendu sur contredit sera largement expiré. Or, si le pourvoi immédiat est irrecevable et si le délai est expiré lorsque la cour d'appel statue au fond, autant dire que la voie du recours en cassation est fermée », *Ibid.* On notera qu'il s'agit toujours de décision déclarant la compétence des juridictions françaises. Dans le cas contraire, elle mettrait fin à l'instance et tomberait dans le champ de l'article 607 C.P.C.

<sup>1410</sup> En ce sens, v. les opinions précitées de H. GAUDEMET-TALLON, A. BOLZE et L. PERREAU-SAUSSINE.

éventuel pourvoi sur le fond... On conçoit que la procédure puisse paraître trop lente. C'est bien dans ce seul cas que le recours pour excès de pouvoir pourra jouer, puisqu'il n'a d'autre but que d'accélérer un recours dangereusement lent.

La Première chambre civile de la Cour de cassation a d'ailleurs elle-même confirmé la logique de son interprétation minimaliste de cette requalification. Elle a en effet refusé par un arrêt *Terrasses du Levant* du 23 mai 2012<sup>1411</sup> de traiter l'incompétence internationale comme une véritable fin de non-recevoir, ce qui aurait permis aux parties litigantes de la soulever en tout état de cause et non seulement *in limine litis*<sup>1412</sup>. On dispose de plus de recul en droit de l'arbitrage, dont on a vu qu'il avait adopté la même solution en 1990<sup>1413</sup>. En cette matière, la jurisprudence a depuis longtemps choisi la même solution : traiter l'incompétence du juge français face à une convention d'arbitrage comme une exception de procédure<sup>1414</sup>. Le choix de la qualification d'excès de pouvoir représenterait donc un moyen de parvenir à l'unité des voies de recours sans pour autant bouleverser le régime de l'exception d'incompétence.

623. **Critique de la requalification.** L'opportunité de cette qualification vaut-elle la torsion de la notion de pouvoir de juger, en particulier à l'intérieur des systèmes de compétence ? Certains auteurs se sont posé la question à la suite de l'arrêt de 2010<sup>1415</sup>. Réformer la voie de recours était opportun, moins de le justifier par le biais de l'excès de pouvoir. La qualification dit trop, et pose de nombreux problèmes de régime<sup>1416</sup>. Mme GAUDEMET-TALLON, dans sa note sous les arrêts de 2010, envisage trois solutions alternatives, pour n'en retenir qu'une<sup>1417</sup>. On aurait pu d'abord envisager de considérer l'instance portant sur la compétence comme une instance autonome à laquelle la Cour d'appel mettrait fin dès lors qu'elle se prononcerait sur la compétence du juge. La solution avait semble-t-il été

<sup>1411</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mai 2012, *Terrasses du Levant*, RTD Civ. 2012, p. 566, obs. Ph. Théry ; *Procédures* 2012, n° 7 p. 8, obs. R. Perrot ; RLDA 2012, n° 95, p. 73, note L. Raschel. Dans cet arrêt, une banque suisse cherchait à recouvrer une créance consécutive au paiement par cette banque d'une garantie à première demande. Or, la demande ayant été accueillie par le tribunal de première instance, la débitrice alléguée souleva en cause d'appel l'incompétence internationale des juridictions françaises. Arguant que cette incompétence relevait en réalité d'une absence de pouvoir de juger de l'ordre juridictionnel français, elle souhaitait éviter la sanction d'irrecevabilité des exceptions de procédure soulevées après les défenses au fond. Pour la demanderesse, il s'agissait en réalité non d'une exception de procédure mais d'une fin de non-recevoir, son créancier perdant son droit d'agir en France dès lors que les juridictions françaises n'avaient aucun pouvoir de juger l'affaire. L'argumentation est assez logique, consécutive de la qualification d'absence de pouvoir de juger attribuée à l'incompétence internationale par la Cour de cassation dans les arrêts *Agence de Marketing Appliqué*. La Cour de cassation ne suivit cependant pas cette logique, et considéra au contraire que « Mais attendu que l'arrêt ayant exactement retenu que la contestation de la compétence internationale du juge français saisi constituait une exception de procédure, c'est à bon droit que la cour d'appel a fait application de l'article 74, alinéa 1, du Code de procédure civile, et en a déduit qu'ayant été soulevée pour la première fois devant elle, après que la SCI eut conclu sur le fond en première instance, cette exception était irrecevable ».

<sup>1412</sup> V. aussi, Com. 16 oct. 2012, n° 11-13658. Comp., en matière de litispendance internationale, Soc. 25 janv. 2012, RCDIP 2012, p. 620, note B. Haftel.

<sup>1413</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 1990, *Prince Bin Seoud*, Rev. arb. 1991, p. 305, note M.-L. Niboyet-Hoegy, v. *supra*, n° 247s.

<sup>1414</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 22 nov. 2001, Rev. arb. 2002, p. 371, note Ph. Théry, v. déjà, un an après la jurisprudence *Bin Seoud*, mais refusant de même le relevé tardif en appel de l'incompétence sur le fondement d'une sorte d'impossibilité de se contredire au détriment d'autrui, Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 nov. 1991, Rev. arb. 1992, p. 462.

<sup>1415</sup> V. les notes de Ph. THÉRY et H. GAUDEMET-TALLON sous *Agence de marketing appliqué*.

<sup>1416</sup> Ph. THÉRY, *ibid.*

<sup>1417</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, spéc. p. 568s.

proposée par M. l'avocat général DOMINGO, et pouvait se prévaloir d'un précédent du 11 juillet 2006 dans le domaine voisin de la litispendance<sup>1418</sup>. Outre cependant que cette solution reviendrait sur une polémique sur la nature de l'instance que la Cour de cassation avait du trancher en Assemblée plénière<sup>1419</sup>, l'auteur fait valoir que la solution ne serait efficace que pour les arrêts qui ne se prononcent *que* sur la compétence. Tout recours contre une décision d'une cour d'appel elle-même saisie par voie d'appel contre un jugement rendu *à la fois* sur le fond et sur la compétence devrait alors attendre que cette dernière se soit prononcée sur l'ensemble<sup>1420</sup>. On peut rapidement exclure, avec Mme GAUDEMET-TALLON, l'autre solution consistant à se fonder sur l'origine de l'incompétence, le Règlement Bruxelles I dans l'espèce de 2010. L'argument de la supériorité hiérarchique d'une norme ne vaut qu'à l'égard d'une autre norme du même type, pas pour établir un régime. La dernière solution envisagée, pour finir, serait tout simplement d'en revenir à l'idée classique d'une nécessaire adaptation des règles portant sur la compétence dès lors que les besoins internationaux l'exigent. Là encore, des précédents existent, il s'agit des arrêts du 12 décembre 2006 rendus en matière de litispendance internationale<sup>1421</sup>. Dans ces deux arrêts, en effet, la Cour de cassation avait rejeté l'argument de l'irrecevabilité du pourvoi au regard des articles 606 et 608 C.P.C. par la caractérisation, lapidaire, de la spécificité de la situation : une litispendance internationale<sup>1422</sup>. Cette configuration procédurale internationale nécessite effectivement, à n'en pas douter, une grande rapidité. Mais peut-être justement l'argument de rapidité nécessaire qui a prévalu dans ces arrêts n'est-il pas aussi exigeant pour une question de « simple » compétence directe que pour un conflit de procédure.

**624. Critique du droit de la compétence.** En réalité, c'est même l'argument de la spécificité de la situation internationale qui n'est pas pertinent. En effet, il ne nous paraît pas, là encore, qu'il doive y avoir une grande distinction de traitement entre compétence interne et compétence internationale, tant du moins que l'on parle de système de compétence<sup>1423</sup>. Dans ces deux cas, la rapidité comme l'efficacité sont nécessaires. Lorsque, donc, le droit commun défaille, il ne paraît pas de bonne politique de vouloir introduire des exceptions pour la compétence internationale,

<sup>1418</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juil. 2006, *RCDIP* 2007, somm. p. 893 ; *RTD Com.* 2006, p. 703, obs. Ph. Delebecque ; *Gaz. Pal.* 22 août 2006, p. 9, concl. J. Sainte-Rose.

<sup>1419</sup> Ass. Plén. 2 nov. 1990, *JCP* 1991.II.21631, concl. Monnet, note P. Estoup. V. notamment sur ce point M. SANTA-CROCE, note précitée.

<sup>1420</sup> Note précitée, p. 568. L'article 776 C.P.C. est assez clair sur le sujet : « [Les ordonnances du juge de la mise en état] ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'avec le jugement statuant sur le fond ». Il faut toutefois noter que ces ordonnances peuvent faire l'objet d'un appel immédiat dans six cas : décision ordonnant une expertise, un sursis à statuer, une mesure provisoire en matière de divorce et de séparation de corps, une provision accordée au créancier pour créance non contestable, celles statuant sur une exception de procédure et bien sûr celles ordonnant ou constatant l'extinction de l'instance, v. L. CADIET et E. JEULAND, n° 897.

<sup>1421</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 déc. 2006, *D.* 2007, p. 780, note J-G. Mahinga, p. 1755, obs. P. Courbe et F. Jault-Seske ; *JCP* 2007, II, 1048, note A. Devers.

<sup>1422</sup> « Sur la recevabilité du pourvoi contesté par la défense : -Attendu que Mme X... soutient que l'arrêt qui a statué sur une exception de procédure sans mettre fin à l'instance est irrecevable par application des articles 606 et 608 du nouveau Code de procédure civile ; -Mais attendu que la cour d'appel ayant statué sur une exception de litispendance internationale, le pourvoi en cassation est immédiatement recevable ». La motivation du second arrêt est un peu plus longue, mais uniquement du fait d'une seconde branche du moyen sur l'intérêt à agir de la demanderesse.

<sup>1423</sup> En ce sens, BOLZE et PERREAU-SAUSSINE, note précitée.

en particulier des exceptions aussi maladroites et confuses que celle-ci. Il est beaucoup plus direct, et beaucoup plus efficace, de réformer l'ensemble. Le problème tient ici en réalité à cette dichotomie étrange des recours sur la compétence : selon que la cour d'appel est saisie par une procédure rapide ou par une autre, plus lente, le droit positif accélère ou ralentit encore plus la procédure. Ce qui est mauvais pour le droit de la compétence internationale est en l'occurrence aussi mauvais pour le droit de la compétence interne ; la réforme d'ensemble serait utile.

Même si l'on ne fait que joindre une voix discrète au concert de celles qui l'ont critiquée avant nous, on doit bien se résoudre à l'évidence actuelle du droit positif. À la rigueur conceptuelle d'une bonne qualification, on proposera pour l'heure de préférer, là encore à l'instar de nos prédécesseurs, l'efficacité pratique d'une mauvaise qualification ; en formant, toutefois, le vœu d'un prompt rétablissement<sup>1424</sup>.

## II) L'adaptation de la désignation de la juridiction compétente

625. Si la question du relevé de l'incompétence systémique et de son recours doit donc relever du droit commun, la désignation de la juridiction compétente sera quant à elle bien différente selon que l'on se place au sein d'un système ou en dehors de tout système. On verra d'abord la désignation par la partie qui réclame l'incompétence dans le déclinatoire de compétence (A) avant de réfléchir à la question plus complexe d'une éventuelle désignation d'une juridiction compétente tierce par le juge français (B).

### A) Désignation dans le déclinatoire de compétence

626. **Disposition du Code de procédure civile.** Le décret du 22 décembre 1958 avait introduit entre autres innovations une nouvelle rédaction de l'article 169 du Code de procédure civile selon laquelle :

*« S'il est prétendu que la juridiction saisie est incompétente à raison du lieu ou de la matière, la partie qui soulève cette exception doit faire connaître en même temps et à peine d'irrecevabilité, devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée ».*

L'article 75 C.P.C. en vigueur a repris cette règle et lui a même ajouté une condition supplémentaire – mais assez classique – de motivation<sup>1425</sup>. En 1958 comme aujourd'hui, la justification était double : alléger la charge du juge qui devra

---

<sup>1424</sup> On pourrait penser, en ce qui concerne la procédure de droit commun au moins, à l'ajout d'une exception à l'article 776 CPC. V. *supra*, note n° 1420.

<sup>1425</sup> Art. 75 C.P.C. : « S'il est prétendu que la juridiction saisie est incompétente, la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée ».

déterminer, suivant l'article 96 C.P.C., le juge compétent, mais aussi et surtout éviter la manœuvre purement dilatoire d'une invocation imaginaire de l'incompétence du juge saisi<sup>1426</sup>.

627. **Interprétation jurisprudentielle.** Cette disposition faisait partie de celles qui justifiaient, pour ses contempteurs, de ne pas appliquer la procédure du contredit au recours en incompétence internationale<sup>1427</sup>. Il est vrai que même certains partisans de la réforme avaient pu souligner la difficulté et les dangers que représenteraient pour les demandeurs à l'incompétence de devoir désigner avec certitude une juridiction étrangère selon des règles de compétence inconnues<sup>1428</sup>. Assez rapidement, cependant, les raisons qui l'imposaient en droit interne ont fini par prévaloir en jurisprudence. À la suite de nombreux arrêts de juges du fond<sup>1429</sup>, la Cour de cassation a ainsi fini par appliquer l'article 75 à un déclinatoire de compétence internationale dans une décision de 1973<sup>1430</sup>. La motivation de cet arrêt mérite que l'on s'y arrête :

« [L]’impossibilité où se trouvait effectivement la juridiction saisie du contredit de procéder, en application de l’alinéa 4 de [l’article 169 C.P.C.], à la désignation impérative d’une juridiction étrangère résultait de la délimitation des souverainetés respectives, non d’une disposition des lois de procédure, et de ce fait n’était pas de nature à faire écarter l’application des autres dispositions du texte susvisé ».

L'influence du phénomène de la frontière sur la désignation par le juge du juge étranger compétent ne devait en tout état de cause pas rejaillir sur l'article 75 C.P.C., c'est-à-dire la désignation de ce dernier juge par les parties. L'impossibilité dans laquelle se trouvait le juge de désigner le juge étranger compétent, qui faisait chûter la première justification de l'article 75, aider le juge, n'entraînait pas pour autant la disparition de son autre justification, celle d'empêcher les manœuvres

---

<sup>1426</sup> H. SOLUS et R. PERROT, n° 640, qui notent toutefois, après HEBRAUD, que l'exigence est assez formelle, puisque la mention de n'importe quel juge est suffisante. Cependant, le risque pour le demandeur à l'exception d'incompétence négligent est de ne pas voir son exception aboutir, puisque le juge n'a pas non plus l'obligation de déterminer alors la juridiction compétente, mais une simple faculté (article 92 C.P.C.).

<sup>1427</sup> V. par exemple P. HEBRAUD, chron., *RTD Civ.* 1962, p. 182 et J.-B. SIALELLI, note sous Paris, 14 févr. 1961 et TGI Seine 31 janv. 1961, *JDI* 1961, p. 1080.

<sup>1428</sup> L. BOYER, « A propos du domaine d'application de l'article 169 du Code de procédure civile », *JCP* 1965, I, 162 ; P. BELLET, note sous Paris, 12 déc. 1962, *RCDIP* 1963, p. 782, spéc. p. 790 ; G. DROZ, *Rép. Commaille* 1962, p. 124 ; J.-B. SIALELLI, note sous Paris, 14 févr. 1961 et TGI Seine, 31 janv. 1961, *JDI* 1961, p. 1088 ; G. BOLARD, *op. cit.* p. 133 et p. 333 ; H. BAUER, *La compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands*, Dalloz, 1965, p. 188 à la suite de FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *RCADI* 1961-III, t. 104, p. 159, spéc. p. 261.

<sup>1429</sup> Paris, 23 déc. 1960, *RCDIP* 1962, p. 239, note P. Bellet ; *RTDCiv.* 1961, p. 549, obs. P. Hébraud, *Gaz. Pal.* 1961, 1, p. 396 ; Aix, 20 oct. 1961, *JDI* 1964, p. 10, note J.-B. Sialelli ; *DMF* 1963, p. 470 ; Paris 4 févr. 1964, *D.* 1964, p. 497, note G. Brulliard ; TGI Seine 31 janv. 1961, *JDI* 1961, p. 1080, note J.-B. Sialelli ; Dijon, 10 nov. 1967 : *RCDIP* 1969, p. 89, note M. Simon-Depitre ; *Rép. Commaille* 1968, p. 627, obs. G. Droz ; *RTDCiv.* 1968, p. 417, obs. P. Hébraud ; TGI Paris, 4 nov. 1970, *Gaz. Pal.* 1971, 1, p. 320, note M. de V. ; *Rev. Générale des Assurances Terrestres* 1971, p. 493, note J.B. ; *JDI* 1972, p. 297, note A. Huet ; *Rép. Commaille* 1972, p. 590, obs. G. Droz.

<sup>1430</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 12 déc. 1973, *JCP* 1974, IV, p. 122, obs. J.A ; *RCDIP* 1974, p. 527, note M. S.-D. ; *Rép. Commaille* 1974, p. 311, obs. L. Boyer. La Cour emploie le même raisonnement, sans surprise, s'agissant du renvoi aux juridictions administratives, Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janv. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, pan. 154, obs. S. Guinchard.



dilatatoires. Il s'en trouvait d'ailleurs une autre, spécifique à la situation internationale : éviter autant que possible le déni de justice<sup>1431</sup>. En contraignant le demandeur au déclinatoire à vérifier qu'au moins un autre juge puisse se reconnaître compétent, le risque devrait en effet être réduit. Restaient cependant les difficultés pratiques de détermination des juges compétents, difficultés pour lesquelles les conseils français ne pouvaient manquer de se faire leurs propres avocats. La Cour de cassation en a, alors, assoupli la rigueur. Elle a en effet jugé que le déclinatoire (ou les conclusions l'accompagnant) doit simplement permettre d'évaluer de manière suffisamment certaine la juridiction étrangère compétente. En particulier, le déclinatoire reste recevable même si la juridiction territorialement (ou matériellement) compétente dans l'État désigné n'est pas elle-même déterminée<sup>1432</sup>.

**628. Critique du régime des règles de compétence uniformes.** Toutefois, le fondement de ces décisions d'adaptation lui assigne sa propre limite. L'assouplissement de l'article 75 C.P.C. se conçoit lorsque le juge saisi ne peut pas déterminer le juge compétent, parce qu'aucun système de compétence applicable ne le lui permet. Dans cette hypothèse, il ne peut que constater sa propre incompétence ainsi que celle des autres juges, français ou étrangers, partenaires avec lui dans les mêmes systèmes de compétence. En revanche, lorsque parties au litige et juge français disposent d'une règle pour déterminer la juridiction, française comme étrangère, compétente dans le cadre d'un système transnational, il n'est que logique que le déclinatoire soit plus correctement motivé et désigne la juridiction spécialement compétente<sup>1433</sup>. Ainsi, il est sans fondement d'altérer le jeu de l'article

<sup>1431</sup> B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 442. Cette dernière justification a été mise en lumière par D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970, p. 148.

<sup>1432</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janv. 1990, *D.* 1990, p. 461, note J.-P. Remery (désignation d'une règle de compétence spéciale conventionnelle dans les conclusions) ; Soc. 17 mars 1998, *D.* 1998, IR, p. 100 (désignation d'une compétence générale américaine dans le déclinatoire) ; Com. 25 nov. 1997, *RCDIP* 1998, p. 98 rapp. J.-P. Rémy (désignation d'une compétence générale chinoise successive à une clause attributive de compétence dans le déclinatoire) ; Soc. 17 mars 1998, *JCP* 1998, I, 173, obs. L. Cadet, et II, 10127, note E. Kerchove. Plus récemment, et très clair sur ce point, Orléans, 6 mai 2003, *RCDIP* 2004, p. 139, note H. Gaudemet-Tallon et 14 déc. 2007, *RCDIP* 2008, p. 311, note H. Gaudemet-Tallon. *Contra* Soc. 22 janv. 1992, *RCDIP* 1992, p. 511, note H. Muir Watt (désignation de « la juridiction compétente de Buenos Aires » insuffisante mais qui reconnaît cependant en la matière un pouvoir d'appréciation aux juges du fond). V. déjà Paris, 4 févr. 1964, (*D.* 1964, p. 497, note G. Brulliard ; *RTD Civ.* 1964, p. 788, obs. P. Hébraud) dans lequel la Cour, faisant référence à l'article 11 de la Convention franco-italienne du 3 juin 1930, considère que le demandeur au contredit a satisfait à l'obligation visée par l'article 169 C.P.C. en ne revendiquant que la compétence des tribunaux italiens dans leur ensemble.

<sup>1433</sup> *Contra* G. BOLARD, *Essai sur l'application judiciaire du droit international privé*, thèse Dijon 1968, p. 336. L'auteur avance principalement deux arguments. Le premier tient à l'impossibilité de garantir une interprétation identique de la règle uniforme à l'étranger. L'argument tient cependant moins à la motivation du contredit qu'à la portée de la décision d'incompétence qui suivrait, il nous semble nécessaire de l'écarter. Le second argument porte sur le danger de poser une telle condition de recevabilité du contredit d'incompétence puisqu'elle jouerait alors quand le juge compétent est juge d'un Etat qui a traité avec la France et non quand il s'agirait d'un juge d'un autre Etat. Il est vrai que les solutions respectives auxquelles amènent le raisonnement ici défendu peuvent paraître paradoxale : l'exigence de motivation supérieure en matière de règles de compétence uniforme entraîne un plus grand risque de rejet de l'exception d'incompétence face à une règle uniforme internationale que face à une règle de droit commun. L'argument est de poids, mais il nous semble devoir être retourné : quel est l'utilité d'une obligation de motivation du contredit s'il fallait l'assouplir parce qu'il existe une véritable organisation de la concurrence juridictionnelle ? En réalité, l'argument est là encore finaliste et porte sur la solution à la question de compétence, qui relève d'un autre problème : celui de l'office du juge. Si l'enjeu est si important, il faut contraindre le juge, quel que soit le contredit, à se déclarer incompétent dans ce cas. Or, on l'a vu, ceci n'est pas la conception que le droit se fait du caractère obligatoire de ces règles, v. *supra* n° 617s.

75 C.P.C. lorsque l'incompétence est due à l'application d'une règle conventionnelle désignant dans l'espèce le juge belge du domicile du commerçant<sup>1434</sup> ou bien plus clairement encore lorsque l'on se fonde sur le choix exprès des parties, que ce soit pour une juridiction étrangère<sup>1435</sup> ou pour une juridiction arbitrale<sup>1436</sup>. Sans doute, cette solution ne se justifie qu'au regard des seules règles de compétence uniforme. Dès lors, dans la mesure où la plupart des systèmes internationaux de compétence ne traitent pas de la compétence *ratione materiae* des juridictions, on ne saurait pousser la rigueur jusqu'à exiger des parties qu'elles s'expriment dans ce cas sur ce dernier élément de la compétence étrangère<sup>1437</sup>. De même, il n'y a rien à changer à cette jurisprudence dès lors que la règle dont on fait application pour contester la compétence de tel juge français est une règle de compétence générale qui ne désigne pas le juge spécialement compétent dans l'ordre juridictionnel désigné. On en revient donc à la règle d'interprétation proposée plus haut. Si l'ordre juridique français contient une règle de compétence uniforme permettant de désigner la juridiction compétente (géographiquement, voire matériellement) ou, du moins, l'ordre juridique compétent, il faudrait déduire de l'article 75 C.P.C. l'obligation imposée au demandeur au contredit de déterminer la juridiction<sup>1438</sup> ou l'ordre juridictionnel qu'il estime compétent<sup>1439</sup>.

---

<sup>1434</sup> Ainsi la solution rendue par Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janv. 1990 précitée.

<sup>1435</sup> Réciproquement, la solution rendue dans l'arrêt du Com. 25 nov. 1997, précité, nous semble parfaitement compréhensible. Dès l'instant où les parties avaient élu la juridiction chinoise comme juge de leurs rapports contractuels, il n'était pas nécessaire d'aller au-delà et d'exiger des précisions : le risque de manœuvre dilatoire était évincé, et la présence d'une partie chinoise agissant en Chine était de nature à écarter le doute sur le risque d'un déni de justice.

<sup>1436</sup> En ce qui concerne l'arbitrage, la désignation de la juridiction arbitrale n'appelle pas vraiment de précision. Les juges ont surtout eu à résoudre le problème de désignations alternatives (contredit en faveur de l'arbitrage, à défaut en faveur d'un autre juge). À ce sujet, la jurisprudence est assez byzantine. Si, en effet, la détermination d'une juridiction compétente et d'une juridiction nationale subsidiairement compétente est interdite (Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 janv. 2007, *D.* 2007, p. 513), en revanche la désignation *alternative* d'une juridiction judiciaire et d'une juridiction arbitrale serait possible (Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janv. 1996, *Rev. arb.* 1996, p. 621, note L. Cadiet) tant que cette désignation est concomitante ou au moins que la compétence arbitrale est soulevée avant la compétence juridictionnelle (Civ. 2<sup>ème</sup>, 11 mars 1999, *Rev. arb.* 1999, p. 853, obs. J. Pellerin). Cette solution, pour étrange qu'elle apparaisse, s'explique par le fait qu'un litigant peut très bien tout à la fois relever l'existence d'une clause d'arbitrage et l'incompétence, territoriale par exemple, du tribunal saisi. Autant vider le litige de toutes ses potentielles chicanes d'entrée de jeu. On se permettra, cependant, de ne pas aller aussi loin que les deux commentateurs des arrêts précités, qui voient dans ces décisions des exceptions au jeu de l'article 75 C.P.C. : il ne s'agit que d'admettre les désignations alternatives, pas de libérer les parties de l'obligation de désigner au moins une juridiction compétente. Quoiqu'il en soit, la solution ne se justifie pas si l'on admet, comme nous l'avons fait précédemment, la similarité des rapports des juridictions judiciaires et administratives avec celui que les juridictions judiciaires entretiennent avec les juridictions arbitrales.

<sup>1437</sup> Là encore, cependant, la même logique oblige les parties à l'indiquer lorsque l'ordre juridique français leur donne la réponse, par exemple avec le Règlement n° 207/2009 sur la marque communautaire.

<sup>1438</sup> Réciproquement, d'ailleurs, le juge ne saurait s'exonérer de répondre à un déclinatoire de compétence qui, contestant le mauvais emploi d'une règle de compétence internationale, aboutit à la désignation d'une autre juridiction française. L'arrêt de la Chambre sociale du 27 janvier 2010, dans lequel la Cour de cassation a rejeté le moyen tiré notamment de la violation du Règlement n° 44/2001 alors que ce dernier désignait le tribunal de grande instance de Nanterre en énonçant que « la société Socficom, qui se bornait, sans discuter les règles de compétence territoriale interne, à revendiquer la compétence d'une juridiction étrangère, est irrecevable à contester la compétence territoriale du conseil de prud'hommes de Paris », Soc. 27 janv. 2010, *JCP S* 2010, n° 18, comm. 1179 par N. Nord. Dès lors que la compétence territoriale n'est qu'une conséquence de la règle de compétence (spéciale) internationale, le tribunal comme la Cour d'appel ne pouvait se réfugier derrière le fait que la défenderesse

## **B) Désignation dans la décision**

629. Une fois admise l'exigence de la désignation du juge compétent par le demandeur à l'exception d'incompétence à chaque fois que ce juge peut-être déterminé par des règles applicables dans l'ordre français, il faut s'interroger sur la portée de cette conclusion sur l'office du juge. Le juge a accès aux mêmes règles de compétence que les parties ; il en est même le destinataire. Il faut en déduire l'obligation pour le juge incompetent, lorsque cette incompétence est intrasystémique, de désigner la juridiction compétente, même étrangère (1). On y a autrefois opposé un argument d'ordre théorique : le risque que cela fait encourir à la reconnaissance d'un jugement rendu, par la suite, par une juridiction autre que celle désignée. Mais ce risque est quasi-inexistant (2).

### **1. Caractère obligatoire de la désignation**

630. **Fréquence de la désignation dans la jurisprudence.** La désignation d'un juge étranger compétent est un lapsus fréquent sous la plume de nos juridictions<sup>1440</sup>. La Cour de cassation elle-même n'est pas exempte de ce genre de réflexe lorsque, à l'occasion d'un recours par contredit, elle confirme l'incompétence de telle ou telle juridiction française en désignant le juge étranger compétent<sup>1441</sup>. Réflexe, lapsus, cette désignation n'est en tout cas, au regard de l'esprit du droit positif, rien d'autre qu'un *obiter dictum* sans grande portée juridique. L'article 96 al. 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile énonce en effet :

---

invoquait la mauvaise application des règles de compétence internationale pour refuser d'en tirer des conséquences sur la compétence territoriale.

<sup>1439</sup> On distinguera cependant cette règle concernant le déclinatoire de compétence de celle obligeant le demandeur à un contredit de motiver sa demande (article 82 C.P.C.). Selon cette dernière, en effet, la désignation de la juridiction compétente n'est pas essentielle. V. en dernier lieu Soc. 31 mai 2011, inédit, n° 10-24751 : « *Mais attendu que, dès lors qu'il comporte une motivation, le contredit est recevable ; qu'ayant retenu que M. X... demandait dans le dispositif du contredit de déclarer le juge français compétent et faisait valoir dans les motifs de ce même contredit qu'il exécutait son contrat de travail en France, la cour d'appel en a exactement déduit, hors toute dénaturation et sans relever un moyen d'office, que le contredit était motivé au sens de l'article 82 du Code de procédure civile et dès lors recevable ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches* ».

<sup>1440</sup> La Cour de cassation ne semble toutefois pas encline à se lancer dans une campagne de cassations disciplinaires sur ce genre d'énonciation. V. par exemple, Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 févr. 2010, n° 08-20141 (« *Attendu que par une appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a estimé, d'une part, que les véhicules litigieux appartenaient à Georg X..., d'autre part, que Mme X... avait encaissé le prix du bateau acheté par M. B... ; ensuite, qu'ayant seulement pris en considération l'estimation du mobilier homologuée par un jugement du 26 juin 1989, et constaté que la liquidation du surplus de la succession était de la compétence des tribunaux allemands, elle n'avait pas à faire les recherches prétendument omises* ») ou Com., 8 janv. 2008 (JDI 2009, p. 184, note O. Cachard) qui ne casse pas la décision au visa de l'article 96 malgré la formulation de l'arrêt d'appel qui a déclaré « *la cour d'appel de Versailles territorialement incompétente au profit du tribunal de première instance d'Anvers* ». Un arrêt plus ancien avait d'ailleurs noté que ce chef de dispositif étant inopérant, il n'y avait pas d'intérêt pour le demandeur à en demander cassation (Com., 11 juil. 1977, Bull., n° 197 ; Gaz. Pal. 1977, 2, Pan. 327). Un exemple récent de sanction peut toutefois être trouvé dans un arrêt de la Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 2012 (Procédures 2012 n° 7, p. 8, obs. R. Perrot). Dans cet arrêt, la plume de la Cour d'appel avait fourché jusqu'à ordonner le renvoi du dossier à la juridiction suisse.

<sup>1441</sup> V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2007, n° 06-14402 (« *de sorte qu'elle a pu considérer que les services exécutés qui constituaient une opération unique, ayant été fournis à Londres, les juridictions anglaises étaient compétentes en application de l'article 5 § 1 b) du Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000 (Bruxelles I)* »).

*« Lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir.*

*Dans tous les autres cas, le juge qui se déclare incompetent désigne la juridiction qu'il estime compétente. Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi ».*

La remarque pourrait paraître triviale, mais il est important de noter tout d'abord que l'article opère un *distinguo* entre incompetence domestique et incompetence étrangère<sup>1442</sup>, pas entre incompetence interne et incompetence internationale. Un juge français incompetent sur le fondement d'une règle transnationale uniforme, comme l'article 5 point 1 du système Bruxelles I, sera dans l'obligation de renvoyer au juge compétent si cette même règle désigne en réalité un juge français. En revanche, lorsque le litige ne relève de la compétence d'aucune juridiction française, il « renvoie les parties à mieux se pourvoir ». On ne saurait mieux dire qu'il ne renvoie pas les parties à se pourvoir auprès d'un juge en particulier<sup>1443</sup>.

**631. Première raison du lapsus, la structure distributive de la règle de compétence.** On peut trouver deux explications, mi-juridiques, mi-psychologiques, à ces « lapsus ». Tout d'abord, le juge français *peut* déterminer le juge compétent, au sens où il le connaît. Dès lors qu'il applique les règles de compétence d'un système de source internationale, la détermination du juge compétent sera la conséquence même de la détermination de son incompetence. En particulier, lorsque la règle est bilatérale, c'est même l'inverse qui se produit : il ne peut décider qu'il est incompetent *que s'il a déterminé* quel était le juge compétent, et que ce n'était pas lui-même, mais un autre. Typiquement, le juge appliquant l'article 5-3 du Règlement n° 44/2001 doit déterminer où se localise le « dommage », rattachement retenu par cette règle. En déterminant le lieu de

---

<sup>1442</sup> C'est-à-dire entre l'incompétence due à la compétence d'une juridiction française et celle due à la compétence d'une juridiction étrangère. Sur le terme « domestique », v. *supra*, n° 290.

<sup>1443</sup> Contrairement à l'article 92 C.P.C., qui est en contradiction flagrante avec l'article 1448 du même Code (anciennement 1458), l'article 96 du même Code interdisant au juge de désigner l'arbitre semble en relative conformité avec ce dernier. Celui-ci dispose en effet qu'en présence d'une clause compromissoire (et sauf, si le tribunal arbitral n'a pas encore été saisi, si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable), le tribunal « *se déclare incompetent* ». Rien n'indique donc que, ce faisant, il pourrait renvoyer les parties à l'arbitrage. C'est parce que la solution est en réalité de bon sens, sinon parfaitement claire. L'article 1448 du Code de procédure civile, en effet, pose moins une question de compétence qu'une règle de priorité : l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Selon cette règle, le juge, s'il est saisi en premier, doit renvoyer la question de la compétence au tribunal arbitral. Ce n'est pas que le juge est définitivement privé de toute compétence sur ce litige. La décision du tribunal arbitral pourra être contestée ; simplement, elle ne sera traitée que par la voie d'une annulation ou d'un refus d'exequatur de la sentence qui tranchera cette question. Dans l'affirmative, le juge retrouvera sa compétence.

Le choix est d'opportunité. Plutôt que de permettre de régler la contestation au plus vite, on souhaite assurer l'effectivité de la procédure apparemment choisie par les parties en imposant dans un premier temps la compétence arbitrale ; ne serait-ce que pour y revenir ensuite. D'ailleurs, les dizaines de censures opérées par la Cour de cassation depuis des années à ce sujet ne semblent pas encore avoir permis d'assurer l'obédience des cours d'appel si l'on en juge aux statistiques récentes (E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international, *Rev. arb.* 2007, p. 697). En outre, à ce stade de la procédure, il ne s'agit pas pour le juge de déterminer le tribunal qui puisse répondre à cette question. Ce serait en quelque sorte préjuger partiellement de ce que l'on a souhaité réserver en priorité, à tort ou à raison, au tribunal arbitral. Pour ces deux raisons, il n'apparaît ni logique, ni utile de contester le jeu de l'article 96 C.P.C. qui, sur ce point, s'explique parfaitement

réalisation de ce dommage, il détermine par voie de conséquence quel est le juge compétent : sa propre incompétence potentielle n'est qu'une conséquence seconde de la règle<sup>1444</sup>. Une décision d'incompétence nécessite donc, dans ce cas, la détermination d'une autre juridiction compétente. Incompétence du juge français et compétence du juge étranger sont alors les deux faces d'une même pièce. Trouver la cause de ces désignations dans le fonctionnement de la règle ne suffit toutefois pas à en modifier la portée. *A priori*, l'affirmation de la compétence d'une juridiction étrangère reste purement indicatif.

**632. Seconde raison du lapsus, l'identité de situation de l'incompétence interne.**

Ensuite, une autre raison de ce « lapsus » tient au fait que le juge en a même l'obligation en droit interne. Si l'article 96 al. 1<sup>er</sup> C.P.C. empêche en effet le juge français de renvoyer à un juge étranger (ou administratif ou arbitral), le second alinéa indique en revanche que dans toute autre hypothèse, il doit renvoyer les parties à se pourvoir auprès du juge compétent *qu'il désigne*. Le mécanisme élaboré par le décret de 1972 oblige donc le juge incompétent à désigner, dans sa décision d'incompétence, le tribunal vers lequel les parties doivent se tourner. Cette décision de désignation d'un pair est d'ailleurs obligatoire tant pour les parties que pour le juge ainsi désigné, quelle que soit d'ailleurs la validité de cette désignation<sup>1445</sup>. Ce dernier juge doit, s'il n'y a pas eu recours d'une partie (ou très éventuellement du procureur pour l'intérêt de la loi), reconnaître la compétence que lui impose l'autre juge. Et si recours il y a, la cour d'appel a de même le pouvoir de renvoyer les parties à se pourvoir devant la juridiction qu'elle désigne. Pour ces deux raisons, le lapsus de désignation s'explique facilement.

**633. Rationalité du lapsus.** Envisagées dans le cadre des systèmes internationaux de compétence, ces deux raisons devraient en réalité non seulement justifier le lapsus, mais aussi sa valeur normative. En leur sein, l'effet de frontière devrait en effet être neutralisé dès lors qu'il est seul à s'y opposer, sans autre justification. Or, si l'on écarte un instant le texte de l'article 96 C.P.C. pour chercher la rationalité de la mention portant sur la compétence internationale, on ne saurait la trouver ailleurs que dans l'idée de la séparation des ordres juridictionnels par des frontières étatiques<sup>1446</sup> ou de l'assimilation de la compétence à un pouvoir<sup>1447</sup>.

Le « renvoi à mieux se pourvoir », on l'a vu, est parfaitement fondé lorsque la compétence relève des juridictions répressives ou administratives : il s'agit de

---

<sup>1444</sup> On pourrait sans doute imaginer que le juge se satisfasse de vérifier que le rattachement ne se produit pas dans son ressort. Mais il serait sans doute au moins sanctionné pour manque de base légale : la règle n'évoque pas *sa* compétence, mais *un* chef de compétence en général.

<sup>1445</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 14 déc. 1992, *D.* 1993. 186, obs. Julien (pour les parties), Civ. 2<sup>ème</sup>, 19 mars 2009, *Procédures* 2009, n° 148 par R. Perrot (pour le juge désigné).

<sup>1446</sup> V. par exemple l'attendu de l'arrêt du Civ. 2<sup>ème</sup>, 12 déc. 1973 cité *supra* n° 630, parlant de « *délimitation des souverainetés respectives* ».

<sup>1447</sup> V. ainsi, très clair, l'attendu de Paris, 14 févr. 1961, *JDI* 1961, p. 1080, obs. J.-B. Sialelli, rendu sous l'empire du décret de 1960 qui ne permettait le renvoi de compétence qu'aux seules juridictions d'appel : « *Considérant, au surplus, que l'article 169 du Code de procédure civile enjoint à la Cour d'appel d'indiquer la juridiction compétente qui est par la suite saisie obligatoirement et de plein droit et qui serait, en l'espèce, un tribunal allemand si l'exception d'incompétence soulevée par Koeberl était retenue ; Mais considérant qu'il est de l'essence de cette procédure que la Cour appelée à statuer ait juridiction sur les tribunaux inférieurs dont la compétence est discutée devant elle ; qu'un tel pouvoir n'appartient pas aux juges français sur les juridictions étrangères* ».

systèmes de compétence indépendants dont les tribunaux judiciaires, dans leurs formations civiles, ne sont pas destinataires. Ils ne sauraient donc en appliquer les règles, ne serait-ce même que pour déterminer leur compétence<sup>1448</sup>. La conclusion est aussi logique pour la compétence arbitrale : le système de compétence arbitral ne concerne en définitive que le juge national, le tribunal arbitral pouvant appliquer des règles différentes sur sa compétence<sup>1449</sup>. Le renvoi à mieux se pourvoir est ainsi justifié par le fait que le juge ne saurait désigner le juge compétent sans employer une règle dont il n'est pas destinataire. Or, cette situation n'est pas toujours vraie dans les hypothèses d'incompétence internationale. Elle l'est, bien sûr, lorsqu'aucune règle de compétence ne permet de déterminer un juge compétent parmi les différents juges partenaires au sein d'un système de compétence, en premier lieu un juge français. Le juge français ne saurait alors appliquer les règles étrangères de compétence. Toutefois, lorsque son incompétence *se déduit* de la compétence d'un juge étranger, partenaire au sein d'un système international de compétence, la justification n'a plus lieu d'être. Ainsi, lorsque le juge parisien, saisi en tant que tribunal du lieu du lieu du dommage sur le fondement de l'article 5-3 du Règlement Bruxelles I juge que la contrefaçon ne s'est pas réalisée en France mais en Allemagne, il sait qu'il est incompétent *parce qu'il a déterminé* qu'un autre juge des marques communautaires l'était en Allemagne. Refuser d'indiquer que le juge compétent est allemand procède alors d'une amputation du raisonnement juridique, amputation qui ne se justifie que par le fait que le juge soit celui d'un autre État. C'est cette idée, et elle seule, qui motive la neutralisation par l'article 96 al. 1<sup>er</sup> C.P.C. de ce qui n'est rien d'autre que *la solution* d'une règle bilatérale de compétence<sup>1450</sup>.

**634. Fondements de la désignation du juge étranger compétent.** Dans le paradigme classique, la compétence internationale relève de manière plus ou moins directe du pouvoir de l'État. Le juge ne pourrait interagir qu'avec des juges investis par le même ordre, du fait tant du monopole des États sur la justice que, réciproquement, de l'indépendance de ces États vis-à-vis des autres. Or, il faut d'abord relativiser la violation de l'indépendance de l'État étranger : la désignation de l'un de ses juges par un juge français n'aura d'autre valeur que celle qu'il voudra bien lui reconnaître<sup>1451</sup>. Ensuite, la territorialité du jeu des règles de compétence ne pourraient se fonder que sur la limitation des pouvoirs de l'État en la matière, une limitation qui ne se justifie plus dès lors que l'on a montré en première partie de cette étude que le pouvoir de justice n'est pas divisé entre les États et que la fonction juridictionnelle ne doit plus être considérée comme un monopole étatique<sup>1452</sup>. Dès lors que les États participent *ensemble* à un système international de compétence, au contraire, ils participent *tous* à la détermination de la compétence

---

<sup>1448</sup> V. *supra*, n° 478.

<sup>1449</sup> En outre, d'un point de vue pratique, le renvoi se ferait le plus souvent « à un tribunal arbitral » non encore désigné. Il serait peu utile.

<sup>1450</sup> On peut en prendre pour preuve la motivation des arrêts qui l'excluent. V. par exemple, et pourtant sur un problème de droit qui ne pouvait en être affecté, Civ. 2<sup>ème</sup>, 12 déc. 1973, cité *supra*, note n° 1430.

<sup>1451</sup> Cela relève d'une autre question, celle de la circulation des décisions d'incompétence v. *infra*. n° 648s.

<sup>1452</sup> V. pour cette démonstration le premier chapitre de cette recherche, *supra*, n° 23s.

de leurs juridictions respectives. Ces dernières peuvent donc se désigner les unes les autres, en s'affranchissant sur ce point des frontières étatiques. En réalité, et à ne considérer même que l'ordre juridique français, le juge français pourrait donc désigner, dans son jugement d'incompétence, la juridiction étrangère (ou internationale) qu'une norme de compétence uniforme désignerait.

**635. Incompétence intrasystémique, renvoi à une juridiction. Droit prospectif.** Si les fondements théoriques de la distinction incompétence interne/incompétence internationale de l'article 96 C.P.C. perdent de leur fermeté, on peut proposer de faire glisser la distinction des régimes de l'incompétence vers un équilibre plus stable, celui de la distinction incompétence intrasystémique/incompétence totale (ou extrasystémique). Dans cette dernière hypothèse, le juge français se reconnaît incompétent *parce qu'aucune règle de compétence en vigueur en France ne lui permet de déterminer un juge compétent*. Il ne peut alors que renvoyer les parties à mieux se pourvoir. Il s'agit de l'hypothèse très classique de l'impossibilité d'appliquer tant le droit commun que les privilèges de juridiction et ce en dehors du jeu de tout règlement européen ou convention internationale. En revanche, si le juge français se détermine incompétent *parce qu'une autre juridiction est compétente* par application d'une règle de compétence uniforme, le juge devrait donc renvoyer les parties à se pourvoir devant cette juridiction. La règle de compétence retrouverait là de sa normativité, de sa logique et, surtout, sa fonction contemporaine d'organisation transnationale de la justice.

## **2. Risque minime du refus de reconnaissance consécutif**

**636. Objection : la décision rendue en « violation » de la désignation.** On pourrait vouloir opposer deux objections à cette proposition. La première, pratique, consiste dans l'inutilité d'une décision qui ne saurait avoir d'effet que dans l'ordre juridique français. Cela tient à l'autorité internationale d'une telle décision et appelle des développements propres<sup>1453</sup>. La seconde objection lui est en réalité préalable parce qu'elle se joue dans l'ordre juridique français. Soulevé par un auteur dès la réforme de 1958<sup>1454</sup>, elle se devine dans la configuration suivante. Admettons qu'un juge français ait valablement désigné un juge moscovite (compétent au regard d'une règle uniforme, par exemple la Convention CMR que la Russie a ratifié) mais que le demandeur ait finalement assigné le défendeur devant un tribunal japonais, également compétent mais sur le fondement du droit commun japonais : que ferait le juge français si le demandeur revenait chercher exequatur en France d'une décision finalement rendue par le juge de Tokyo ? Le juge français ne serait-il pas

---

<sup>1453</sup> V. *infra* paragraphe suivant.

<sup>1454</sup> J.-B. SIALELLI, obs. sous Aix 20 oct. 1961 et Trib. com. Marseille, 16 mai 1961, *JDI* 1964, p. 110, spéc. p. 111 : « on peut penser qu'en cela la Cour d'appel d'Aix pousse trop loin son désir d'atteindre dans toute la limite du possible les buts voulus par le législateur. On conçoit mal la déclaration de compétence de la juridiction étrangère que celle-ci, bien sûr, ne serait pas tenue de respecter, et on devine l'embaras du juge de l'exequatur si une autre juridiction étrangère que la juridiction désignée avait finalement tranché le litige ». Adde. M. SIMON-DEPITRE, note sous Civ. 1ère, 6 juil. 1966, *RCDIP* 1967, p. 363, spéc. p. 367.

lié par sa propre décision désignant le juge russe et contraint, à ce titre, de refuser l'exequatur de la décision au titre de l'incompétence du juge d'origine<sup>1455</sup> ?

637. **Enjeu : prévisibilité d'une règle uniforme.** On pourrait estimer que le refus d'exequatur s'impose. Cependant, le risque pour les parties serait important. Alors même que la désignation s'impose en droit interne, on ne saurait l'affirmer avec autant de certitudes du droit d'autres États. La juridiction russe, dans l'exemple proposé, pourrait refuser de suivre l'analyse du juge français et s'estimer incompétente à son tour. On pourrait s'émouvoir de faire supporter ce risque d'incohérence aux parties alors même qu'elles devraient pouvoir *a priori* compter sur le système international. En réalité, toutefois ce risque est inexistant quelque soit le régime de reconnaissance de cette décision.
638. **Absence d'incompatibilité entre les deux décisions en droit commun.** Il faut préciser l'objection. En premier lieu, bien que la doctrine ait présenté l'argument sous la qualification d'autorité de chose jugée, le problème ne se situerait pas sous cet angle précis. Pour s'opposer à l'exécution du jugement en France, il faut en effet que l'une des parties soulève cette fin de non-recevoir particulière consistant dans l'identité de la décision étrangère avec une décision préalable dans l'ordre juridique français<sup>1456</sup>. Or, dans la mesure où le jugement français ne porterait que sur la compétence tandis que les dispositions du jugement étranger dont on rechercherait ensuite exécution (ou reconnaissance incidente) en France porteraient, elles, sur les aspects substantiels du litige, il ne saurait y avoir identité de cause. En droit commun, dès lors, l'autorité de chose jugée ne poserait aucun problème<sup>1457</sup>.
639. **Absence d'inconciliabilité des décisions au sens de Bruxelles I.** Si le juge étranger finalement saisi n'était pas le juge tokyoïte mais un juge polonais, il faudrait alors appliquer le Règlement Bruxelles I à la reconnaissance de sa décision. En ce qui concerne ce dernier texte, cependant, la solution serait identique. Il dispose en effet à son article 34 que

*« Une décision n'est pas reconnue si: [...] (3) elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État membre requis »*

La notion d'inconciliabilité est plus large que celle d'autorité de chose jugée. Le rapport JENARD consécutif à la Convention de Bruxelles notait ainsi que cela visait le risque de contrariété de décisions, ce qui ne revient pas exactement à l'identité de

---

<sup>1455</sup> B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 442.

<sup>1456</sup> L. CADIET et E. JEULAND, n° 730s., J. HERON et T. LE BARS, n° 349s.

<sup>1457</sup> Il faut toutefois réserver l'hypothèse prévue à l'article 95 C.P.C. qui énonce que « Lorsque le juge, en se prononçant sur la compétence, tranche la question de fond dont dépend cette compétence, sa décision a autorité de chose jugée ». Ainsi, si le juge français devait s'être prononcé sur l'absence de dommage en France, par exemple, pour justifier son incompétence dans une affaire de pollution maritime entre la Martinique et l'île-Etat de Sainte Lucie, dans les Caraïbes, il lui serait difficile de reconnaître par la suite un jugement saint-lucien consécutif octroyant dans la même affaire des dommages-intérêts pour la pollution de la côte sud de l'île française. Mais on voit immédiatement que le problème ne serait pas spécifique au choix du juge saint-lucien de se reconnaître compétent, quand bien même le juge martiniquais aurait précédemment localisé la pollution aux Barbades.



fait et de cause<sup>1458</sup>. La Cour de Justice a toutefois précisé cette notion dans le sens d'une restriction des hypothèses d'inconciliabilité. Dans l'arrêt *Hoffmann* du 4 février 1988, elle l'a définie comme la situation dans laquelle les décisions en cause « entraînent des conséquences juridiques qui s'excluent mutuellement »<sup>1459</sup>. Or, pour s'exclure mutuellement, il faut qu'il y ait un rapport de cause à effet entre les statuts et effets consacrés par les décisions. Par exemple, dans l'arrêt *Hoffmann*, si les causes des deux arrêts étaient en effet différentes (lien conjugal d'une part, obligation alimentaire de l'autre), la solution de la seconde (obligation alimentaire) dépendait en principe substantiellement de la solution de la première (lien conjugal). Cela ne saurait exister entre une décision sur la compétence et une décision sur le fond : le fait que tel juge étranger soit compétent ou incompétent ne préjuge en rien, juridiquement en tout cas, de la solution donnée au fond<sup>1460</sup>. On ne saurait donc opposer le critère de l'inconciliabilité de décision tirée d'un jugement français sur la compétence à la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement européen prononcé sur le fond<sup>1461</sup>.

640. **Critère de compétence indirecte : Règlement Bruxelles I.** En second lieu, cependant, on pourrait envisager un conflit à un autre niveau que l'incompatibilité ou l'inconciliabilité du jugement étranger : celui du critère de reconnaissance des jugements portant sur la compétence indirecte du juge étranger. La décision française d'incompétence désignant le juge étranger pourrait alors être un obstacle en ce qu'elle fixerait pour l'avenir le juge indirectement compétent (moscovite, dans notre exemple), condamnant toute décision d'un autre juge étranger au refus de reconnaissance et d'exequatur. Il faut ici encore aborder successivement droit européen puis droit commun.

Pour le règlement n° 44/2001, l'article 35, alinéa 3 interdit en principe de procéder au contrôle de la compétence de la juridiction dont est originaire le jugement. La désignation antérieure, dans l'ordre juridique français, de la juridiction compétente ne poserait donc aucun problème, puisqu'elle ne pourrait servir de critère de

<sup>1458</sup> Rapport Jenard, p. 45.

<sup>1459</sup> *Adde.* H. GAUDEMET-TALLON, n° 420.

<sup>1460</sup> Il ne semble pas qu'il y ait eu de décision adressant directement ce type de problème. Cependant, deux décisions, en France et en Italie, ont jugé compatible la reconnaissance de décisions prises au fond par des juridictions allemandes alors même que des décisions provisoires avaient été rendues dans les pays respectivement requis. Dans la première (Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1996, *Bull. civ.* I, n° 201), une société avait initié un contentieux pour obtenir l'inopposabilité à son égard de lettres de change endossées sans son autorisation et escomptées par une banque. La banque, plus rapide, avait agi en Allemagne pour obtenir paiement des lettres de change. Le juge français avait alors sursis à statuer puis exequaturé la décision pourtant rendue par le juge allemand en violation des règles de litispendance de la Convention de Bruxelles puisque ce dernier, saisi en second, aurait dû à tout le moins surseoir à statuer le temps que le juge français se prononce. Sur recours, les juges d'appel puis de cassation jugèrent qu'il ne saurait y avoir d'inconciliabilité entre une décision de sursis à statuer et une décision sur le fond.

Dans la seconde, la *Corte di cassazione* a dû se prononcer sur l'effet de l'ancien article 27 al. 3 de la Convention, ancêtre de l'article 34, sur la reconnaissance d'une décision du Tribunal de commerce de Munich rendue après une décision italienne reconnaissant la compétence des tribunaux de cet Etat (*Corte di cassazione*, 12 nov. 1994, *Riv. dir. int. priv. e proc.* 1995, p. 732). Jugeant que l'effet d'un recours préventif sur la compétence, par ailleurs encore soumis à une instance d'appel, n'était pas inconciliable avec un jugement étranger sur le fond, la *Corte* considéra qu'il n'y avait pas d'inconciliabilité de décision au sens de l'article 27.

<sup>1461</sup> En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, *Ibid.* ; J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *J.-Cl. Europe*, fasc. 3040, n° 174s. ; S. FRANCO, *in* U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, Art. 34, n° 68.

contrôle. Admettons par exemple que, dans une affaire opposant un demandeur français à un défendeur au domicile imprécis, le juge français considère que le juge de l'État du domicile du défendeur (article 2 du Règlement) est le juge anglais et que plus tard, par application de son propre droit interne suivant l'article 59 du même Règlement, le juge d'Amsterdam se déclare compétent et tranche le litige. Plus tard encore, le défendeur, ayant obtenu des dommages et intérêts pour une procédure abusive, agit en exécution de ce jugement en France. Le juge français pourrait alors hésiter à exécuter le jugement d'un tribunal néerlandais qu'une décision française précédente n'avait pourtant pas considéré comme compétent. Pour autant, rien dans les articles 34 et 35 du Règlement ne lui permettrait d'accueillir la défense que pourrait y trouver la partie condamnée : la compétence indirecte n'est en principe pas vérifiée pour la reconnaissance du jugement du tribunal d'un État-membre. Le jugement d'un tribunal polonais, dans l'exemple choisi, ne souffrirait donc pas de l'existence d'une précédente décision française désignant le juge moscovite : il pourra être reconnu en France.

Il faut sans doute noter que, par exception, au sujet des compétences exclusives et en matière de litiges d'assurance ou de consommation, le Règlement Bruxelles I autorise le juge requis à vérifier la compétence du juge premier saisi<sup>1462</sup>. Dans ces hypothèses, la désignation d'un juge compétent par le juge français pourrait alors être prise en compte, sous l'angle de l'interprétation de cette règle, pour juger de la régularité du jugement étranger européen. Mais, dans ce cas, la solution n'apparaît pas choquante. Si le litige est resté à l'identique, le juge français se sera alors prononcé sur le fondement même des règles qui empêchent par la suite justement la reconnaissance du jugement : le jugement étranger aurait par hypothèse violé cette règle, le refus de reconnaissance paraît tout à fait légitime. La dernière nuance à apporter serait le cas, certainement très marginal, où le juge étranger se serait reconnu compétent pour la simple raison que sa propre interprétation des règles uniformes de compétence diffère de celle qu'a retenue le juge français. On en a vu l'hypothèse, mais on en avait aussi vu la solution : il faut alors faire prévaloir le jugement étranger<sup>1463</sup>.

**641. Critère de compétence indirecte : droit commun.** Il faut ensuite considérer le droit commun de la reconnaissance des jugements, pour le jugement du tribunal de Tokyo dans notre exemple<sup>1464</sup>. En droit commun de la reconnaissance, le critère est celui posé par l'arrêt *Simitch* du 6 février 1985<sup>1465</sup>. Il faut mais il suffit, pour vérifier la condition de compétence du juge étranger à l'origine de la décision, que « *le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et [que] le choix de la juridiction [n'ait] pas été frauduleux* » dès lors, enfin, « *que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français* ». Cependant,

---

<sup>1462</sup> Article 35, alinéa 1. L'article 45 du règlement de refonte n° 1215/2012 reprend les mêmes considérations en précisant que, dans le cas de litige comportant une partie faible, le caractère exclusif des compétences protectrices ne joue que dans le cas où le défendeur était une partie faible : assuré, consommateur ou salarié.

<sup>1463</sup> V. *supra* n° 577.

<sup>1464</sup> V. *supra*, n° 638.

<sup>1465</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 févr. 1985, *RCDIP* 1985, p. 369 et p. 243 chron. Ph. Francescakis ; *JDI* 1985, p. 460 note A. Huet ; *D.* 1985, p. 469, note J. Massip et I.R. p. 497 obs. B. Audit ; *Grands Arrêts* n° 70.

ces trois conditions venaient entériner « *la rupture conceptuelle entre les compétences directe et indirecte* »<sup>1466</sup> à laquelle invitaient tant le droit comparé<sup>1467</sup> qu'une doctrine convaincante<sup>1468</sup>. Il n'est pas évident que la faculté de désignation du juge étranger compétent ne réinstalle pas ici une certaine confusion des deux logiques.

**642. Le problème du lien caractérisé.** La condition d'absence de compétence exclusive des juridictions françaises ne soulève aucune difficulté : dès lors que le juge français, par hypothèse, a renvoyé à un juge étranger, on voit mal comment il pourrait ensuite sans se contredire affirmer être exclusivement compétent dans l'affaire en cause. Quant à la fraude au jugement, ensuite, il faudrait démontrer une manipulation manifeste des rattachements de compétence pour obtenir un jugement que l'on n'aurait pu avoir par le juge français. Bien que cette notion soit éminemment floue, la fraude ne saurait être caractérisée par *le simple fait* d'obtenir le jugement d'un juge différent de celui qui était visé par la règle uniforme de droit français. Cela pourrait tout au plus permettre de déceler un indice de fraude. Reste, pour finir, le critère particulièrement large du « lien caractérisé ». Or, dans une telle configuration procédurale, ce lien caractérisé peut revêtir deux aspects différents selon que le « lien » est un chef de compétence extérieur au système sur lequel le juge français s'était fondé dans sa décision d'incompétence ou que le juge étranger s'est prononcé en violation d'un tel système.

**643. « Violation » de la désignation par une compétence tierce.** Notre exemple du jugement tokyoïte (rendu en « violation » de la désignation française d'un tribunal russe) correspond à la première situation. Le Japon n'est pas partie à la Convention CMR, et le juge tokyoïte ne saurait appliquer les règles de cette convention. Il se serait, dès lors, déclaré compétent sur le fondement de son propre droit commun, ou peut être d'une convention internationale à laquelle la France, en tout cas, ne serait pas partie. Admettons, par exemple, que Tokyo était la destination finale de la marchandise et que le transporteur routier russe, responsable de la partie du transport qui s'arrêtait à Moscou, y avait été condamné solidairement avec le commissionnaire de transport japonais qui l'avait appelé en garantie. La décision japonaise obtenue, admettons enfin que le juge strasbourgeois soit requis d'ordonner la saisine de certains biens de la société russe dans son ressort : devrait-il opposer au demandeur l'incompétence indirecte du juge japonais ?

La réponse négative nous paraît s'imposer. Dans cette hypothèse, le fait que le tribunal de commerce de Strasbourg ait pu, par l'intermédiaire de la Convention CMR, déterminer *un* juge compétent n'implique pas que tout autre juge dans le monde devienne incompétent à ses yeux. Or, en l'espèce, il est peu probable que le juge strasbourgeois ne trouve aucun lien entre ce tribunal japonais et le litige. Après tout, l'un des défendeurs était japonais, le lien caractérisé est bien démontré. En réalité, on peut généraliser cette affirmation : il n'y a pas de raison d'opposer *par*

---

<sup>1466</sup> Ph. FRANCESKAKIS, « Compte-rendu de la thèse de D. Holleaux », *RCDIP* 1972, p. 529, spéc. p. 532.

<sup>1467</sup> House of Lords, *Indyka*, 23 mai 1967, *JDI* 1969, p. 132 note K. Lipstein et Ph. FRANCESKAKIS, « Un bond de la jurisprudence anglaise en matière de reconnaissance des décisions étrangères », *RCDIP* 1969, p. 601.

<sup>1468</sup> D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz 1970.

*principe* à la décision d'une juridiction tierce un jugement français désignant un juge étranger compétent. L'important reste dans ce cas la caractérisation du lien selon la jurisprudence *Simitch*. Encore faut-il, cependant qu'il s'agisse bien d'une juridiction tierce au système de compétence.

**644. Violation d'une règle uniforme de compétence.** On peut en effet prendre un exemple différent pour illustrer cette dernière affirmation. Imaginons un litige entre les deux mêmes sociétés sauf que le demandeur, fuyant encore le juge russe pourtant désigné par le juge français, lui préfère le tribunal de Kiev, en Ukraine. Kiev aurait été le lieu de perte de la marchandise, par exemple. Le juge strasbourgeois, encore une fois requis d'exécuter la décision dans son ressort, pourrait plus légitimement s'inquiéter d'une telle décision. En effet, l'Ukraine a aussi ratifié la Convention CMR. La décision ukrainienne, dès lors, aurait été rendue en violation de l'article 31 de cette convention qui ne retient pas ce chef de compétence. Cette violation entraînerait-elle l'absence de « lien caractérisé » au sens de la jurisprudence *Simitch* ?

La solution, cette fois-ci, nous semble devoir être positive. En effet, la critique de l'extension des solutions de la compétence directe à la compétence indirecte se fonde sur deux idées : l'une est l'absence de coordination des ordres juridiques en matière de compétence<sup>1469</sup>, l'autre, l'existence concrète d'une décision étrangère qui modifie de beaucoup le rapport du juge à sa compétence<sup>1470</sup>. Or, dès l'instant où la décision du juge étranger a été rendue en violation d'une règle qui lie tant le juge français que ce dernier juge, c'est bien une coordination internationale qui a été violée. Le premier volet de la distinction tombe. Ensuite, si l'existence concrète d'une décision étrangère modifie les termes d'un problème abstrait sur la compétence, l'existence concrète d'une décision française sur ce même problème de compétence rétablit l'équilibre du paradigme originel. Quelle « confiance » faire prévaloir alors que les deux décisions se prononcent sur le même fondement textuel, celle de la partie qui a obtenu le bénéfice de la première décision, ou celle, adverse, qui a obtenu le bénéfice de la seconde<sup>1471</sup> ? Si le premier fondement de la dissociation compétence directe et compétence indirecte est absent, et le second pour le moins douteux, il n'y a plus lieu de la faire jouer.

**645. Conclusion.** L'argument de l'autorité de chose jugée de la décision française ne paraît donc pas dirimant. Dans l'hypothèse où un droit spécifique de la reconnaissance s'applique, celui-ci est soit plus strict et justifie alors légitimement l'opposition d'une décision préalable d'un juge français sur la compétence, soit plus libéral et écarte alors tout danger de conflit de décisions. Quant au droit commun, il permettrait soit de protéger le bon emploi de systèmes de compétence dépourvu de règles de reconnaissance, soit au contraire de tolérer la diversité des droits de la compétence. En tous les cas, on voit donc que rien de choquant ne surgirait d'un

<sup>1469</sup> D. HOLLEAUX, *op. cit.*, spéc. n° 200s.

<sup>1470</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz 1973, n° 233.

<sup>1471</sup> Si le problème ressort d'une divergence d'interprétation, il n'y a pas plus lieu de faire droit à la seconde interprétation étrangère contraire à la précédente française qu'il n'y a de justification à refuser de faire droit à une premier jugement étranger se prononçant dans un sens différent de l'interprétation de la jurisprudence française, v., justement, le paragraphe suivant.

effet normatif de la désignation du juge compétent par un juge français incompetent sur le fondement d'une règle de compétence uniforme.

On avait cependant évoqué, au seuil de ces développements, une seconde difficulté plus pragmatique : le risque d'ineffectivité d'une telle désignation. Une telle objection appelle une réponse approfondie.

## Paragraphe 2) RECONNAISSANCE DES DECISIONS SUR LA COMPETENCE

646. **Problématique.** Le juge français devrait pouvoir désigner le juge étranger qu'il estime compétent au regard des règles uniformes qui les lient tous les deux. Si cette décision n'avait d'autre valeur que platonique, cependant, elle n'aurait qu'une utilité limitée : celle de fournir une opinion juridique, autorisée, sur l'application de la règle. L'avantage ne serait pas forcément nul pour les parties : de la même manière qu'il doit être possible de plaider de la pertinence du raisonnement contenu dans un jugement étranger devant le juge français, la motivation du jugement français devrait pouvoir être présentée au juge étranger<sup>1472</sup>. Toutefois, l'effet de la décision pourrait être bien plus concret : il suffirait pour cela que la décision appliquant une règle uniforme de compétence soit reconnue dans tous les pays partenaires de ce système, notamment celui du juge ainsi désigné compétent. Or, une jurisprudence, française mais aussi européenne, a laissé entrevoir cette possibilité.
647. **Enjeux.** La possibilité de reconnaître les décisions sur la compétence dans le cadre de systèmes transnationaux serait d'une double utilité. Elle aurait pour conséquence, d'une part, de centraliser le problème de la compétence internationale devant une seule juridiction ; cela permettrait tout à la fois l'économie des services judiciaires (pour les parties comme pour les États concernés) et la solution préventive d'éventuels conflits de compétence. Elle aurait la grande vertu, d'autre part, de promouvoir une certaine justice : la centralisation du débat obligerait en effet les plaideurs à purger rapidement le débat sur la compétence, évitant ainsi les manœuvres dilatoires qui tendent à asphyxier le plaideur impécunieux sous le coût de procédures répétées.
648. **Plan.** Si la reconnaissance des décisions prises en matière de compétence semble possible, pour les juges français en particulier, elle s'oppose là encore à des idées bien reçues en droit international privé. Il faut donc procéder prudemment. Quant au champ d'un tel mécanisme, on examinera les quelques décisions rendues par la Cour de cassation et la Cour de Justice de l'Union européenne qui commencent à faire jurisprudence. Quant à sa mesure, on en étudiera d'abord le principe (I) avant d'en voir la portée (II).

---

<sup>1472</sup> V. *supra*, n° 597s.

## I) Le principe d'une circulation des jugements sur la compétence

649. Le principe d'une circulation des jugements sur la compétence est rendu possible par l'idée même de système transnational de compétence et de règle uniforme : un jugement rendu sur le fondement d'une telle règle, en effet, porte sur une organisation publique, mais une organisation internationalement uniforme. Une telle décision doit pouvoir circuler à l'instar d'une décision de droit privé entre les États participant au système (A). La jurisprudence l'a à plusieurs reprises confirmé, précisant qu'une fois obtenu la reconnaissance, l'autorité de chose jugée obligeait le juge français à reconnaître compétent le juge désigné dans la décision (B).

### A) La levée de l'obstacle théorique : l'uniformité du droit public mis en jeu

650. La circulation des décisions de compétence est se fait selon la même méthode que celle qui vaut pour toutes les décisions juridictionnelles : la reconnaissance. C'est donc plus d'un obstacle théorique qu'il faut parler : la traditionnelle exception en matière de droit public. C'est elle qui fonde, à raison, le rejet de la reconnaissance des décisions de compétence étrangère (1). Toutefois, on a déjà évoqué l'ambiguïté du terme d'étranger dans le domaine de la compétence : au sein d'un système de compétence transnational, les décisions de juge étranger partenaire devraient pouvoir circuler, seules celles de juge tiers devraient être indifférentes (2).

#### 1. Le principe du refus de reconnaissance d'une décision de droit public étranger

651. **Nature d'un jugement rendu sur la compétence.** Le principe selon lequel les juridictions d'un État ne sauraient déterminer la compétence des juridictions d'un autre se traduit procéduralement par l'interdiction de principe de reconnaître les décisions prises en matière de droit public. Cette branche du droit rassemble en effet les règles qui régissent l'organisation de l'État, dont les juges étatiques sont par définition une émanation. Les décisions qui portent sur une telle question ont donc un caractère national très affirmé. Réciproquement, les juges nationaux ne devraient suivre d'autres commandements que ceux émanant de leur État d'appartenance. La doctrine internationaliste soutient ainsi classiquement que seules les décisions étrangères de droit privé, par opposition aux décisions administratives ou répressives, peuvent faire l'objet d'une circulation internationale<sup>1473</sup>.

---

<sup>1473</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, n° 714 ; B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 456, P. MAYER et V. HEUZE, n° 361, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 854. Comp. beaucoup plus nuancé, D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 237 et 239 ramenant les limites à la circulation aux décisions se prononçant sur « la sphère de compétence exclusive » de l'État d'origine.

652. **Evolution du droit positif.** Il est vrai que la seule nature publique de la question tranchée par la décision, qui est pourtant le critère de détermination de ce qui peut être reconnu ou non<sup>1474</sup>, ne suffit pas toujours à justifier le refus de reconnaissance. Le droit positif, en effet, n'est plus avare de décisions considérées en droit interne comme de droit pénal ou administratif reconnues au même titre que celles portant sur les matières civiles et commerciales<sup>1475</sup>. À chaque fois, il est apparu que donner effet à la décision ne violerait pas la souveraineté française, que ce soit pour exécuter une décision condamnant au paiement d'une créance étatique de source fiscale<sup>1476</sup> ou condamner au paiement d'une décision de *contempt of court* britannique<sup>1477</sup>. Il reste cependant que l'exécution de ces décisions n'engendre aucun bouleversement du jeu normal des institutions françaises : le juge français ne fait ici que prêter la main à l'exécution d'une créance comme il le ferait en droit civil. Si l'esprit de coopération qu'elle démontre est intéressant, elle est bénigne pour l'organisation étatique qui l'a mis en œuvre.
653. **Interdiction de principe de reconnaître un jugement étranger sur la compétence du juge français.** Il est vrai, au contraire, qu'admettre la reconnaissance d'une décision en matière de compétence, n'est en rien indolore pour l'État et ses organes. Il s'agirait en quelque sorte de faire droit à la désignation d'un organe étatique par l'organe d'un autre État, c'est-à-dire de laisser intervenir un juge étranger dans l'organisation de l'État du juge requis de reconnaître cette désignation. Cette question touche donc au cœur même du droit public, celui de l'organisation et de l'activité des différents organes de l'État, et l'on ne saurait admettre, en principe, qu'une décision de droit public étranger puisse être reconnue dans le for en bouleversant ainsi la réglementation de droit public de ce dernier. Autant a-t-on admis une certaine fongibilité des réglementations en matière de droit privé, autant celles qui interviennent dans le domaine du droit public paraissent ainsi limitées aux seuls organes qui sont issues de l'État de la décision. La décision étrangère qui désignerait le juge français ne devrait donc, en principe, avoir aucune valeur impérative pour ce dernier, de la même manière que la décision du juge français qui, se fondant sur l'article 42 C.P.C., désignerait le juge suisse, laisserait au mieux à sourire<sup>1478</sup>.
654. **Possibilité de prendre en considération des décisions de compétence étrangère.** À défaut de leur reconnaître pleine autorité, il faut toutefois reconnaître qu'il est parfois nécessaire de pouvoir prendre en compte les décisions de compétence étrangère. Lorsque par exemple un juge français est saisi d'un litige en

<sup>1474</sup> B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 513.

<sup>1475</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 239. On a vu par ailleurs avec l'arrêt *King Consult* que la compétence des juridictions administratives françaises pouvait être traitée par le système Bruxelles I, notamment en ce qui concerne des conventions de prorogation de for, v. *supra*, n° 520.

<sup>1476</sup> Dans un arrêt *Société Schenk Algérie* de 1983, la Cour de cassation a accepté l'exécution sur le territoire français d'une décision algérienne fixant la créance (de source fiscale) de la Banque d'Etat de ce pays sur une société française (Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 nov. 1983, *RCDIP* 1985, p. 100, note H. Batiffol.).

<sup>1477</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janv. 2009, *JDI* 2009, p. 1237, note F. Marchadier ; *D.* 2009, p. 2392, obs. S. Bollée et 1585, obs. *Gaz. Pal.* 28 nov. 2009, p. 35 note M.-L. Niboyet et G. CUNIBERTI, « Quelques précisions sur le régime de l'astreinte en droit international privé », p. 2 ; *Procédures* 2009, n° 5, p. 19, obs. R. Perrot ; *JCP* 2009, II, 10087, note D. Martel et act. 80 par E. Cornut.

<sup>1478</sup> V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janv. 2013, *JCP* 2013, doct. 519, obs. E. Jeuland ; *Gaz. Pal.* 12 avr. 2013, p. 38, obs. J. Morel-Maroger.

matière civile ou commerciale dans lequel un autre juge européen a déjà été saisi, la situation de litispendance impose au juge saisi en second, selon le Règlement Bruxelles I, de surseoir à statuer « *jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie* »<sup>1479</sup>. Bien que l'on s'interroge encore sur le type de décision attendu<sup>1480</sup>, c'est bien cette décision qui sera incidemment reconnue en France ou, du moins, prise en considération pour justifier le dessaisissement final, qu'elle soit de compétence ou d'incompétence par ailleurs<sup>1481</sup>. Le droit commun de la litispendance internationale appelle une prise en compte de la décision de compétence étrangère de la même manière<sup>1482</sup>, ne serait-ce que pour répondre à l'évaluation du critère du

<sup>1479</sup> Article 27 Règlement Bruxelles I. V. H. GAUDEMET-TALLON, n° 333s. ; R. FENTIMAN *in* U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, art. 27, n° 24s. La règle est assez fréquente, on la retrouve dans la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for, à l'article 6 *litt.* a (le juge non élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir sauf si « *le juge élu a décidé de ne pas connaître du litige* ») ou dans les principes de l'International Law Association, *Leuven/London Principles on Declining and Referring jurisdiction in civil and commercial cases*, art. 4.1: « *Where proceedings involving the same parties and the same subject-matter are brought in the court first seized shall suspend its proceedings until such time as the jurisdiction of the court first seized is established, and not declined under this Principle, and thereafter it shall terminate its proceedings* ». Si les principes de l'Association de droit international n'ont pas un caractère obligatoire, ils n'en retiennent pas moins de même la prise en compte d'une décision sur la compétence. V. à leur sujet C. McLACHLAN, *Lis Pendens in International Litigation*, Martinus Nijhoff Pub. 2009, spéc. p. 439s.

<sup>1480</sup> Le 19 décembre 2012, dans l'affaire *Cartier Parfums-Lunettes*, la Cour de cassation a renvoyé une question préjudicielle à la Cour de justice aux fins de savoir si l'expression « *lorsque la compétence est établie* » s'applique aussi à l'hypothèse selon laquelle la compétence du premier juge n'a pas été contestée ou que le tribunal premier saisi a retenu sa compétence « pour toute cause que ce soit, notamment l'épuisement des voies de recours » (pourvoi n° 11-19516 ; Aff. C-1/13, décision non encore rendue par la Cour de justice). Il fait peu de doute, au regard des développements de la jurisprudence de la Cour de justice et du texte lui-même, que cette dernière réponde par la négative. Tout d'abord, les décisions antérieures du type *Overseas Union Insurance* (CJCE 27 juin 1991, Aff. C-351/89, *RCDIP* 1991, p. 769, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1992, p. 493, note A. Huet ; *Cah. dr. eur.* 1992, p. 655, note H. Tagaras), qui interdisait au juge second saisi d'étudier la compétence du premier juge en dehors de l'hypothèse où le second disposerait d'une compétence exclusive. La question n'est bien sûr pas directement identique, mais elle donne déjà une certaine orientation : celle du respect des procédures étrangères. Or, le problème de la litispendance n'est pas initié par une concurrence de compétences mais par la double procédure. Le critère de la concurrence de compétence ne sert qu'à poser une limite à la prise en compte d'une autre procédure. Dans la formulation même de l'article 27 du Règlement en sa forme actuelle, l'établissement de la compétence est ainsi moins une condition de la mise en œuvre de la litispendance que l'évènement qui va provoquer le dessaisissement du juge second saisi. Dans cet esprit, le fait que la compétence du premier juge n'ait pas été contestée ou que les voies de recours sur ce point aient été épuisés ne pose donc guère qu'un problème de moment (*quand* le juge second saisi doit-il se dessaisir ?), pas un problème d'effet (*si* le juge second saisi doit se dessaisir ?). Ensuite, le texte même du Règlement pousse à cette interprétation. En effet, si la compétence est bien en soi un problème de droit, elle n'est traitée par le droit que comme une exception, en ce sens que l'on met toujours en cause l'incompétence du juge. S'il n'y a donc pas eu établissement positif de la compétence du juge premier saisi parce que la question n'a pas été soulevée dans les délais légaux, elle est alors irréfragablement présumée (il ne s'agit bien sûr pas de preuve mais d'effet processuel). C'est précisément ce qu'évoque l'article 25 du Règlement, qui note d'ailleurs que cela ne saurait être mis en cause sinon hypothèse d'une compétence exclusive concurrente (d'ailleurs déjà visée dans *Overseas Union Insurance*). Dès lors, il faut en déduire que, si le juge second saisi n'a pas en principe le droit de vérifier la compétence du juge premier saisi, il n'a toutefois nul besoin de reposer cette question si ce dernier n'a pas eu à se prononcer sur cette question, et doit le considérer compétent (certainement dès l'instant du moins où les voies de recours sur ce point sont fermées... Intérêt supplémentaire, on le voit, à imposer de purger les débats sur la compétence dès la première instance et à fermer la possibilité aux juges de recours de soulever d'office l'incompétence au sens de l'article 92C.P.C.). *Adde.*, aux auteurs cités supra, J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *J.-Cl. Europe*, fasc. 3030, n° 88 ; M. SANTA-CROCE, *op. cit.*, spéc. p. 574.

<sup>1481</sup> V. en dernier lieu, par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 févr. 2010, *RCDIP* 2010, p. 769, note L. Usunier.

<sup>1482</sup> La justification d'une condition de la compétence du juge étranger également saisi est en effet bien mince, car elle retrouve les mêmes critiques que celles que l'on a pu faire à l'analyse de cette même compétence pour la reconnaissance du jugement qu'il aura rendu. Soit, en effet, on applique des critères français pour vérifier sa compétence mais l'on ne saurait employer d'autres critères que ceux de la reconnaissance des jugements, ce qui double la condition de réussite de l'exception de



« lien caractérisé » qui, depuis la jurisprudence *Simitch*<sup>1483</sup>, permet d'évaluer la compétence indirecte du juge étranger et donc, *in fine*, tant la possibilité de reconnaissance du jugement étranger que la mise en œuvre de l'exception de litispendance internationale<sup>1484</sup>. On a pris l'exemple de la litispendance. On aurait pu prendre encore celui de la connexité<sup>1485</sup>, de la validité d'une clause attributive de juridiction<sup>1486</sup> ou du déni de justice<sup>1487</sup>. Dans tous les cas, il ne s'agit cependant pas

litispendance et devient donc inutile ; soit on applique des critères étrangers, et en ce cas, on ne saurait en appliquer d'autres que ceux du juge étranger. Ce dernier n'est-il pas alors le mieux placé pour en décider ? Les seuls cas dans lesquels on pourrait être mieux placé pour en juger en France serait l'hypothèse dans laquelle le droit français de la compétence accorde une compétence exclusive au juge français ainsi, éventuellement, qu'en présence d'une fraude. Là encore, un doublon. La condition de compétence du juge étranger concurrentement saisi ne saurait être autre chose qu'une condition du bien-fondé de l'exception de litispendance, pas de sa recevabilité.

<sup>1483</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 févr. 1985, *Simitch*, *RCDIP* 1985, p. 369 et p. 243 chron. Ph. Francescakis ; *JDI* 1985, p. 460 note A. Huet ; *D.* 1985, p. 469, note J. Massip et I.R. p. 497 obs. B. Audit ; *Grands Arrêts* n° 70

<sup>1484</sup> V. en dernier lieu, Com. 19 févr. 2013, *D.* 2013, p. 576.

<sup>1485</sup> La Cour de cassation a en effet posé pour cette dernière la condition du « risque de contrariété de décision », ce qui suppose aussi par hypothèse une possibilité de reconnaissance, Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 1999, *RCDIP* 2000, p. 42, note G. Cuniberti.

<sup>1486</sup> Ainsi, si le juge élu a lui-même refusé sa compétence, le juge français peut en tenir compte pour écarter la clause alors même qu'elle pourrait être valable au regard de ses propres dispositions (notamment conflictuelles). La solution, depuis longtemps affirmée en doctrine (A. SINAY-CYTERMANN, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, Thèse dactyl. Strasbourg 1980, p.584s. *Adde.*L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM 2004, n° 213 et les références citées) a été tardivement accueillie en jurisprudence par la décision de la première chambre civile de la Cour de cassation du 30 sept. 2009 (4 arrêts, *RCDIP* 2010, p. 133, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 2010, p. 58, note B. Audit et 2009, p. 2419, obs. I. Gallmeister ; *JCP* 2009, II, 480, note M. Attal).

Dans cet arrêt, la Cour de cassation a validé le raisonnement de la Cour d'appel de Paris qui a permis l'emploi du privilège de compétence des nationaux français (article 14 du Code civil) dès lors que la juridiction (mal) désignée dans la clause s'était déclarée incompétente. À notre sens, la solution ne s'imposait pas nécessairement. Si, en effet, la juridiction saoudienne s'était dans l'espèce considérée comme incompétente, ce n'était pas tant au titre de juridiction *saoudienne* qu'à celle de tribunal « des doléances », un tribunal spécialisé dans les affaires commerciales. Or, d'après la formation d'appel de ce tribunal, la question était de nature civile.

Au regard de ces éléments, il faut donc certainement tempérer la solution. D'une part, le problème posé n'était pas tant celui de l'inefficacité de la clause que de sa pathologie. Si, dans une espèce assez proche, un tribunal constitué sous l'égide d'une institution d'arbitrage avait interprété la clause comme désignant la mauvaise institution, la jurisprudence française aurait obligé le juge français à renvoyer les parties de nouveau à l'arbitrage, devant la bonne institution cette fois. Bien sûr, la comparaison a ses limites. Il ne s'agit pas ici d'un véritable problème de compétence, mais plutôt de procédure : les institutions d'arbitrage ne sont pas des ordres juridictionnels mais des appuis administratifs et procéduraux. Cependant, elle a le mérite de montrer à quel point la solution du juge français n'allait pas de soi. Il s'agissait plus d'un problème d'interprétation de la clause. Si les parties avaient délibérément choisi le tribunal « des doléances » parce qu'elles souhaitaient ce tribunal en particulier, la décision de la juridiction française pouvait se comprendre. Il était toutefois plus vraisemblable que les parties avaient souhaité désigner un tribunal qu'elle pensait matériellement compétent de l'ordre juridictionnel qui les intéressait. Le fait qu'elle se soit trompé sur la compétence matérielle relevait ensuite plus d'une question interne au droit et aux tribunaux saoudiens. D'ailleurs, on pourra arguer d'une autre analogie. Si le tribunal matériellement incompétent avait été allemand au lieu d'être saoudien, le droit allemand aurait fait l'obligation au juge incompétent de renvoyer au juge compétent de son ordre juridictionnel : le juge français aurait-il alors provoqué le conflit de procédures en considérant, par exemple, qu'il était compétent au titre de l'article 2 du Règlement Bruxelles 1 ?

Les deux analogies le montrent bien : la décision ainsi posée ne se tient pas. Elle ne tient qu'en opportunité. Sous cet angle, on peut comprendre que le juge français n'ait pas voulu renvoyer les parties devant les tribunaux saoudiens pour qu'ils plaident à nouveau la question de la compétence, en particulier si, comme le pourvoi l'invoquait, l'absence de renvoi à une nouvelle juridiction s'était faite du fait que la clause avait été déclarée « illicite » (v. sur ce point, B. AUDIT, note précitée). Mais on peut alors se demander où commence la simple prise en considération de la décision étrangère d'incompétence et où commence la reconnaissance de l'efficacité substantielle de celle-ci...

d'une véritable reconnaissance de la décision étrangère sur la compétence, mais simplement d'une prise en considération<sup>1488</sup>. Pourtant, la reconnaissance est possible pour les décisions issues d'une juridiction partenaire au sein d'un système de compétence.

## **2. L'exception d'une décision de droit public uniforme**

**655. Les systèmes de compétence internationaux, droits de l'organisation publique.** Affirmer le principe d'un refus de reconnaissance et de circulation des décisions n'exclut cependant pas des exceptions lorsque son fondement disparaît. Si le caractère public du droit de la compétence innerve toute sa réglementation, il s'est en effet aujourd'hui, au travers des systèmes de compétence de source internationale, très largement libéré des contraintes étatiques. Une partie de sa réglementation relève ainsi d'une sorte de droit public international, au sens où la réglementation de certaines des hypothèses d'intervention des organes étatiques est édictée à un niveau interétatique voire supraétatique. Cela n'enlève rien, on l'a vu, à leur caractère public : il s'agit toujours essentiellement de l'activité d'organes publics<sup>1489</sup>. Tant par leur source que par leur objet, cependant, ces systèmes internationaux de compétence vident de sens les obstacles nationaux entre les États impliqués. En ce qui les concerne, le « phénomène de la frontière », c'est-à-dire la distinction de ce qui relève de la communauté et de « l'étranger » se déplace des frontières nationales aux frontières avec les États étrangers. Ainsi, la circulation d'une décision de compétence, pourtant de droit public, entre les juridictions des États parties à un système ne peut pas se heurter à l'obstacle du principe d'indépendance de l'État dans son organisation : lui-même a choisi d'y renoncer.

**656. Décision de droit public uniforme.** Il ne faudrait d'ailleurs pas assimiler le fait que le juge français puisse faire droit à une décision étrangère sur sa compétence à un ordre que ce dernier devrait suivre. Il s'agirait seulement de donner effet à la solution étrangère sur un problème de droit dont ils partagent la résolution. Faire droit à la décision prise par un juge d'un État partie appliquant l'une des règles uniformes que le juge de l'État requis partage avec lui ne représente plus une soumission ou une abdication unilatérale, mais la suite logique de la concession déjà faite<sup>1490</sup>. D'un point de vue processuel, on pourrait d'ailleurs rappeler qu'au

---

<sup>1487</sup> Dans cette hypothèse, le déni de justice, est la conséquence d'une décision d'incompétence d'un juge étranger (en particulier lorsque ce dernier est aux yeux du juge français le juge « naturel » de la situation). C'est pour prévenir cette perspective qu'un certain nombre de textes internationaux préconise le sursis à statuer dans les conflits de procédure.

<sup>1488</sup> Sur la méthode de la prise en considération, v. E. FOHRER-DEDEURWARDER, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ 2008, spéc. p. 209s. pour les jugements étrangers.

<sup>1489</sup> V. *supra*, n° 422s.

<sup>1490</sup> En droit de la famille, certains systèmes y procèdent d'ailleurs déjà, même s'il s'agit de procédures spécifiques. On peut ainsi évoquer la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 sur la responsabilité parentale et la protection des enfants, entrée en vigueur en France le 1<sup>er</sup> février 2011, qui introduit un système de renvoi obligatoire de l'autorité de la résidence habituelle de l'enfant vers une autorité qu'elle considérerait comme mieux placée (Son article 8 permet à cette autorité (qui peut être judiciaire) de « demander à cette autorité, directement ou avec le concours de l'Autorité centrale de cet Etat, d'accepter la compétence pour prendre les mesures de protection qu'elle estimera nécessaires », celle-ci ne doit pas accepter ce renvoi « si elle considère que tel est l'intérêt supérieur de l'enfant »). La

sein du système international, c'est-à-dire dans l'application des règles de compétence uniforme, les juridictions ne sont plus étrangères l'une à l'autre, mais partenaires. L'État français a aussi nécessairement reconnu leur pouvoir juridictionnel, et donc la possibilité de se prononcer sur la compétence, lorsqu'il a lié ses juridictions par un tel système et ce, par ailleurs, que les juridictions soient étatiques ou anationales. Dans ce cadre, la décision est effectivement de droit public, mais d'un droit public uniforme, dont les frontières internes ne doivent pas l'empêcher de circuler<sup>1491</sup>.

657. **Interrogations sur la jurisprudence de la CJUE.** Certaines décisions de la Cour de justice européenne aurait pu laisser croire que la Cour entendait au contraire protéger l'autonomie des juges nationaux les uns envers les autres<sup>1492</sup>. Il est vrai que les décisions *Overseas Union Insurance* de 1990<sup>1493</sup>, et surtout *Gasser* en 2003<sup>1494</sup> et

---

Convention de la Haye du 13 janvier 2000, entrée elle aussi en vigueur relativement récemment, le 1<sup>er</sup> janvier 2009, constitue une sorte d'extension de la Convention de 1996 et propose donc sur ce point un système très proche. Enfin, le Règlement du Conseil n° 1347/2000, propose au juge saisi en matière de responsabilité parentale, et pour s'assurer de la proximité concrète du tribunal avec la situation en cause, de renvoyer l'affaire à un autre juge « avec lequel l'enfant a un lien particulier » (sur ce règlement, v. B. ANCEL et H. MUIR WATT, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis », *RCDIP* 2001, p. 569, spéc. p. 594s. ; E. PATAUT, « Article 15 », *Brussels II bis Regulation*, U. Magnus et P. Mankowski (eds.), Sellier ELP 2012, p. 164).

<sup>1491</sup> *De lege ferenda*, on pourrait envisager qu'un certain besoin de réciprocité pourrait pousser le juge français à appliquer la condition éponyme prévue à l'article 55 de la Constitution, selon lequel « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* » (Sur cette réserve, v. J. DEHAUSSY et M. SALEM, *J.-Cl. Int.*, fasc. 12-2, « Sources du droit international – Les traités – Effets des traités : Situation juridique des ressortissants des parties au regard des normes conventionnelles (Généralités. Application des traités en France) », spéc. n° 80s. Sur la réciprocité en général, v. E. DECAUX, *Rep. dr. int. v° Réciprocité* ; P. LAGARDE, « La réciprocité en droit international privé », *RCADI* 1977-1, t. 154, p. 101s. ; J.-P. NIBOYET, « La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé », *RCADI* 1935-II, t. 52, p. 253s.). Peu employée, cette vérification est depuis un arrêt *Cheret-Benseghir* de 2010 confiée au juge administratif et non à l'administration elle-même, même si le Conseil d'Etat fixe dans le même temps une procédure de question préjudicielle qui lui permet d'intégrer la réponse du Ministre des Affaires étrangères au dossier d'instruction (CE, 9 juill. 2010, n° 317747, *Cheret-Benseghir* (Mme), *Lebon* ; *RFDA* 2010, p. 1133, concl. G. Dumortier et p. 1146, note J.-F. Lachaume ; *D.* 2010, p. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *AJDA* 2010, p. 1396 ; *Ibid.* 1635, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi). Ce revirement de jurisprudence faisait suite à une condamnation de la France pour défaut de procès équitable au sens de l'article 6§1 de la Convention EDH dans l'arrêt *Chevroil c. France* (Cour EDH 13 févr. 2003, n° 49636/99, *AJDA* 2003, p. 1984, note T. Rambaud ; *D.* 2003, p. 931, note H. Moutouh ; *RTD Civ.* 2003, p. 572, obs. R. Libchaber), dans lequel la Cour européenne des Droits de l'Homme fustigeait le caractère obligatoire de la réponse du Ministère pour le juge administratif. Le juge judiciaire n'a pas encore opéré ce revirement et s'appuie toujours sur la jurisprudence *Kryla* selon laquelle, « en l'absence d'initiative prise par le gouvernement pour dénoncer une convention ou suspendre son application, il n'appartient pas aux juges d'apprécier le respect de la condition de réciprocité prévue dans les rapports entre Etats par l'article 55 de la Constitution » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 1984, *Kryla*, *RCDIP* 1985, p.108, note G. Droz, *JDI* 1984, p. 859, note J. Chappez. V. encore Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 févr. 1994 et 23 mars 1994, *RCDIP* 1995, p. 51, note P. Lagarde). Dans tous les cas, cette condition ne pourrait s'appliquer qu'aux jugements intrasystémiques de juges non européens, les décisions issues de juges européens étant couvert par des systèmes de compétence (Règlement Bruxelles I, par exemple) relevant non de l'article 55 de la Constitution (convention internationale) mais de l'article 88-1 de cette dernière (participation à l'Union européenne). La différence se justifierait d'ailleurs par le respect de la « confiance mutuelle ».

<sup>1492</sup> En ce sens, E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), IRJS Ed. 2013, p. 23, spéc. p. 27.

<sup>1493</sup> CJCE 27 juin 1991, Aff. C-351/89, *RCDIP* 1991, p. 764, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1992, p. 491, note A. Huet ; *Cab. dr. eur.* 1992, p. 761, note H. Tagaras.

<sup>1494</sup> CJCE 9 déc. 2003, Aff. C-116/02, *RCDIP* 2004, p. 444, note H. Muir Watt ; *JDI* 2004, p. 641, note A. Huet ; *D.* 2004, p. 1046, note Ch. Bruneau.

*Turner* en 2004<sup>1495</sup>, ont marqué la volonté de la Cour de laisser la juridiction saisie statuer sur sa propre compétence. Selon le premier de ces arrêts, en effet, la Cour ajoutait d'ailleurs que « *en dehors de ces exceptions limitées, la convention n'autorise pas le contrôle de la compétence d'un juge par le juge d'un autre État contractant* »<sup>1496</sup>. L'affirmation fut reprise dans plusieurs arrêts, et notamment *Turner*<sup>1497</sup> et *Gasser*<sup>1498</sup>.

**658. Absence de portée de la jurisprudence.** Prises ensemble, ces solutions prétoriennes semblent former une jurisprudence assez claire protégeant l'autonomie des juridictions dans la détermination de leur propre compétence. Ce serait, pourtant, extrapoler quant à la solution concrète que tous les trois affirment. En effet, il est important de limiter les trois arrêts à la question de la relation entre des juges *déjà saisis*. Tout d'abord, les affirmations de la Cour de justice dans *Overseas Union Insurance* répondaient à la question de savoir si, dans le cadre d'une situation de litispendance, la juridiction saisie en second pouvait opérer un contrôle de la compétence de la juridiction première saisie. Dans ce cadre, il semblait dans la nature de la règle de priorité posée par l'article 21 et du principe de confiance mutuelle de la Convention de Bruxelles de laisser la première juridiction décider. Dans le cadre d'une litispendance, en tous les cas, il eut été difficile de décider autrement : *quid*, en effet, si la juridiction saisie en second lieu s'était prononcée contre la compétence du juge saisi en premier lieu, et que ce dernier avait au contraire décidé ensuite en faveur de sa compétence ? Pour prévenir ce type de conflit de juges, il était nécessaire que la Cour fasse jouer à plein la règle de priorité prévue dans l'ancien article 21 de la Convention de Bruxelles, et donc, de laisser le premier juge déjà saisi seul maître d'une décision sur sa compétence.

C'est ce même raisonnement qui a fondé la décision *Gasser*. Alors même que le juge second saisi était un juge anglais et le premier un juge italien, complice involontaire d'une « torpille » procédurale, la Cour de justice a fait primer la confiance mutuelle et la règle de priorité de l'article 21 sur la possibilité pour le juge anglais de revendiquer sa compétence exclusive au titre de l'article 17, c'est-à-dire d'une convention attributive de juridiction. Quoi qu'il en soit de la pertinence de la solution<sup>1499</sup>, on ne saurait en déduire que la Cour souhaite une gestion purement nationale des exceptions de compétence.

**659. D'une confiance mutuelle négative à une confiance mutuelle positive.** Il est vrai que, dans l'arrêt *Turner*, la Cour de justice reprend très clairement les deux idées de confiance mutuelle et d'uniformité transnationale des règles de compétence du système Bruxelles I pour justifier le rejet des injonctions anti-

---

<sup>1495</sup> CJCE 27 avr. 2004, Aff. C-159/02, RCDIP 2004, p. 654, note Muir Watt ; D. 2004, p. 1919, note R. Carrier; RTD Civ. 2004, p. 549, obs. Ph. Théry.

<sup>1496</sup> CJCE 27 juin 1991, point 24.

<sup>1497</sup> CJCE 27 avr. 2004, point 25.

<sup>1498</sup> CJCE 9 déc. 2003, point 48, qui répétait là plutôt une affirmation employée par le point 23 de l'arrêt *Overseas*. La Cour précisait par ailleurs dans ce dernier arrêt : « *il importe de relever, en outre, que le juge saisi en deuxième lieu n'est en aucun cas mieux placé que le juge saisi en premier lieu pour se prononcer sur la compétence de ce dernier* » (CJCE 27 juin 1991, point 23 de l'arrêt). *Gasser* l'avait ici repris mot pour mot (CJCE 9 déc. 2003, point 45 de l'arrêt. V. encore CJCE, 10 févr. 2009, *West Tankers*, Aff. C-185/07 (sur lequel v. *infra*, n° 726s.).

<sup>1499</sup> Très critiquée, la solution a été révisée par le règlement n° 1215/2012 dit « Bruxelles I bis ».

poursuites. Mais ces deux arguments sont à double sens car la confiance mutuelle et l'uniformité des règles de compétence peuvent autant justifier l'ingérence que son refus : tout dépend de l'ingérence en question. Dans *Turner*, comme dans *Overseas Union* et *Grasser*, il fallait en effet empêcher une juridiction nationale de perturber le fonctionnement d'une autre juridiction du système Bruxelles I. Dans les trois affaires, une autre juridiction était déjà saisie. Dans les trois affaires, il s'agissait de résoudre un conflit de procédures au profit de la juridiction seconde saisie. Dans ces trois affaires, l'ingérence était donc celle d'une juridiction réclamant compétence en essayant de contourner le mécanisme de priorité seul posé par la Convention de Bruxelles pour résoudre les problèmes de litispendance. La solution paraît donc naturelle. L'autre « ingérence » possible, en revanche, n'a rien d'une violation de la lettre et de l'esprit de la Convention, au contraire. Elle s'appuie elle aussi sur l'idée que « *les règles de compétence de la convention, qui sont communes à toutes les juridictions des États contractants, puissent être interprétées et appliquées avec la même autorité par chacune d'entre elles* »<sup>1500</sup>. Il suffit pour l'envisager de sortir du contexte du conflit de procédures et de n'envisager qu'une seule juridiction saisie. Cette dernière, du fait de l'autorité internationale de la règle de compétence et de la confiance mutuelle entre les juridictions qui l'appliquent, pourrait très bien désigner le juge français comme celui désigné par la règle. Loin de n'avoir qu'une valeur défensive, de prôner le respect des décisions et procédures européennes concurrentes, le principe de confiance mutuelle se retrouverait ainsi dans une perspective plus positive, celle d'abolir les frontières internes au système Bruxelles I dans la détermination concrète du juge compétent. Loin d'interdire « l'ingérence » d'un juge dans la compétence d'un autre juge, le trio *Overseas Union Insurance*, *Gasser* et *Turner* montre que la Cour de justice n'était pas fermée à une coopération internationale sur la compétence. La jurisprudence récente l'a confirmé<sup>1501</sup>.

## **B) La jurisprudence sur l'autorité de chose jugée des décisions sur la compétence**

660. **Précédents de droit positif.** « *L'évolution des idées* »<sup>1502</sup> et du droit positif est aujourd'hui suffisante pour justifier de donner effet obligatoire, en France, à une solution de compétence émanant d'un juge étranger. Certains textes, en droit international et en droit comparé, consacrent en effet déjà cette approche au sujet

<sup>1500</sup> CJCE 27 juin 1991, point 23 de l'arrêt, CJCE 9 déc. 2003, point 48 et CJCE 27 avr. 2004, point 25.

<sup>1501</sup> En ce sens, v. les observations d'H. MUIR WATT sous *West Tankers*, CJCE 10 févr. 2009, RCDIP 2009, p. 373, spéc. p. 384.

<sup>1502</sup> L'expression est empruntée à H. BATIFFOL dans la note qu'il rédige sous l'arrêt de 1983 (Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 nov. 1983, RCDIP 1985, p. 100) : « *Mais même s'il s'agit d'une dette fiscale, il faudrait constater l'évolution des idées. Nous sommes loin du rigoureux arrêt de la Chambre civile du 3 juillet 1928 [...] déclarant irrecevable l'action d'une personne privée en remboursement de la dette fiscale payée pour autrui à l'étranger : même cette incidence purement privée du droit fiscal étranger avait paru inacceptable. En 1972 la première Chambre civile [...] a admis la validité du cautionnement d'une dette fiscale étrangère. Son arrêt du 21 janvier 1975 [...] a abandonné la position prise en 1928. Les amorces d'une collaboration fiscale internationale par certains traités ont été jusqu'à prévoir dans celui du 16 mai 1931 conclu entre la France et la Belgique le recouvrement dans l'un des deux pays des impôts dus à l'autre Etat contractant. Il ne serait donc pas insolite que l'exequatur ait été accordé dans le cas présent à une condamnation fiscale étrangère – d'autant qu'il ne s'agissait que de l'effet en France d'un droit acquis à l'étranger, et non de l'acquisition d'un droit en France* ».

des clauses attributives de juridiction. On peut ainsi citer, l'article 9 a) de la Convention de la Haye sur les accords d'élection de for du 30 octobre 2005 qui interdit au juge saisi d'une requête en exequatur de vérifier la compétence indirecte de la juridiction d'origine lorsque celle-ci a vérifié que la clause attributive de juridictions qui la désignait compétente était valable. Il s'agit par là, d'après le rapport explicatif de la Convention, « d'éviter les décisions contradictoires sur la validité de l'accord entre différents États contractants : ils sont tous tenus d'appliquer la loi de l'État du tribunal élu, et doivent respecter toute décision de ce tribunal à cet égard »<sup>1503</sup>. La jurisprudence a soutenu le même raisonnement dans le champ du système Bruxelles I<sup>1504</sup>, confirmant la possibilité de reconnaître de telle décision (1). La solution de principe est entérinée, se fondant sur le jeu de l'autorité de chose jugée (2).

### 1. Les confirmations françaises et européennes

661. **Trois arrêts.** Trois arrêts, deux de la Cour de cassation et un de la Cour de justice se sont ainsi prononcés en faveur de la reconnaissance de décisions portant sur la compétence. Malgré le caractère novateur de leur solution, ils ont été assez peu

---

<sup>1503</sup> T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, « Rapport explicatif », *Actes et documents de la Vingtième session*, t. III, Election de for, Bureau Permanent de la Conférence, Intersentia 2010, n° 183 p. 828.

<sup>1504</sup> Un autre arrêt a pu provoquer une analyse analogue. Il s'agit de l'arrêt *In Zone Brands* du 14 octobre 2009 (Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 oct. 2009, *RCDIP* 2010, p. 158, note H. Muir Watt ; *JDI* 2010, p. 146, note S. Clavel ; *D.* 2010, p. 177, note S. Bollée). La Cour de cassation s'était en effet prononcée pour valider l'exequatur d'une décision portant injonction *anti-suit* permettant la défense d'une clause attributive de juridiction au profit d'un tribunal californien. Ni « la prérogative de souveraineté de l'État » (l'empêchement concret pour le juge français de se prononcer sur sa compétence) ni « le droit d'accès au juge » n'avait convaincu la Cour de refuser au titre de l'ordre public international. Au contraire, elle répondit ainsi qu'une telle injonction qui n'a pour objet que d'établir la compétence du juge américain tout en faisant respecter la clause attributive de juridiction peut être reconnue dès lors, du moins, que l'on se trouve « hors champ d'application de conventions ou du droit communautaire ». L'arrêt appelle une double critique. Sur son principe, tout d'abord, il entérine la reconnaissance de décisions portant protection de conventions de juridiction en ne posant comme limite que le droit communautaire et les conventions internationales. À dire vrai, la solution devrait être inverse ! C'est justement lorsque la juridiction étrangère à l'origine de l'injonction se prononce sur le fondement d'une règle uniforme que l'on ne voit pas l'intérêt pour le juge français d'être saisi en même temps. Lorsque le juge américain et le juge français se prononcent hors tout système commun de compétence, un danger devrait être relevé : *quid* si le juge américain a prononcé une injonction alors que le juge français bénéficie d'une compétence exclusive ? En opportunité, on pourrait effectivement reconnaître une telle décision lorsque seuls les aspects purement contractuels de la clause sont en jeu (validité du consentement par exemple), pas lorsque des éléments de pure compétence le sont (rapp. L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *Economica* 2008, n° 557s.). En pratique, ensuite, il faut noter que c'est peut être la stratégie de la demanderesse à la reconnaissance qui a tout faussé. L'exequatur de l'injonction anti-suit a en effet empêché le juge français de procéder à une étude du conflit de procédures qui était engagé : le tribunal de commerce de Nanterre avait été saisi le premier (bien qu'en violation de la clause) mais le juge américain avait rendu une décision sur le fond avant qu'il ne se prononce. , il apparaît assez fondé. Le demandeur, s'il avait agi en France, avait déjà été condamné aux Etats-Unis. Le problème n'était donc plus tant de savoir qui avait compétence, mais si la décision allait être reconnue. M. BOLLEE, commentant cet arrêt, évoque un certain « désarmement unilatéral » des juridictions françaises du fait qu'elles se seraient ainsi liées à sanctionner le demandeur s'il persistait dans sa saisine. Cela revient à priver la juridiction française de la possibilité de se prononcer directement sur la valeur de la clause attributive de juridictions. L'affirmation, toutefois, ne saurait être exacte que sous réserve de limiter l'éventuel contrôle par le juge français requis de prononcer l'exequatur de la décision américaine sur le fond. Or, on peut douter du fait que, lors de l'instance en exequatur, la compétence indirecte du juge élu ne soit vérifiée qu'au regard des critères très libéraux posés dans la jurisprudence *Simitchb*. Si en effet le juge d'origine s'avérait n'avoir aucun lien objectif avec la situation, il est vraisemblable que le juge français vérifierait en outre la validité de la clause attributive de juridiction.

commentés et sont passés relativement inaperçus. Il est vrai que seul le dernier, rendu par la Cour de justice, est parfaitement clair.

**662. L'arrêt *Interholzraimann*.** Le premier arrêt de la Cour de cassation sur la reconnaissance d'une décision sur la compétence date du 11 mars 1997<sup>1505</sup>. Dans cette affaire *Interholzraimann*, une société allemande avait été assignée par un client français devant un juge français alors que le tribunal allemand de Fribourg-en-Brisgau s'était déjà déclaré compétente au titre d'une clause attributive de juridiction. En appel, la société allemande s'était vue déboutée de l'exception d'incompétence et de chose jugée qu'elle avait soulevées, au titre de la différence d'objet des demandes entre les actions intentées en France et en Allemagne<sup>1506</sup>. Devant la Cour de cassation, la question se posait donc de l'efficacité et de la portée de la chose jugée de la décision allemande. Au visa de l'article 1351 du Code civil, la Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel dans les termes suivants :

*« Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la décision de la juridiction allemande avait tranché le litige opposant les parties quant à la validité et à la portée de la clause attributive de compétence invoquée par la société Interholzraimann, et que, devant la cour d'appel, la société Chiaradia contestait à nouveau la force obligatoire de cette même clause, question qui avait été tranchée par la juridiction allemande, la cour d'appel a méconnu l'autorité attachée à cette décision étrangère et violé le texte susvisé ».*

**663. Incertitudes sur la solution *Interholzraimann*.** La solution de la Cour de cassation présentait un double apport. D'abord, un arrêt étranger qui se prononce tant sur la clause attributive de compétence que sur le fond du droit possède une autorité de chose jugée sur ces deux questions. Ensuite, l'autorité de chose jugée concernant la clause attributive de compétence n'est pas liée à la demande au fond. On ne saurait lui opposer la différence d'objets entre les deux demandes au fond, une différence sans importance dès l'instant qu'elles rentraient toutes les deux dans le domaine de la clause attributive. Dès lors, il fallait faire jouer l'autorité négative de chose jugée et accueillir l'exception d'incompétence. L'arrêt n'était toutefois pas exempt de toute ambiguïté. Il était en effet rendu au visa de l'article 1351 du Code civil, c'est-à-dire donc sur le fondement de l'autorité de chose jugée de droit français. Or, si cette décision confirme incidemment que l'effet reconnu en France à une décision étrangère est de droit français<sup>1507</sup>, il se prononçait sur l'effet d'une

---

<sup>1505</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 1997, *Bull.*, n° 82 ; *JDI* 1998, p. 142, note A. Huet.

<sup>1506</sup> La cliente française avait assigné en nullité du contrat de vente, tandis que la venderesse allemande avait agi en paiement du prix.

<sup>1507</sup> Sur laquelle v. M. AUDIT, « La loi applicable à l'autorité de chose jugée », *Procédures* 2007, Etude 16 et H. PEROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ 2005, p.124s. *Adde.* M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, *Economica* 1986, n° 420s. et 462s. et H. MUIR WATT, *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 584-6, n° 108s. . *Comp.*, dans le domaine du Règlement n° 44/2001, la solution apportée par l'arrêt *Hoffmann* du 4 février 1988, *RCDIP* 1988, p. 605 note H. Gaudemet-Tallon et *JDI* 1989, p. 449, note A. Huet. On obtient d'ailleurs ici un nouvel exemple de l'idée selon laquelle tout passe par une reconnaissance, v. *supra* 81s.

décision allemande, reconnue en principe sur le fondement de l'article 26 de la Convention de Bruxelles<sup>1508</sup>.

664. **L'arrêt *Bourjois***. Le second arrêt pertinent de la Cour de cassation, rendu le 17 février 2010, étendit le champ de la solution en précisant son fondement<sup>1509</sup>. Dans cette affaire *Bourjois*, une société éponyme de confection de sac française avait acheté du polyuréthane défectueux auprès de deux sociétés italiennes, Crespi et Gommatex. Alors que la société française avait lancé une expertise du polyuréthane en France, la société Gommatex agit devant le tribunal de Prato, en Italie, pour obtenir une décision de déchéance du droit à garantie de la société française. Sa compétence contestée par cette société, le tribunal italien jugea qu'il était désigné dans l'espèce par l'article 5 point 1 du Règlement Bruxelles I. Bourjois saisit alors le tribunal de commerce de Nanterre d'une action à l'encontre des deux sociétés italiennes, les deux contrats étant quasi-identiques. Les sociétés italiennes répondirent que l'article 5 point 1 désignait le tribunal de Prato, pas celui de Nanterre. Toutefois, du fait que Gommatex pouvait se prévaloir de la décision de compétence du juge italien, le tribunal de Nanterre scinda sa réponse. En ce qui concernait la société Crespi, le Tribunal de Nanterre puis la Cour d'appel suivirent un raisonnement sans surprise : Compiègne était le lieu de livraison du polyuréthane, et Crespi n'était pas partie à la procédure italienne, donc le tribunal de Nanterre était compétent et n'avait pas à faire droit à une exception de litispendance ou de connexité. En ce qui concernait la société Gommatex, en revanche, la Cour de cassation valida le raisonnement de la cour d'appel en ces termes :

*« ...ensuite, qu'il [l'arrêt d'appel] retient que la juridiction italienne s'est déclarée compétente, sur le fondement de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles, pour connaître des conséquences de la vente, dès lors que le lieu de livraison des marchandises était situé en Italie ; que la cour d'appel de Versailles, retenant que les décisions rendues dans un État contractant sont, en vertu de l'article 26 de cette Convention, reconnues dans les autres États sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure, a pu en déduire, sans dénaturation ni violation de l'article 1351 du Code civil, que les décisions du tribunal du Prato, de la cour d'appel de Florence et de la Cour de cassation italienne s'imposaient à la juridiction française ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses deux branches »*<sup>1510</sup>.

---

<sup>1508</sup> On pouvait donc s'interroger sur le choix de ne pas relever ce fondement, un auteur relevant que cela pouvait être le signe d'une dualité de régime selon que le jugement est de fond ou de compétence (A. HUET, *op.cit.* p. 143). On aurait aussi pu penser que, la Convention ne modifiant le droit commun que pour ce qu'elle régit, il n'y avait pas lieu de déterminer une interprétation de la notion d'autorité de chose jugée propre à l'article 26.

<sup>1509</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 févr. 2010, RCDIP 2010, p. 769, note L. Usunier.

<sup>1510</sup> Cette incohérence des solutions nationales était due à l'interprétation de la portée des INCOTERMS et de la Convention de Vienne. La décision de la Corte di cassazione est par ailleurs disponible à l'adresse suivante : <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1164>. Quant aux INCOTERMS, elle a été par la suite résolue par l'arrêt *Electrosteel* de la CJUE du 9 juin 2011 dans le sens de la prise en compte des Incoterms (Aff. C-87/10, D. 2011, p. 1694, obs. X. Delpéch ; JCP 2011, II, 1002, note D. Martel ; Rev. Europe 2011, comm. n° 8 par L. Idot).



665. **Critique de l'arrêt *Bourjois*.** Novateur dans sa solution, l'arrêt est cependant sorti sans grande fanfare. Sa reproduction au *Bulletin*<sup>1511</sup> comme son commentaire à la *Revue critique de droit international privé*<sup>1512</sup> mirent l'accent sur la question posée par le pourvoi de la société Crespi, qui évoquait la connexité des procédures, et non sur la reconnaissance de la décision de compétence que contestait le pourvoi de la société Bourjois. Il reste cependant que l'arrêt se plaçait dans le droit fil d'*Interholzraimann* tout en précisant deux points. D'une part, elle altérait légèrement le fondement de sa solution, évoquant l'article 26 de la Convention de Bruxelles. On peut sans doute en conclure que l'incertitude pesant sur le fondement de la solution *Interholzraimann* était un oubli, oubli peut être expliqué par la motivation lacunaire du pourvoi en cassation. D'autre part, il faut noter que ce second arrêt porte sur la reconnaissance d'une décision étrangère se prononçant sur l'application d'une règle de rattachement : l'article 5-1 du système Bruxelles I. Il s'agit donc véritablement de la reconnaissance d'une décision dont on aurait pu arguer qu'elle était seulement relative à la procédure, et que la décision *Interholzraimann*, portant plus classiquement sur la validité d'une clause contractuelle, même s'il s'agissait d'une clause attributive de juridiction, ne pouvait par elle-même justifier.
666. **L'arrêt *Gothaer*.** En dernier lieu, c'est la Cour de justice de l'Union qui rendit une décision forte le 15 novembre 2012 en affirmant que, quelque soit sa nature par ailleurs, une décision d'incompétence prise par une juridiction nationale sur le fondement d'une clause attributive de juridiction doit être reconnue dans tous les États-membres<sup>1513</sup>.

Dans cette affaire, l'expéditeur d'une marchandise endommagée pendant le transport (la société Krones) et ses assureurs (dont Gothaer Allgemeine Versicherung) avaient assigné le transporteur (la société Samskip) en réparation devant les juridictions allemandes. Leurs actions furent jointes devant le *landgericht* (tribunal régional) de Brême. Devant ce dernier, cependant, Samskip excipa d'une précédente décision de la cour d'appel d'Anvers, en Belgique. En effet, avant de tenter de saisir les juridictions d'allemandes en 2010, les assureurs et la victime avaient saisi la juridiction du port de départ des marchandises, c'est-à-dire le tribunal d'Anvers. Or, après une décision en leur faveur, les demanderessees avaient été déboutées en appel par l'effet d'une décision d'incompétence. La cour d'appel avait en effet décidé, au regard de la Convention de Lugano applicable en la cause, que la clause attributive de juridiction incluse dans le connaissement liant

<sup>1511</sup> *Bull.*, n° 39, qui présente l'arrêt ainsi : « Aux termes de l'article 22 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, ne sont connexes que les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a un intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément. Justifie légalement sa décision une cour d'appel qui, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, constate l'absence de connexité de demandes formées devant des juridictions d'États différents en relevant notamment que les fondements juridiques des actions, les périodes de fabrication des marchandises et les demandes de condamnations sont distincts ». Le service de documentation de la Cour cite par ailleurs les arrêts du 27 octobre 1992 (*Bull. I*, n° 263) et du 27 juin 2000 (*Bull. I*, n° 197) « pour d'autres applications du même principe », tous deux rendus sur la question de la connexité.

<sup>1512</sup> RCDIP 2010, p. 769, note L. Usunier. Mme Laurence USUNIER releva cependant cette solution de compétence, l'expliquant –de manière critique– par l'autorité positive de chose jugée.

<sup>1513</sup> CJUE, 15 nov. 2012, Aff. C-456/11, *Procédures* 2013, n° 3, comm. 71 par C. Nourissat ; *Europe* 2013, n° 1, comm. 57 par L. Idot ; *Gaz. Pal.* 8 mars 2013, p. 46, note M. Nioche et surtout RCDIP 2013, p. 686, note du même auteur.

transporteur et expéditeur était valable et opposable tant à Kronos qu'à ses assureurs. La clause désignant les juridictions islandaises, la juridiction anversoise ne disposait pas de « compétence juridictionnelle ». Lorsque, trois ans plus tard, les demandesses tentèrent de relancer l'action devant les tribunaux allemands, le *Landgericht Bremen* fut confronté à cette précédente décision belge

**667. Problème et solution.** Si les termes de la problématique étaient assez proches de ceux présents dans l'arrêt *Interholzgraimann*, les deux questions préjudicielles posées à la CJUE étaient clairement centrées sur le droit processuel, ce qui l'associait ainsi par ailleurs à l'arrêt *Bourjois*<sup>1514</sup>. La première question portait sur le fait que de telles décisions sont, en droit allemand, qualifiées de décision sur la recevabilité, qui n'a trait en principe qu'à l'instance à laquelle elle se rapporte<sup>1515</sup>. La seconde s'adressait au problème de la localisation de l'autorité de chose jugée, puisque la validité de la clause attributive ne faisait pas partie du dispositif de la décision, mais seulement des motifs<sup>1516</sup>. À ces deux questions, la Cour de justice répondit que l'article 32 visait également ce type de décision. Le caractère que le droit allemand attribuait à cette décision, à savoir celui d'une décision sur la recevabilité, n'empêchait pas sa reconnaissance au regard de l'article 32<sup>1517</sup>. Quant à la seconde question, elle répondit que :

*« les articles 32 et 33 du règlement n° 44/2001 doivent être interprétés en ce sens que la juridiction devant laquelle est invoquée la reconnaissance d'une décision par laquelle la juridiction d'un autre État membre a décliné sa compétence sur le fondement d'une clause attributive de juridiction est liée par la constatation relative à la validité de cette clause, qui figure dans les motifs d'un jugement devenu définitif déclarant l'action irrecevable ».*

**668. Portée de la décision.** Cet arrêt semble marquer de manière décisive l'intégration des décisions de compétence au titre de celles pouvant circuler au sein de l'Union

---

<sup>1514</sup> En réalité, le juge allemand avait posé trois questions à la Cour mais cette dernière, à l'instigation de l'avocat général, a considéré que les deux premières pouvaient être synthétisées en une seule.

<sup>1515</sup> Pt 22 de la décision.

<sup>1516</sup> Pts 33s. de la décision.

<sup>1517</sup> C'est d'ailleurs pour cette raison que certains auteurs (H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 366 ; E. JEULAND et K. EL CHAZLI, « Règlement n° 44/2001 » in L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), *Droit processuel de l'Union Européenne*, p. 3, spéc. n° 136), dont celui du rapport explicatif de la refonte de la Convention en 1986, le professeur SCHLOSSER (*Rapport*, n° 191), envisageaient la possibilité de circulation de telles décisions. Il est toutefois assez peu probable, en particulier à la lecture de l'exclusion assez floue de l'arbitrage du champ de la Convention et des difficultés de la jurisprudence avec les décisions de type mesures provisoires (Sur lesquelles v. le *Rapport Heidelberg*, n° 467s. et H. GAUDEMET-TALLON, n° 367), que ses rédacteurs aient eu en tête la grande diversité des types de procédure et donc de décisions sur la procédure. Si l'on peut alors comprendre le caractère assez général de l'article 32 comme une sorte de principe d'intégration des décisions au jeu de la circulation communautaire, ce dernier devrait reculer exceptionnellement dès lors que la décision ne colle pas aux objectifs du Règlement. Or, la Cour ne cite pas, par exemple, l'ancien article 220 du Traité de Rome à l'origine de la Convention de Bruxelles. Ce dernier visait en effet la « simplification des formalités » de circulation des décisions entre les Etats contractants « en faveur de leurs ressortissants ». On aura du mal à voir dans les décisions de procédure des décisions immédiatement « en faveur » des justiciables. C'est d'ailleurs certainement parce qu'elles ne tranchent pas le litige au fond que le droit allemand considère les décisions sur la recevabilité comme des décisions n'ayant pas autorité de chose jugée. En outre, si la jurisprudence de la Cour est semble-t-il dans le sens d'une extension au regard des décisions avant-dire droit portant sur les mesures provisoires et conservatoires, une décision sur la compétence est loin de relever de la même problématique. Bref, si l'argument textuel plaide pour une conception large de la notion de décision, il n'emporte pas pleinement la conviction. *Adde.* v. M. NIOCHE, note précitée à la RCDIP.

européenne. D'une part, il ne semble pas qu'il faille limiter la solution aux seules décisions qui portent sur une clause attributive de juridiction. La distinction essentielle de ces dernières avec celles portant sur l'application d'une règle de rattachement est en effet que les unes pourraient être qualifiées de substantielles là où les autres sont très clairement des décisions de procédure. Or c'est précisément le premier point que la Cour de justice s'est attachée à balayer : toutes les décisions sont aptes à la reconnaissance.

D'autre part, limiter cette jurisprudence aux seules décisions portant sur l'application du système de compétence de Bruxelles I serait une erreur : la clause attributive en question dans l'espèce n'était pas régie par ce système, mais par celui de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007, puisqu'elle désignait les juridictions islandaises. C'est précisément le sens de cet arrêt, lequel énonce, reprenant les conclusions de l'avocat général Yves BOT, « [qu']un degré élevé de confiance mutuelle s'impose à plus forte raison lorsque les juridictions des États membres sont appelées à appliquer des règles communes de compétence »<sup>1518</sup>. Sans doute, la proximité entre le système Bruxelles I et le système Lugano a permis à la Cour de se prononcer avec une certaine assurance<sup>1519</sup>. Toutefois, la seule distinction pertinente entre Bruxelles I et d'autres systèmes internationaux de compétence est précisément le recours possible devant la Cour de justice : cette dernière ne devrait pas *refuser* la reconnaissance des décisions étrangères de compétence fondée sur des systèmes internationaux différents mais pourrait au pire se déclarer *incompétente* pour interpréter l'interaction entre le Règlement Bruxelles I et un système international non européen. Au contraire, le motif relevé par l'avocat général, selon lequel juger le contraire atteindrait au principe de sécurité juridique dans l'application des règles de compétence uniforme<sup>1520</sup>, vaut pour tout système transnational.

669. **Limites de la décision.** La décision *Gothaer* est ainsi d'une portée qui dépasse le système de compétence Bruxelles I. On ne saurait toutefois l'approuver dans son intégralité. Ainsi, certains arguments employés par la Cour pour étendre la qualification de « décision » redevable de l'article 32 frôlent la tautologie<sup>1521</sup>. De même, la Cour de justice de l'Union choisit dans cet arrêt de faire de la notion d'autorité de chose jugée une notion autonome. On a déjà évoqué les risques encourus par la création de telles notions détachées des droits nationaux pour ce qui est un effet juridique et non un simple critère : cela requiert de développer un

<sup>1518</sup> *Ibid.* pt. 35.

<sup>1519</sup> V. la remarque de la Cour sur la proximité de l'article 23 avec l'article 23 de Bruxelles I, pt. 36.

<sup>1520</sup> « Dans ces conditions, renvoyer au droit de la juridiction de l'État membre d'origine ou à celui de la juridiction de l'État membre requis le soin de déterminer l'étendue des effets conférés à la décision d'incompétence conduirait, dans le cas où ce droit ne conférerait pas l'autorité de chose jugée à la constatation relative à la validité et à la portée de la clause attributive de juridiction, à autoriser un nouvel examen de la question par la juridiction requise, de nature à affecter la prévisibilité des règles de compétence posées tant par le règlement n° 44/2001 que par la convention de Lugano et à porter, par voie de conséquence, atteinte au principe de sécurité juridique », pt. 77 des conclusions.

<sup>1521</sup> V. par exemple, pt. 27 de l'arrêt : « Par ailleurs, le considérant 6 du règlement n° 44/2001 fait état de 'l'objectif de la libre circulation des décisions en matière civile et commerciale'. Un tel objectif est de nature à corroborer la nécessité d'une interprétation de la notion de « décision » au sens de l'article 32 du règlement n° 44/2001 qui inclut des décisions par lesquelles une juridiction d'un État membre décline sa compétence sur le fondement d'une clause attributive de juridiction. En effet, l'absence de reconnaissance de telles décisions pourrait porter gravement atteinte à la libre circulation des décisions juridictionnelles ».

ensemble de règles autonomes<sup>1522</sup>. Le risque est manifeste dans l'espèce dès lors que la Cour est obligée de procéder par analogie avec l'autorité de chose jugée des décisions du Tribunal de première instance de l'Union européenne, une analogie qui sera peut-être difficile à développer pour les décisions de juges nationaux<sup>1523</sup>. L'autorité de chose jugée, en effet, est d'un usage délicat.

## 2. *Le choix de l'autorité de chose jugée*

670. **L'autorité de chose jugée, fondement nécessaire.** Si certains effets des jugements n'ont pas besoin de reconnaissance, ils ne sauraient fonder la solution de compétence car ils ne s'intéressent pas au jugement étranger quant à son effet normatif. Or il ne s'agit pas de prendre en compte la décision pour en tirer des conséquences dans l'application du droit français de la compétence : il s'agit de donner directement effet à la décision étrangère en ce qu'elle a tranché un problème de droit de la compétence uniforme. En d'autres termes, il ne reste guère d'autre possibilité que de lier le juge français par la décision du juge étranger, c'est-à-dire soit par l'autorité de chose jugée, soit par l'efficacité substantielle<sup>1524</sup>.

L'efficacité substantielle porte sur la situation de droit que crée ou qu'affirme le jugement : l'existence d'une servitude de passage, d'une obligation d'indemniser ou la nullité d'un contrat et les restitutions qui s'ensuivent. Toutefois, elle ne prend pas en compte les causes juridiques de cette situation. L'autorité de chose jugée s'étudie en amont de l'efficacité substantielle en ce que, pour opposer cette dernière, il est impératif de vérifier les causes juridiques de la décision : ce sont elles qui vont permettre de vérifier l'identité de cause, d'objet et de parties. Ainsi, l'affirmation d'un premier jugement selon laquelle une personne est propriétaire d'un bien et peut la revendiquer est insuffisante à justifier qu'on l'oppose ensuite, dans un autre procès, à celui qui en exige la délivrance après un contrat de vente. De même, l'affirmation de la compétence ou de l'incompétence d'un juge étranger ne suffit pas à déterminer s'il y a une conséquence à en tirer sur la compétence du juge français. Il faut encore savoir s'il s'agissait de la même affaire et si une règle de compétence uniforme avait été appliquée<sup>1525</sup>. C'est donc bien l'autorité de chose jugée qu'il faudrait rechercher.

---

<sup>1522</sup> V. *supra*, n° 610s. *Adde.*, les remarques de M. NIOCHE, *op. cit.*

<sup>1523</sup> En ce sens, M. Nioche, note précitée. La Cour fait en effet référence à l'arrêt CJCE, 1<sup>er</sup> juin 2006, *Peşo European Ferries et Diputación Foral de Vizcaya*, Aff. C-442/03 P et C-471/03 P (*Europe* 2006, comm. 246 par L. Idot) dans lesquels la Cour a jugé que la décision du TPICE se prononçant sur la qualification d'une aide d'Etat, dès lors qu'elle est devenue définitive, acquiert autorité de chose jugée (La Cour fait aussi référence à un second arrêt, et CJUE, 19 avr. 2012, *Artegodan*, Aff. C-221/10 P, qui n'a pas encore été publié au *Recueil*).

<sup>1524</sup> Sur cette distinction, v. J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*, thèse Paris 1954, et surtout D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ 1975. Elle a ensuite été systématisée par l'école de Caen, v. not. C. BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ 2000.

<sup>1525</sup> Ainsi la définition de J. HERON et T. LE BARS, n° 352 : « L'autorité de la chose jugée s'attache aux faits retenus par le juge et à la correspondance de ces faits avec les éléments du présupposé de la règle de droit, telle que la retient le juge ». Cette vérification juridictionnelle porterait sur trois points : « la matérialité du fait que le juge retient dans sa décision ; ensuite, la correspondance entre ce fait et tel élément du présupposé de la règle de droit (la qualification juridique) ; enfin, l'applicabilité de la règle, dans l'interprétation que le juge lui donne ». Il faut toutefois aujourd'hui prendre en compte la jurisprudence *Cesareo* (Ass. Plén. 7 juil. 2006, *D.* 2006, p. 2135, note E. Weiller ; *JCP* 2006, I, 183, obs. S. Amrani-Mekki et 188, note R. Martin ; *Dr.*

671. **Difficultés d'application de l'autorité de chose jugée.** La notion d'autorité de chose jugée est cependant d'une application difficile en la matière. Il faut noter, en effet, que la décision sur la compétence et l'évocation de la règle pertinente sont souvent inscrites aux motifs de la décision. C'était ainsi le cas dans l'arrêt *Bourjois* et dans l'arrêt *Gotbaer*. Or, en droit interne du moins, l'article 480 C.P.C. et une jurisprudence constante interdisent au juge de prendre en compte l'autorité de chose jugée de ce qui n'est pas indiqué au dispositif<sup>1526</sup>. On peut expliquer la position de la jurisprudence par le fait que les motifs décisifs, s'ils sont nécessaires à la détermination de la portée de l'autorité de chose jugée, ne peuvent pour des raisons de sécurité juridique être inclus dans ce qui a concrètement autorité.
672. **Critique de la limitation de l'autorité au seul dispositif en droit interne.** Cette distinction entre motifs et dispositifs a été doublement critiquée par la doctrine processualiste<sup>1527</sup>. D'une part, certains motifs sont nécessaires à la compréhension du dispositif, il s'agit des « motifs décisifs ». Pour reprendre l'exemple précédent, la seule affirmation, dans le dispositif d'un jugement, « Dit que M. X est le propriétaire du tableau Y en la possession de M. Z » à la suite d'une action en revendication, ne permet pas de savoir si l'autorité de chose jugée de ce jugement s'oppose à ce qu'un juge puisse ensuite être saisi par M. Z d'une action en délivrance du tableau qu'il prétend avoir acheté à ce M. X. Pour MM. HERON et LE BARS, alors, cette distinction est à la fois artificielle et incohérente<sup>1528</sup>. D'autre

---

*et proc.* 2006, n° 348, obs. N. Fricero ; *Procédures* 2006, comm. 201, obs. R. Perrot) selon laquelle « il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci ». La cause de la demande, en ce qu'elle prend en compte le fondement juridique, a ainsi perdu beaucoup de son importance au profit de l'objet. Concernant une décision d'incompétence étrangère, cependant, la cause conserve sa pertinence : ce n'est que parce que la décision étrangère a appliqué une règle de compétence uniforme qu'elle peut être reconnue dans l'ordre juridique français. De ce point de vue, appliquer la jurisprudence *Cesareo* de manière stricte à la question étudiée n'aurait aucun sens : au lieu de démultiplier l'effet d'empêchement de l'autorité de chose jugée pour obliger le demandeur à présenter tous les moyens possibles rapidement, cela aurait au contraire pour effet d'empêcher systématiquement de reconnaître toute autorité de chose jugée à l'étranger. Par hypothèse, dès lors, seules les décisions ayant appliqué de telles règles pourront obtenir autorité de chose jugée en France. Concrètement, en outre, les alternatives n'existent pas : soit la règle de compétence applicable (selon le juge français) est unique, et dans ce cas, il est tout simplement impossible d'évoquer un autre fondement juridique ; soit la compétence est alternative, mais la question se résout de la même manière que pour une compétence unique. En effet, si la règle de compétence alternative évoquée devant le juge second saisi est celle sur laquelle s'est fondé le premier juge, la situation est identique. Si, au contraire, la règle de compétence évoquée devant le second juge est une autre règle de compétence, le défendeur aura beau jeu d'objecter au demandeur qu'il a modifié son choix de compétence entre la première instance et la seconde, et qu'il est obligé d'être cohérent.

On pourrait ici s'interroger pour savoir si le demandeur a le droit à l'erreur : s'il a saisi une juridiction sur le fondement d'un chef de compétence qu'il pensait se réaliser près de chez lui, a-t-il la possibilité de revenir sur ce choix s'il s'avère que le rattachement se réalise en réalité beaucoup plus loin ? Autant il nous semble nécessaire d'imposer aux parties d'être le plus clair possible dans le déclinatoire ou le contredit pour purger le contentieux au plus vite, autant le sens même de la compétence, dans le sens d'un intérêt privé des parties, pourrait justifier de laisser le demandeur maître de ce choix. A choisir ainsi un autre fondement de compétence, il prend lui-même le risque de renouveler le contentieux sur la compétence sans pour autant, nous semble-t-il, que l'organisation publique étatique ait trop à en souffrir (l'alternative, après tout, a été offerte par le législateur). Ce n'est pas, pourtant, l'option choisie semble-t-il par la jurisprudence, v. Civ. 2<sup>ème</sup>, 16 mai 2012, n° 11-16942, *Rev. Lamy de dr. civ.* 1<sup>er</sup> juil. 2012, n° 95, p. 57, obs. A. Paulin.

<sup>1526</sup> V. L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, n° 269 et les arrêts cités.

<sup>1527</sup> Sur la distinction, v. L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, n° 269s.

<sup>1528</sup> J. HERON et T. LE BARS, n° 374.

part, MM. CADIET, NORMAND et Mme AMRANI-MEKKI remarquent que, outre la distinction quelque peu byzantine qu'elle impose, cette solution disciplinaire se fait à valeur constante. Si la sécurité juridique en ressort renforcée quant à l'*instrumentum*, le jugement, elle est bien affaibli quant au *negotium*, la décision : il sera facile aux parties d'en remettre en cause les motifs dans un prochain procès<sup>1529</sup>. Il reste que la jurisprudence persiste à l'appliquer malgré ces critiques, contrôlant ainsi notamment la discipline judiciaire dans la rédaction des arrêts<sup>1530</sup>.

**673. Extension de l'autorité aux motifs des jugements étrangers.** Ce ne sont de toute façon peut-être pas les problèmes les plus criants de la distinction dans le cadre de la reconnaissance des jugements étrangers. Pour ces derniers, la discipline voulue par la Cour de cassation n'a pas de sens. Sauf à vouloir imposer au monde entier la rigueur de plume de la Cour de cassation, il est nécessaire d'attribuer l'autorité de chose jugée, le cas échéant, aux motifs décisifs de la décision étrangère. Il faut donc adapter la règle française à la spécificité de la reconnaissance du jugement étranger<sup>1531</sup>. Les décisions *Bourjois* et *Gothaer*, d'ailleurs, ne disent pas autre chose. Dans la première, la Cour de cassation rejetait d'ailleurs explicitement la violation de l'article 1351 du Code civil, mais aussi implicitement celle des articles 4 et 480 du Code de procédure civile qui étaient invoqués par le pourvoi<sup>1532</sup>. Dans la seconde, argumentant par l'absurde, la Cour de justice développe un exemple qui mérite d'être relevé : que ferait-on si, la juridiction d'un État-membre élu par une clause attributive jugeait que la clause est nulle et que la seule juridiction objectivement compétente (en l'absence de clause) s'avérait être celle d'un tribunal d'un autre État-membre qui s'était déclaré incompétent après avoir jugé de la validité de la clause ? On voit l'incongruité de la solution. La localisation de l'autorité de chose jugée est une règle élaborée en perspective des voies de recours interne : il n'y a pas lieu de l'appliquer à la décision d'une juridiction qui ne participe pas du même ordre juridictionnel.

**674. Autorité négative de chose jugée.** Certains ont toutefois été troublés par l'idée qu'un juge étranger pouvait désigner un juge français et lier ce dernier par cette décision. Un auteur a ainsi pu objecter que les demandes ne pouvaient avoir le même objet, puisqu'elle ne répondait pas à la même question : la question de la compétence du juge français n'était pas la même que la question de la compétence du juge italien<sup>1533</sup>. L'explication se trouverait alors dans l'octroi d'une autorité

---

<sup>1529</sup> En ce sens, L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Ibid.*

<sup>1530</sup> Ass. Plén., 13 mars 2009, D. 2010. Pan. 169, obs. N. Fricero; *JCP* 2009. II. 10077, note Y.-M. Serinet; *Gaz. Pal.* 2009, p. 1314, note T. Janville; *LPA* 16 juill. 2009, note R. Bargue; *RTD civ.* 2009. 366, obs. R. Perrot; *Dr. et proc.* 2009. 266, obs. E. Putman.

<sup>1531</sup> Comp., en matière de motivation, le libéralisme de la Cour de cassation sur la reconnaissance des décisions ne portant pas la motivation (v. par exemple, sur la motivation Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 nov. 2008, *JCP* 2008, act. 651, obs. E. Cornut) pourtant considérée comme fondamentale en droit interne (L. BORE, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2002, I, 104).

<sup>1532</sup> L'article 480 attribue l'autorité de chose jugée au dispositif des jugements sur le principal (article 4 C.P.C. : ce qui a été demandé), sur une exception de procédure ou une fin de non-recevoir notamment. La Cour ne semble donc pas accorder ici d'importance à la localisation de l'autorité de chose jugée.

<sup>1533</sup> L. USUNIER, note sous *Bourjois* précitée.

positive de chose jugée<sup>1534</sup>. L'idée serait celle-ci : l'autorité négative de chose jugée ne s'attache qu'à ce qui a été décidé puisqu'il faut une identité de cause et d'objet. En revanche, l'autorité positive permettrait de tirer, à partir de ce qui a déjà été jugé, les conséquences nécessaires pour une autre demande. Ainsi, la jurisprudence semble avoir partiellement mis en jeu cet effet dans le cadre du principe de la concentration des moyens, qui permet d'opposer l'autorité de chose jugée à un demandeur qui agit à nouveau, dans le même objectif, mais en se fondant sur un nouvel argument de droit<sup>1535</sup>. En matière d'autorité d'une décision de compétence étrangère, l'effet positif permettrait de justifier que, parce qu'elles appliquent toutes deux la même règle dans la même affaire, la décision qui ne se prononce que sur la compétence de la première juridiction puisse être invoquée devant la seconde. Toutefois, l'usage de cet effet positif, en dehors de l'application spécifique à la concentration des moyens, est traditionnellement exclu par la Cour de cassation<sup>1536</sup>. Surtout, l'explication paraît bien artificielle. En effet, concrètement, cette interprétation aboutit au même résultat que celle employant le plus classique effet négatif. La seule différence porte sur une victoire : la toute théorique indépendance française dans la détermination de la compétence de ses juridictions. Une victoire platonique, cependant, puisque l'effet concret est strictement le même.

675. **Indifférence du fondement, importance de la solution.** S'il fallait ajouter à l'argument théorique et téléologique tirée de l'existence même des règles uniformes déjà évoqué au sujet de la désignation par le juge français d'un juge étranger<sup>1537</sup>, il nous semble que l'essentiel de la force persuasive de ces décisions se trouve dans une perspective pragmatique et fonctionnelle : celle des conséquences du refus de reconnaissance. Qu'y a-t-il de plus imprévisible qu'un problème auquel on ne pourrait trouver de solution définitive ? C'était précisément l'argument qui avait poussé, on l'a vu, à la réforme de 1958 sur la désignation obligatoire de la juridiction compétente en droit interne, une réforme dont on avait même ensuite amélioré les acquis. D'ailleurs, d'autres États disposent du même mécanisme. Si la juridiction allemande de renvoi dans l'affaire *Gotthard* s'interrogeait ainsi au regard de certains écrits de la doctrine allemande de droit international privé, l'État allemand, intervenant à la procédure, nota que dans son droit interne, la décision d'incompétence d'une juridiction a force obligatoire à l'encontre du juge désigné

<sup>1534</sup> Une part importante de la doctrine est plutôt favorable à l'octroi d'une certaine autorité positive de chose jugée aux jugements, la question portant sur la portée –très exceptionnelle, ou seulement limitée– à lui accorder (v. J. HERON et T. LE BARS, n° 365, L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, *loc. cit.*, J. GHESTIN, « L'autorité de chose jugée des motifs d'une décision judiciaire en droit privé », in *Liber Amicorum Jean Waline*, Dalloz 2002, p. 575 ; J. HERON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité de la chose jugée ? », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz 1996, p. 131 ; S. GUINCHARD et alii., n° 221.

<sup>1535</sup> Il s'agit de la jurisprudence *Cesareo*, Ass. Plén. 7 juil. 2006, références citées *supra*, note n° 1525.

<sup>1536</sup> J. HERON, *op. cit.* L'autre difficulté de la notion est sans nul doute sa complexité, la doctrine se divisant entre ceux qui la refusent en bloc (M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse Paris II 1988), ceux qui la refuse pour ce qu'elle serait, c'est-à-dire de l'autorité de chose jugée (Th. LE BARS, « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *Procédures* 2007, Etude n° 12 ; C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ 2000), ceux qui, enfin la traite comme une sorte particulière d'autorité de la chose jugée (L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, n° 265 ; comp. J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> éd., n° 345) et ceux, enfin, qui lui attribuent d'autres effets (la force exécutoire, force probante et force de vérité légale, v. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, n° 1092s.).

<sup>1537</sup> V. *supra*, n° 631s.

dans la même décision et saisit directement ce juge, exactement comme l'article 96 C.P.C. en droit français<sup>1538</sup>. Ce que l'on fait à l'intérieur d'un État du fait de l'unité du droit de la compétence doit pouvoir se faire entre États dès lors que la situation juridique est identique<sup>1539</sup>. Il est pratique et juste de reconnaître les décisions étrangères sur la compétence et de lier le juge français par l'autorité de chose jugée qui leur est attachée, mais l'étude de la possibilité de la circulation transfrontière de ces jugements n'implique pas qu'elle n'ait aucune limite. On doit donc maintenant voir la portée de cette possibilité.

## II) La portée de la circulation des jugements d'incompétence

676. La reconnaissance des jugements sur la compétence est non seulement possible mais encore acquise en jurisprudence, quant à son principe du moins. Quant à sa portée, les solutions sont encore peu affinées. Or, si les effets d'une reconnaissance des décisions d'incompétence sont intéressants, essentiellement quant à la désignation de la juridiction compétente qui y serait associée, ceux des décisions de compétence sont au contraire dangereux (A). En revanche, une fois limitée aux seules décisions d'incompétence, peu d'éléments viendront empêcher la circulation des décisions, car les conditions de la reconnaissance ne seront pas difficiles à remplir (B).

---

<sup>1538</sup> §281 Z.P.O dont voici une traduction libre: « (1) Si, au regard des règles sur la compétence territoriale et matérielle des juridictions, l'incompétence du tribunal doit être prononcée, et à la condition qu'il soit possible de déterminer la juridiction compétente, la juridiction devant laquelle l'action a été initialement portée doit déclarer, à la requête du demandeur, qu'elle n'est pas compétente et renvoyer le litige à la juridiction compétente. Si plusieurs cours sont compétentes, le litige devra être renvoyé à la juridiction désignée par le demandeur. (2) Les requêtes et déclarations concernant la compétence de la juridiction peuvent être déposées auprès du greffier en charge du rôle de la juridiction. L'ordonnance de la juridiction est rendue en dernier recours. L'instance sera alors pendante devant la juridiction désignée dans l'ordonnance dès réception du dossier. L'ordonnance sera obligatoire pour cette juridiction. [...] ». (« § 281 Verweisung bei Unzuständigkeit (1) Ist auf Grund der Vorschriften über die örtliche oder sachliche Zuständigkeit der Gerichte die Unzuständigkeit des Gerichts auszusprechen, so hat das angegangene Gericht, sofern das zuständige Gericht bestimmt werden kann, auf Antrag des Klägers durch Beschluss sich für unzuständig zu erklären und den Rechtsstreit an das zuständige Gericht zu verweisen. Sind mehrere Gerichte zuständig, so erfolgt die Verweisung an das vom Kläger gewählte Gericht. (2) Anträge und Erklärungen zur Zuständigkeit des Gerichts können vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle abgegeben werden. Der Beschluss ist unanfechtbar. Der Rechtsstreit wird bei dem im Beschluss bezeichneten Gericht mit Eingang der Akten anhängig. Der Beschluss ist für dieses Gericht bindend. »)

<sup>1539</sup> V. encore, en droit italien, l'article 44 du *codice di procedura civile*: « L'ordonnance qui, en vertu des articles 39 et 40, déclare l'incompétence du juge qui la prononce, si elle n'est pas réformée par voie de recours, rend incontestable l'incompétence qui y est déclarée et la compétence du juge qui y est indiquée si le litige est repris dans les termes de l'article 50 [délai, essentiellement], sauf s'il s'agit de compétence matérielle ou de la compétence territoriale prévue à l'article 28 [prorogation de for] » (« La ordinanza che, anche a norma degli articoli 39 e 40, dichiara l'incompetenza del giudice che l'ha pronunciata, se non è impugnata con l'istanza di regolamento, rende incontestabile l'incompetenza dichiarata e la competenza del giudice in essa indicato se la causa è riassunta nei termini di cui all'articolo 50, salvo che si tratti di incompetenza per materia o di incompetenza per territorio nei casi previsti nell'articolo 28 ») ; en droit espagnol, l'article 60-1 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*: « Si la decisión de desahucio de un tribunal por falta de competencia territorial es decidida en virtud de un declinatorio o después de oír a todas las partes, el tribunal al que se remiten las actuaciones estará a lo decidido y no podrá declarar de oficio su falta de competencia territorial »).



### **A) Les effets en fonction du type de décision**

677. La reconnaissance d'une décision étrangère sur la compétence présenterait l'avantage de rationaliser les contentieux sur la compétence et d'en accélérer la solution. Mais ce n'est pas le seul effet. Ainsi, la reconnaissance d'un jugement d'incompétence aurait par ailleurs l'avantage d'éviter les éventuels conflits négatifs de compétence, qui ne peuvent être aujourd'hui résolus que par la théorie du déni de justice (1). En revanche, la reconnaissance d'une décision de compétence pose une confusion dangereuse des mécanismes de résolution des conflits de procédures (2).

#### **1. Reconnaissance d'un jugement d'incompétence désignant le juge compétent**

678. **Avantage de la reconnaissance d'une décision d'incompétence.** Reconnaître la décision d'un juge étranger partenaire dans un système de compétence et lui donner autorité de chose jugée empêchent tout nouveau débat sur la compétence. Le plus souvent, le juge français saisi sera le juge désigné par la juridiction d'origine du jugement. Impossible dès lors pour le défendeur de soulever une exception d'incompétence : elle serait irrecevable du fait de l'autorité de chose jugée de la décision étrangère. Mais, de même, si c'est un troisième juge qui a été désigné, la saisine du juge français n'aura d'autre effet que d'obtenir une seconde décision d'incompétence désignant ce même troisième juge.

679. **Avantage sur la seule solution par la litispendance.** On pourrait penser que l'exception de litispendance pourrait suffire à résoudre une telle situation, mais le raccourci serait erroné : la litispendance permettrait en effet de prendre en compte la décision d'incompétence du juge étranger, pas son application de la règle uniforme désignant le juge français.

680. **Avantage sur la seule solution par le déni de justice.** De même, l'idée que le déni de justice est à même de fournir une solution au conflit négatif de compétence, c'est-à-dire le cas où plusieurs juridictions se sont déclarées incompétentes, est assez peu satisfaisante. D'une part, la solution de la compétence des juridictions françaises pour déni de justice suppose par hypothèse que l'on soit assuré que le demandeur puisse essayer au moins deux échecs dans sa recherche d'une juridiction compétente : devant un juge étranger potentiellement compétent – aux yeux du juge français – et devant le juge français lui-même. En pratique, cela pousse à attendre la décision d'au moins un juge étranger. En outre, le chef de compétence pour déni de justice n'est pas d'une grande prévisibilité : il est dépend de la conviction du juge que nul autre ne pourra se reconnaître compétent. Cela

repousse d'autant, et avec autant d'incertitude pour le demandeur, la possibilité d'obtenir une décision au fond<sup>1540</sup>.

681. **Avantage pour l'interprétation uniforme de règles uniformes.** D'autre part, il ne faut pas manquer de souligner encore que l'on se place ici par hypothèse dans le cadre d'un système de compétence, c'est-à-dire entre le juge français et le juge d'un autre État tous les deux liés par une même règle de compétence uniforme. Face à un même contentieux, la seule explication possible d'une divergence de solutions se trouve alors dans une différence d'interprétation de cette dernière règle, une divergence en contradiction avec l'obligation internationale de l'État de s'efforcer de donner une interprétation uniforme de la règle issue d'une source internationale<sup>1541</sup>. Reconnaître les décisions d'incompétence au sein d'un même système apporte donc de nombreux avantages.
682. **Absence d'effets procéduraux.** Il ne faudrait pas, en revanche, attendre beaucoup de conséquences purement procédurales d'une telle reconnaissance. Il n'y a pas lieu, par exemple, d'appliquer le principe de continuité de l'instance entre l'instance étrangère et l'instance française comme cela est organisé entre deux instances françaises par la jurisprudence appliquant l'article 96 C.P.C.<sup>1542</sup>. En effet, les conséquences que cette continuité permet, comme l'interruption de la prescription<sup>1543</sup>, le transfert des risques, le début du décompte des intérêts

---

<sup>1540</sup> On ne saurait toutefois évacuer ce chef de compétence pour déni de justice des systèmes de compétence internationaux : son utilité réapparaîtra dans les rares hypothèses où le jugement d'incompétence ne satisferait pas aux critères de reconnaissance, v. *infra*, n° 690s.

<sup>1541</sup> V. *supra*, n° 590s.

<sup>1542</sup> En effet, en droit interne, si le prononcé du jugement devrait en principe entièrement éteindre l'instance, la jurisprudence considère que l'instance se poursuit grâce à l'effet attributif octroyé par l'article 96 du Code de procédure civile à la décision de renvoi du juge incompétent au juge compétent, Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mars 1993, *JCP* 1993, IV, n° 1230. V. L. CADIEU et E. JEULAND, n° 288, S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, n° 394.

<sup>1543</sup> Au sujet de cette dernière, il faut relever un critiquable revirement de jurisprudence. Selon l'article 2241 du Code civil, en effet, « [l]a demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion. Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure ». C'est donc bien la demande en justice et non la décision qui marque l'évènement interruptif du délai de prescription. Il n'y aura pas lieu de faire jouer la reconnaissance. La difficulté provient de l'article 2243 Code civil qui énonce que « [l]'interruption est non avenue si le demandeur se désiste de sa demande ou laisse périmer l'instance, ou si sa demande est définitivement rejetée ». Le délai de prescription se remet-il alors à courir lorsque la procédure étrangère dont le début l'avait interrompu se solde par une décision dont l'exequatur est rejeté en France ? La Cour de cassation a jugé que la demande est définitivement rejetée, au sens de cet article, tant par un moyen de fond que par une exception de procédure ou une fin de non-recevoir (Com., 21 avr. 1980, *Bull.*, n° 157. V. en dernier lieu Com., 13 sept. 2011, *RCDIP* 2012, p. 113, note J. Klein ; *JCP* 2011, 1259, chron. Ph. Simler et 2012, 264 chron. J. Beguin ; *Gaz. Pal.* 21 déc. 2012, p. 20, note M.-P. Dumont-Lefrand ; *JCP E* 2012, n° 23 p. 42 note A. Salgueiro ; *Rev. dr. banc. et fi.* 2011, n° 6, p. 30, obs. A. Cerles ; *Banque et droit* nov. 2011, p. 51, obs. N. Rontchevsky). Puisque, dès lors, l'article 2243 C.civ. ne prête en réalité aucune conséquence au type de jugement, mais seulement à son effet, il ne devrait pas y avoir nécessité de reconnaissance. C'est la raison pour laquelle nous serions volontiers critiques à l'égard de la solution retenue par l'arrêt du 13 septembre 2011 précité. Dans cet arrêt, la Cour de cassation décide, au sujet de l'action de la banque garante contre la banque contre-garante, que « la disposition aux termes de laquelle l'interruption de la prescription est regardée comme non avenue, si la demande est rejetée, est absolue et ne comporte aucune distinction selon que la demande est définitivement rejetée par un moyen de fond ou qu'elle est repoussée soit par un moyen de forme, soit par une fin de non-recevoir laissant subsister le droit d'action ; qu'après avoir relevé que le délai de prescription avait commencé à courir le 9 avril 1984, et que ce délai s'était trouvé interrompu par l'assignation [...] devant les juridictions égyptiennes, laquelle avait donné lieu à l'arrêt du 26 avril 1994 de la cour d'appel du Caire, l'arrêt retient que l'exequatur de cette décision en France a été refusé par jugement du 5 mai 2004 et qu'il en résulte que l'interruption de cette instance doit être regardée comme non avenue ; que par ces motifs, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ». Elle modifiait sur ce point sa jurisprudence, Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> janv. 1975, *RCDIP* 1977,

moratoires, etc.<sup>1544</sup>, n'ont pas besoin d'une reconnaissance pour fonctionner. Il s'agit de règles de procédure françaises<sup>1545</sup> : elles se satisfont de la seule preuve de la saisine de la juridiction étrangère, puisque cette dernière est seulement prise en considération<sup>1546</sup>. De même, il ne fait aucun doute que l'on ne saurait accepter d'étendre l'article 97 C.P.C. et considérer le juge français saisi par l'envoi du dossier par une juridiction étrangère. On ne saurait en effet faire dire au système de compétence plus que ce qu'il n'écrit : il organise les rapports de concurrence entre les juridictions, mais ne les intègre pas dans un nouvel ordre juridictionnel<sup>1547</sup>. Enfin, il ne faudrait *a fortiori* pas en déduire de solution substantielle. Le fait que la juridiction étrangère ait pris partie sur la qualification de la situation juridique pour l'application de la règle de compétence uniforme n'implique rien quant à la qualification de cette relation pour l'application des règles substantielles. On ne saurait donc, non plus, étendre à cet effet le jeu de l'article 95 C.P.C. qui contraint le juge de renvoi à suivre au fond les qualifications déterminées par le juge d'origine pour déterminer la compétence<sup>1548</sup>.

## 2. Reconnaissance d'un jugement de compétence

683. **Quasi-identité des jugements de compétence et d'incompétence.** La décision prononçant la compétence du juge étranger ne se distingue pas vraiment, formellement, de celle qui déclare son incompétence. L'une comme l'autre sont par hypothèse la conséquence normative de l'application d'une règle de compétence

---

p. 120, note G. Couchez. Cet arrêt, que l'on peut critiquer au titre d'une confusion entre l'instance de fond et l'instance d'exequatur (J. Klein, note précitée) est à nos yeux de surcroît discutable quant à sa solution. En effet, la solution de l'arrêt aboutit à distinguer l'hypothèse du jugement étranger accueillant la demande et exécuté en France d'un côté, et de l'autre à la fois les jugements de débouté exécutés et les jugements dont l'exequatur est refusé. Or, si une conclusion doit être retirée du refus de l'exequatur, c'est moins celle du débouté du demandeur que de l'inexistence en France du jugement au fond. En toute logique, l'article 2241 du Code civil interrompant l'instance dès la saisine du juge étranger, il faudrait donc considérer dans cette hypothèse que la prescription a été interrompue et que cette interruption n'a pas été annulée (puisque le débouté pas plus que l'accueil de la demande ne sont censés avoir été reconnus en France). La solution ne manquerait pas de piquant, mais elle n'aurait rien de logique. On voit donc bien que l'article 2243 du Code civil, lorsqu'il est applicable, doit prendre en compte non la normativité du jugement étranger mais son simple effet de fait.

<sup>1544</sup> V. J. HERON et Th. LE BARS, n° 119.

<sup>1545</sup> Eventuellement, on pourra cependant appliquer le droit étranger d'origine de la décision pour vérifier l'effet procédural. À titre d'exemple, le droit allemand ne reconnaît pas l'effet interruptif de prescription de la seule saisine du juge (F. LIMBACH, « La prescription extinctive en droit allemand », *D.* 2008, p. 2535).

<sup>1546</sup> C'est en effet la saisine d'une juridiction qui déclenche la plupart de ces effets, v. J. VIATTE, « La demande en justice en matière contentieuse », *Gaz. Pal.* 1976, 2, doct. p. 565. Quant au fait que l'effet soit liée à la prise en considération de la saisine et non à la reconnaissance du jugement, il est vrai que certaines raisons ayant trait à ce dernier pourraient pousser à refuser de prendre en considération la première. Ainsi, l'évidence de la solution est moins forte si la saisine du juge étranger sert à différer artificiellement la fin du délai octroyé à l'action, ou à augmenter artificiellement le calcul des intérêts moratoires. La fraude doit au contraire être sanctionnée. Cela, cependant, ne saurait remettre en question, en opportunité, la solution précédente. Il nous semble simplement que, dans cette hypothèse, on devrait alors faire jouer une analyse de droit interne de la fraude.

<sup>1547</sup> Cf. *supra*, n° 449.

<sup>1548</sup> Cette disposition permet en effet de conserver une certaine cohérence à la décision prise sur la compétence, qui s'impose à la juridiction de renvoi, et aux appréciations des droits des parties au fond qui ont permis de la déterminer, tant, du moins, que le juge en fait état dans son dispositif, v. par exemple Civ. 2<sup>ème</sup>, 24 mai 2007, *RTD Civ.* 2007, p. 630, obs. Ph. Théry.

uniforme à la juridiction originelle et la juridiction requise. La solution est simplement contraire : il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'autorité de chose jugée d'un jugement étranger de compétence ne serait soulevée qu'à l'appui d'une exception d'incompétence devant le juge français au profit du juge d'origine. Les conséquences d'une décision de compétence sont telles, lorsqu'elles sont prononcées avant le jugement sur le fond, que le mécanisme de reconnaissance d'une telle décision devrait être écarté au profit d'un autre : la litispendance.

**684. Avantage minime de la reconnaissance d'un jugement de compétence.** Par hypothèse, en effet, la réception d'un jugement de compétence étranger dans le for est le préalable à une demande de dessaisissement du juge français. Soit que le juge français est saisi après que cette décision étrangère a été rendue, soit qu'il reçoit la décision du juge étranger en cours de procédure, la reconnaissance de cette décision pourra remplir deux fonctions. En premier lieu, elle pourra servir à établir l'incompétence du juge français. L'hypothèse est celle de l'arrêt *Bourjois* : les deux juges revendiquent le même chef de compétence, et la décision de l'un d'eux va en trancher le sens définitif. En second lieu, et cette fois-ci quelque soit le fondement de compétence revendiquée par le juge requis, cette décision va servir à démontrer la compétence du juge étranger et le maintien de la procédure devant ce dernier. Dans le cadre d'une éventuelle exception de litispendance, être certain que le juge étranger a confirmé sa compétence – et la vérifier – est de toute façon indispensable.

A vrai dire, toutefois, ces deux fonctions, placées à deux moments de l'analyse, sont assez peu intéressantes, si ce n'est tout simplement inutiles. En effet, la seconde fonction évoquée, à savoir donner la certitude que le juge conservera sa compétence et la contrôler, n'apporte rien de nouveau : depuis l'arrêt *Miniera di Fragne* en droit commun de la litispendance, c'est même une obligation du juge, puisqu'il doit contrôler la compétence indirecte du juge étranger pour vérifier que la décision pourra produire des effets en France<sup>1549</sup>. Or il n'est pas nécessaire de reconnaître la décision de compétence pour cela : il suffit de la prendre en considération. Quant à la première fonction, c'est-à-dire établir l'incompétence du juge français, elle se place en concurrence directe avec la méthode de la litispendance. S'il est vrai que la conclusion possible peut être de renvoyer au juge étranger compétent, le juge français se fonderait alors non sur la règle de priorité de l'article 27 de Bruxelles I, ou la règle d'opportunité de la jurisprudence *Miniera di Fragne*<sup>1550</sup>, mais sur la vérification que le jugement de compétence peut être reconnu. D'une part, donner effet au jugement de compétence reconnu violerait l'article 27 du Règlement Bruxelles I (la priorité du premier saisi pour statuer) si la décision de compétence est rendue par le second juge saisi. D'autre part, on se prive de la possibilité d'évaluer l'opportunité de renvoyer au juge étranger si l'on se contente de vérifier la reconnaissance d'un jugement de compétence, et non du

---

<sup>1549</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 nov. 1974, *RCDIP* 1975, note D. Holleaux ; *JDI* 1975, p. 108, note A. Ponsard ; *Grands Arrêts*, n° 54.

<sup>1550</sup> Qui est aussi celle, par ailleurs, des articles 33 et 34 du règlement de refonte n° 1215/2012, qui pose comme condition, outre l'antériorité de la saisine de la juridiction tierce, la possibilité de reconnaissance de la décision à venir.

jugement de fond à venir. L'avantage de reconnaître un jugement de compétence paraît donc bien minime, si ce n'est inutilement perturbateur. Ce n'est toutefois pas là le plus important de ses problèmes.

685. **Danger important du refus de reconnaissance.** Admettons que le juge français considère l'exception d'incompétence recevable et étudie l'autorité de chose jugée d'un jugement de compétence étranger. Toutefois, pour une raison quelconque, il considère que ce jugement ne satisfait pas aux conditions de reconnaissance et refuse de lui faire produire effet. Il en rejettera, par voie de conséquence, l'exception d'incompétence. On se retrouve alors face à un problème délicat de conflit positif aggravé de compétence. Conflit positif, en effet, parce que deux juridictions se considèrent comme compétentes pour un même litige. C'est une situation que le droit processuel connaît bien et qui se résout en principe par la technique de la litispendance. La situation est aggravée, cependant, du fait que les deux juridictions se reconnaissent compétentes alors qu'un même système de compétence essayait d'organiser leur concurrence par des règles uniformes. Du point de vue de chacune de ces juridictions, dès lors, l'autre est en train de violer ces règles !

Dès lors, deux solutions sont envisageables. Soit cette violation paraît suffisamment grave pour qu'aucune des deux ne se désaisisse pour l'autre : la situation de litispendance sera insoluble, et un conflit de décisions va suivre le conflit de procédures. Il sera alors trop tard pour résoudre uniformément le problème ; un comble pour ce qui devait à l'origine permettre une organisation harmonieuse. Soit, malgré cette solution insatisfaisante pour elle, l'une des deux juridictions décide de faire droit à une exception de litispendance, et se dessaisit au profit de l'autre. L'avantage qu'aurait pu apporter la reconnaissance du jugement de compétence est alors nul, puisqu'il nécessite de revenir au mécanisme de résolution de la litispendance. La reconnaissance du jugement de compétence n'est peut-être pas d'une grande portée et l'on pourrait regretter la souplesse qu'offre au contraire la procédure de litispendance, alors écartée.

686. **Conclusion.** L'analyse oblige à écarter complètement la reconnaissance des jugements de compétence, c'est-à-dire des jugements étrangers retenant la compétence du juge qui l'a émise. La litispendance lui est très largement préférable, en droit commun, puisque la reconnaissance ne se prononce que sur la seule compétence, alors que la litispendance s'intéresse aussi au fond. Dans l'espace judiciaire européen, elle est même inévitable du fait d'une procédure de litispendance centrée sur le principe de la priorité au premier juge saisi. Pour un jugement d'incompétence, en revanche, la litispendance n'est plus guère utile : une fois le juge étranger dessaisi par sa décision d'incompétence, le juge français n'en sera pas pour autant reconnu compétent. Le jeu de l'autorité de chose jugée de cette décision étrangère, en revanche, permettrait de clore cette question et d'épargner un certain nombre de difficultés. Encore faudra-t-il, toutefois, que cette décision soit reconnue.

## ***B) Les limites de la circulation***

687. **Recherche de critères de contrôle appropriés.** Il ne suffit pas de décider que les jugements d'incompétence peuvent être reconnus en France, ni qu'ils peuvent y produire une autorité de chose jugée. Il faut encore déterminer les conditions selon lesquelles ces jugements peuvent produire de tels effets. Puisque le caractère intrasystémique de la décision d'incompétence lui donne une fongibilité équivalente à celle des décisions de droit privé, il est possible d'appliquer à cette dernière la méthode de la reconnaissance des décisions. Bien qu'il n'y ait alors qu'une seule méthode, on devrait en revanche évoquer au moins une dualité de régime. Outre quelques régimes spéciaux dans certaines conventions bilatérales, un jugement étranger peut en effet être contrôlé suivant les articles 33 et suivants du Règlement Bruxelles I ou les critères posés en dernier lieu en droit commun par l'arrêt *Cornelissen*<sup>1551</sup> selon qu'il émane ou non d'un juge européen. Le réflexe logique serait alors de distinguer maintenant la circulation de tels jugements au sein de l'espace judiciaire européen d'une part, et la reconnaissance en France de jugements d'incompétence issus d'autres États d'autre part. Globalement, toutefois, on peut les ramener à trois critères essentiels : la compétence du juge étranger, appelée « compétence indirecte » depuis Etienne BARTIN<sup>1552</sup>, l'ordre public, dans ses dimensions processuelle et substantielle, et la fraude<sup>1553</sup>. En suivant chacun de ces critères, on verra à quel point le jugement d'incompétence est peu dangereux pour l'ordre juridique français et devrait le plus souvent être reconnu. En effet, le critère de la compétence indirecte, ici multiple, n'est tout simplement pas pertinent (1). Quant à l'ordre public (2) et la fraude (3), ils ne devraient pouvoir jouer que de manière exceptionnelle.

### ***1. L'inutilité du critère de compétence indirecte***

688. **Inutile vérification de la compétence du juge d'origine.** La première condition porte sur la compétence indirecte du juge d'origine de la décision. En droit commun, il s'agit d'évaluer le lien existant entre le litige et ce juge à défaut de fraude et de compétence exclusive française<sup>1554</sup>. C'est aussi ainsi que sont aujourd'hui interprétées les conventions qui prévoient la condition lorsqu'elles ne sont pas plus précises sur ce point. Le Règlement Bruxelles I, quant à lui, réduit la possibilité de vérifier la compétence du juge d'origine aux seuls cas de compétence exclusive visés à l'article 23, de litiges en matière de consommation et d'assurances<sup>1555</sup>. Ceci étant, qu'il s'agisse de la version étendue ou de la version

---

<sup>1551</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 févr. 2007, *JDI* 2007, p. 1195, note F.-X. Train ; *RCDIP* 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *D.* 2007, p. 891, obs. P. Chauvin et p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; *Gaz. Pal.* 3 mai 2007, p. 2, note M.-L. Niboyet.

<sup>1552</sup> E. BARTIN, *Études sur les effets internationaux des jugements*, t. I, de la compétence du juge étranger, LGDJ, Paris 1907, spéc. p. 4s.

<sup>1553</sup> Certains systèmes conventionnels anciens ajoutent parfois la condition de la loi appliquée. Ce critère ne devrait ici par hypothèse n'avoir aucun effet puisqu'il renverra par hypothèse à un système commun de compétence.

<sup>1554</sup> B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 523s. ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 264s. ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 367s. ; M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de la PRADELLE, n° 659s.

<sup>1555</sup> Article 34 du Règlement. Paradoxalement, le règlement refondu est ici moins rigoureux, puisque, suite à la proposition du Parlement, le champ de la vérification de la compétence indirecte en

réduite du contrôle, celui-ci n'aurait pas d'objet dans le cadre de la vérification d'une décision d'incompétence. Par hypothèse, le juge d'origine aurait lui-même considéré qu'il n'est pas compétent, puis déterminé un autre juge. Vérifier celle-ci au stade de la reconnaissance n'aurait donc aucun sens.

689. **Interdiction de la vérification de la compétence du juge désigné.** Il est possible qu'un troisième juge soit désigné dans le jugement d'incompétence et que le juge second saisi ne soit pas celui qu'avait désigné le premier. L'hypothèse est notamment celle de l'arrêt *Gothaer*, où le jugement anversois soulevé devant le tribunal de Brême avait désigné un juge islandais. Mais la vérification de la compétence du juge désigné serait contraire à l'idée même de reconnaissance des jugements : il s'agirait en effet de *révision* pure et simple, dans la mesure où la désignation est la solution juridique de l'arrêt d'incompétence. Or la révision du jugement étranger est interdite, tant par l'arrêt *Munzer* que par le Règlement Bruxelles I par exemple.
690. **Impossible vérification : principe de compétence-compétence.** En réalité, la seule compétence que l'on pourrait ici vérifier est la compétence de décider de la compétence, c'est-à-dire la compétence-compétence. Or, dès l'instant que ce juge participe d'un même système juridictionnel, on a vu que l'État lui reconnaissait nécessairement le pouvoir de juger et donc, par voie de conséquence, la possibilité de se prononcer sur la compétence<sup>1556</sup>. L'affirmation se prévaut par ailleurs des développements précédents distinguant la compétence du pouvoir de juger pour faire de la première une question de droit classique<sup>1557</sup>. De la même manière que le juge étranger peut lier le juge français sur une question de fond, il doit pouvoir le faire sur une question de compétence. La révolution conceptuelle qu'avait opéré, en droit interne, le décret de 1958<sup>1558</sup>, peut être étendue au droit international de la compétence dès lors, du moins, qu'il est uniforme. Au sein d'un système international de compétence comme au sein de l'ordre interne, il n'y a donc rien de choquant à ce que la compétence-compétence ne soit pas exclusive et qu'au contraire, un juge soit capable d'aller au bout du raisonnement distributif d'une règle de compétence. Il ne devrait donc pas y avoir lieu à vérification de la compétence indirecte du juge étranger<sup>1559</sup>.

---

matière d'assurance, de consommation ou de contentieux du travail est limité aux seuls cas où l'assuré, le preneur ou le bénéficiaire de l'assurance, la victime, le consommateur ou le salarié étaient défendeurs. La proposition de la Commission abrogeait de son côté toute vérification de cette compétence.

<sup>1556</sup> Cf *supra*, n° 117s.

<sup>1557</sup> Cf *supra*, n° 204s.

<sup>1558</sup> Sur ce décret et ses successeurs directs, v. *supra* n° 402.

<sup>1559</sup> Cela ne vaut, là encore, que tant que le système lie ensemble les juridictions par un même groupe de règles. Ce ne saurait donc être le cas en matière d'arbitrage, où le juge peut très bien décider de revenir sur une décision d'incompétence du tribunal arbitral, v. *supra*, n° 393.

## 2. *Les rares possibilités de violation de l'ordre public*

691. **Condition de conformité à l'ordre public et application de la règle de compétence.** La conformité de la décision à l'ordre public est une constante des systèmes de reconnaissance de décisions. Ce serait même la condition ultime, le dernier rempart à tenir avant l'abolition totale des frontières juridictionnelles<sup>1560</sup>. En matière de jugement d'incompétence, toutefois, on ne saurait affirmer, cependant, que cette condition sera très utile, que ce soit dans ses considérations procédurales comme substantielles.
692. **Conformité à l'ordre public procédural.** En premier lieu, l'ordre public international procédural n'aura probablement que rarement lieu de jouer du fait même de la configuration sous laquelle se présente le problème. On remarquera tout d'abord, à la suite d'un auteur<sup>1561</sup>, que l'ordre public procédural s'intéresse moins à la violation provoquée par la situation concrète dans laquelle se trouvent les parties à la suite de la décision examinée qu'à la possibilité pour ces derniers d'avoir pu faire valoir leurs droits. On ne saurait donc écarter toute possibilité de violation de l'ordre public sous prétexte que le jugement aboutit par hypothèse à une conclusion positive : la désignation d'un juge. Ce sont les conditions dans lesquelles cette désignation a été opérée qui importent. Toutefois, on ajoutera qu'il est probable que le jugement d'incompétence ait fait droit à une exception soulevée par le *défendeur*, et que l'hypothèse de violation des droits procéduraux du *demandeur* seront sans doute assez rares.
693. **Conformité à l'ordre public de fond.** En second lieu, l'ordre public de fond devrait lui aussi rarement intervenir, car les aspects substantiels d'une décision d'incompétence seront très maigres. Ils ne le seront que lorsque, pour trancher la question de la compétence, la décision doit se prononcer sur le fond. Or, le fait que les règles de compétence soient ici par hypothèse uniformes et, dans une certaine mesure, d'interprétation autonome, laissera assez peu de marge à une solution choquante. On ne saurait envisager *a priori* que deux éventualités de violation de l'ordre public de fond.

La première consiste dans le cas où la solution de compétence nécessite l'application d'une règle substantielle. On pense en particulier à une clause attributive de juridiction. La question sera le plus souvent résolue par un droit national par renvoi d'une règle de conflit ou même, comme dans un arrêt *Calimax*, par une application plus ou moins directe de règles matérielles internes<sup>1562</sup>. En sortant ainsi du champ de l'uniformisation, on pénètre sur le terrain des différences nationales et donc, potentiellement, des conflits de valeurs. Ainsi, il n'y a rien de surprenant à ce que la Convention de la Haye du 30 octobre 2005 sur les clauses d'élection de for réserve l'ordre public. La Convention réglant la validité de telles

---

<sup>1560</sup> V. sur ce sujet, M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, LGDJ 2013.

<sup>1561</sup> B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz 2008, p. 335s.

<sup>1562</sup> V. *supra* note n°1298.



clauses par référence au droit interne du juge élu, elle permet réciproquement au tribunal d'un État contractant non élu par la clause d'écarter cette dernière lorsque « donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi ». Il est vrai que la Convention n'envisage que la validité d'une clause, tandis que, dans le cas qui nous concerne, c'est une décision sur la clause qui pourrait être écartée. Le raisonnement est toutefois identique : dans les deux hypothèses, ce n'est jamais que l'effet qui leur est attaché qui va éventuellement provoquer la réaction de l'ordre juridique du for. L'ordre public pourra donc normalement jouer.

La seconde hypothèse est la plus générale, celle pour laquelle les rattachements et qualifications relèvent d'une interprétation autonome. Dans ce cas, il n'y a guère qu'en présence d'une application subversive de la règle commune que l'on pourra trouver une solution suffisamment choquante pour provoquer la réaction de l'ordre public. On pourrait envisager, par exemple, la qualification contractuelle d'une situation d'esclavage domestique<sup>1563</sup>, ou la caractérisation purement arbitraire du lieu d'un dommage, pour permettre par exemple au défendeur de plaider devant une juridiction qui lui serait plus favorable. Ces deux exemples, cependant, montrent assez bien la limite de l'ordre public substantiel. On constate en effet que l'ordre public ne s'attaquerait pas à la décision d'incompétence en elle-même, ou même à la désignation d'un autre juge compétent, mais aux motifs qui ont justifié ces éléments. Faudra-t-il alors suivre la solution de l'ordre public procédural, et s'attaquer à l'application choquante de ces règles substantielles et non à la solution à laquelle elles conduisent ? En matière d'ordre public international, il convient d'être pragmatique. L'exemple de la répudiation est par exemple assez topique : n'est-il pas, en définitive, plus grave pour la femme répudiée d'être toujours dans les liens du mariage en France que de reconnaître la décision, pourtant choquante, de répudiation<sup>1564</sup> ? Il faudrait donc voir si, en refusant de reconnaître le jugement d'incompétence et la désignation du juge compétent, le risque d'un déni de justice substantiel ne serait pas plus grand que dans la sanction d'un droit révoltant.

Il sera donc en réalité très difficile de démontrer la violation de l'ordre public par le seul effet de la désignation d'un juge. Le risque est plutôt celui d'une manipulation des divergences d'interprétation des règles pour obtenir une compétence plus intéressante. On glisse alors de l'ordre public à la fraude ; une fraude qui, dès lors que l'on considère les critères de compétence comme entièrement libres d'accès aux plaideurs, ne saurait jouer que dans une seule hypothèse : celle du conflit d'interprétations.

---

<sup>1563</sup> Si la question ne se posait pas en ces termes, l'idée de cette situation est reprise de l'affaire des *Epoux Monkarim*, Soc. 10 mai 2006, *RCDIP* 2006, p. 856, note P. Hammje et E. Pataut ; *JDI* 2007, p. 531, note J.-M. Jacquet ; *JCP* 2006, II, 10121, note S. Bollée ; *D.* 2006, p. 1400, note P. Guiomard et 2007, p. 1752, obs. P. Courbe ; *RDC* 2006, p. 1260, note P. Deumier v. *supra*, n° 420.

<sup>1564</sup> La Cour de cassation a cependant fait droit aux critiques de cet argument qui fait prévaloir l'intérêt particulier de la demanderesse sur le principe fondamental de l'égalité des sexes, v. la rétrospective de cette polémique étalée sur vingt ans aux *Grands Arrêts*, n° 63-64.

### 3. La difficulté de la fraude à la jurisprudence

694. **Contrôle de la fraude : hypothèse.** Pour bien comprendre la situation, nous proposerons là encore une situation imaginaire. Un demandeur, convaincu qu'il serait mieux traité dans un pays déterminé, cherche à obtenir la compétence d'un de ses juges. Supposons, pour simplifier l'hypothèse, que ce soit la France. Pour ce litige particulier, la règle de compétence uniforme d'un système transnational applicable notamment en France pourrait le lui permettre. Toutefois, la jurisprudence française interprète cette règle de telle manière que dans le cas d'espèce, ce ne serait pas le cas. La saisine d'un juge français aboutirait à la désignation de la juridiction d'un autre État du système, disons l'Allemagne. En s'adressant dès lors directement à un tribunal français, il court à l'échec, à moins d'obtenir un long et improbable revirement de jurisprudence. Une autre possibilité s'ouvre cependant à lui. Admettons encore que la règle soit interprétée dans l'un des pays participant à ce système de compétence, par exemple la Suisse, d'une manière qui soit plus favorable à notre demandeur. Dans le cas de notre plaideur, le juge suisse désignerait sur le fondement de la même règle un tribunal français. Dans cette configuration, le plaideur pourrait être tenté de saisir une juridiction suisse pour que, dans son jugement d'incompétence, celle-ci désigne le juge qu'il souhaite, à savoir le juge français.
695. **Faible probabilité de l'hypothèse.** On vient de voir l'hypothèse type de ce qui pourrait être une fraude au jugement de compétence, une fraude rendue possible par la circulation des jugements d'incompétence. On notera d'entrée qu'elle paraît bien peu probable : outre qu'elle nécessite une grande dextérité procédurale, elle requiert aussi du défendeur une certaine inertie. Ce dernier pourrait peut-être en effet, selon le litige en question, saisir lui-même directement une autre juridiction. La priorité que cette dernière aura dans la résolution du cas sur l'éventuelle juridiction française de renvoi pourrait être d'une importance décisive.
696. **Fraude à l'interprétation de la loi.** Quoiqu'il en soit de sa probabilité, on peut cependant se demander dans quelle mesure cette manœuvre pourrait être véritablement qualifiée de fraude. La fraude de droit international est présentée comme l'interposition d'une solution étrangère pour échapper à une règle française impérative différente<sup>1565</sup>. On parle ainsi de fraude à la loi lorsqu'il y a interposition d'une loi étrangère et de fraude au jugement lorsqu'on interpose un jugement étranger<sup>1566</sup>. Dans le cas présenté, cependant, ni l'une ni l'autre des formes d'interposition ne se retrouve. Dans les deux cas, en effet, c'est l'application d'une règle différente que le demandeur cherche à obtenir<sup>1567</sup>. Or, dans le cas ici

---

<sup>1565</sup> Sur la théorie de la fraude en droit international privé, v. B. AUDIT et L. d'AVOUT, n° 297s. *Adde.* B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz 1973 ; E. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi*, Defrénois 2006. *Comp.* E. CORNUT, *op. cit.* p. 311 : « Il y a fraude à la loi lorsque le sujet, par le biais d'un acte ou d'un fait juridique préparatoire générateur d'un conflit, parvient à provoquer l'application, par une autorité étatique, d'une loi autre que celle qui aurait été normalement compétente, dans le dessein exclusif d'en revendiquer les effets dans un ressort différent de celui de la loi appliquée ».

<sup>1566</sup> B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Ibid.* ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 393s.

<sup>1567</sup> B. AUDIT, obs. sous Paris, 15 mars 1990, *D.* 1990, somm. p. 263 et surtout E. CORNUT, *op. cit.* n° 182s.

considéré, si la solution est différente, ce n'est pas à cause de l'existence de deux règles, mais à cause de *deux interprétations* différentes de la *même règle*. Si l'on peut comprendre la sanction de la fraude à la loi ou au jugement, est-il légitime de sanctionner une fraude à l'interprétation d'une règle uniforme ? On a déjà donné une réponse négative à une question proche, celle de la possibilité de refuser de reconnaître une interprétation différente d'une règle uniforme<sup>1568</sup>. On admettra que la manipulation intentionnelle de cette différence pourrait, dans une perspective moralisante, justifier la sanction. *Fraus omnia corrumpit*.

697. **Conclusion.** L'ordre public ou la fraude pourrait, dans de rares hypothèses, justifier de refuser de reconnaître un jugement d'incompétence. Il faudra cependant faire très attention aux conséquences d'un refus de reconnaissance, qui peuvent être dommageables pour les parties et dangereux dans les relations entre juges partenaires du même système. On le notera en particulier pour la fraude, parce que ce que le juge français prendra pour de la fraude n'aura par hypothèse jamais été perçu comme tel par le juge étranger. À front renversé, c'est d'ailleurs précisément ainsi que la juge américaine, intervenant une seconde fois dans l'affaire *West Carribbean* après renvoi de la Cour de cassation française, avait perçu l'insistance procédurale des plaideurs français qui l'avaient saisi à nouveau après le refus de compétence des juges français auxquels elle avait renvoyé: ils avaient à ses yeux essayé de contourner les décisions précédentes rendus par toutes les juridictions américaines<sup>1569</sup>. La reconnaissance des décisions américaines aurait été plus simple et plus efficace.

---

<sup>1568</sup> V. *infra*, n° 571s.

<sup>1569</sup> « *To now reverse course in response to the Bapte Plaintiffs' persistent efforts to un-do the forum non conveniens dismissal would sanction Plaintiffs' disrespect for the lawful order of this United States court and encourage other litigants to engage in similar conduct. Neither Seven Elves nor any other controlling precedent requires that the Motion be granted and, in fact, the interests of justice demand that it be denied* ». (« Revenir maintenant en arrière en réponse aux efforts persistants des demandeurs Bapte [et alii.] pour annuler l'ordonnance de forum non conveniens viendrait sanctionner la violation par ces plaignants de l'ordonnance légale de cette Cour des USA et encourager d'autres plaignants à s'engager dans des manoeuvres similaires. Ni Seven Elves ni aucune autre jurisprudence ne requiert que la demande soit accueillie et, en fait, la justice demande même qu'elle soit rejetée », traduction libre). Sa décision a d'ailleurs été confirmée en appel, v. *supra*, n° 377.

## **SEPTIEME CONCLUSION : L'ALIGNEMENT DES SYSTEMES INTERNATIONAUX SUR LES SYSTEMES INTERNES**

698. **Transnationalité des systèmes de source internationale.** Le droit de la compétence est organisé en systèmes de compétence au sein desquels les juridictions sont considérées comme fongibles. Lorsque le système est de source internationale, il applique vraiment la logique transnationale observée en première partie, et la fongibilité traverse les frontières. Si les États se sont engagés à mettre en commun certaines règles d'interventions de leurs juridictions, c'est bien qu'ils ont réciproquement renoncé dans ce domaine, sauf à dénoncer leur accord, à faire jouer leur singularité nationale. Les systèmes de compétence internationaux par leurs sources sont ainsi transnationaux par leur objet. Il faut y voir une injonction de les rendre transnationaux dans leur fonctionnement.
699. **Un principe de coordination efficace : la mise à l'écart des frontières internes.** Refuser de tenir compte de l'interprétation donnée à une règle uniforme dans un État partenaire contrevient à l'esprit de la règle et de l'instrument international qui l'a posée. Prétendre qu'une règle de compétence bilatérale transnationale, qui désigne en l'espèce un juge étranger partenaire, ne peut être interprétée que comme une règle unilatérale, dans le sens d'une simple incompetence du juge français, contrevient encore à l'esprit de la règle mais aussi à sa lettre, puisque l'on ne l'applique alors que de manière tronquée. Enfin, comme la jurisprudence commence à le faire, il faut assumer le fait que la décision étrangère tranchant la compétence sur le fondement d'une règle uniforme de compétence puisse être reconnue. L'autorité de chose jugée attribuée à ces jugements serait utile tant aux parties qu'à l'institution judiciaire à condition toutefois de réduire le mécanisme aux décisions d'incompétence. Cela aussi était déjà en puissance dans les observations de la première partie : la transnationalité de certaines règles internationales de compétence oblige à les traiter, paradoxalement, comme des règles internes.
700. **La limite de la coordination : les frontières des systèmes eux-mêmes.** Cependant, cette possibilité ne peut jouer qu'à l'intérieur d'un même système, c'est-à-dire pour justifier l'emploi d'une compétence reconnue par les deux ordres juridiques en cause. Lorsque, par exemple, une clause compromissoire est soulevée à l'encontre d'un chef de compétence objectif issu d'un système européen, on ne se retrouverait pas face à un mais à deux systèmes. De même, on a évité dans cette dernière partie d'évoquer l'éventuel conflit de normes qui se produit lorsqu'est invoquée, à l'appui ou à l'encontre d'une convention de compétence, une décision étrangère se prononçant sur sa validité. Faut-il employer les textes du système de compétence qui traitent de la reconnaissance de la convention seule ou bien faire prévaloir le jeu de l'autorité de chose jugée d'une décision déjà rendue par le biais d'un système de reconnaissance des décisions ? Dans ces hypothèses-là, on voit que l'on sort d'un seul système pour entrer dans le conflit de systèmes. Il s'agit alors de traiter de la logique externe des systèmes de compétence.

## CHAPITRE II :

### LA COORDINATION ENTRE SYSTEMES DE COMPETENCE

---

701. **Articulations des systèmes entre plusieurs ordres juridiques.** En ayant dans une certaine mesure assimilé le fonctionnement *interne* des systèmes de compétence transnationaux à celui du système de droit commun interne, la compétence judiciaire, on pourrait en déduire que les rapports *entre* systèmes relèveraient des rapports de frontières que résout le droit international privé. Cela est vrai, en partie, dès lors que la concurrence de systèmes de compétence se double d'une concurrence d'ordres juridiques. La situation est alors délicate mais classique : il s'agit tout simplement de celle dans laquelle des juges de deux États au moins peuvent être saisis sur le fondement de règles de compétence non coordonnées. Certes, la pluralité de juridictions compétentes n'est pas en soi un problème, certains systèmes de compétence n'hésitant pas à multiplier les possibilités de saisine. Toutefois, tant l'expérience que l'analyse montrent que leur multiplication est dangereuse pour le défendeur et les tiers au moins, et accroît l'imprévisibilité des solutions<sup>1570</sup>. En outre, la solution concrète n'a jusqu'à présent pu être trouvée que dans une articulation curative et non préventive : celle des mécanismes de litispendance et de connexité et plus généralement de ce que l'on a appelé les solutions au conflit de procédures.
702. **Solution par les règles de procédure.** Si le problème est connu, l'évolution du droit positif dans le sens d'une meilleure prise en compte de la concurrence internationale permet d'en renouveler la solution. Il faut pour cela s'appuyer sur les développements précédents sur la variété des règles de compétence. Celles que l'on désigne habituellement par ce terme, les règles de rattachement, forment le cœur des systèmes de compétence. Leur structure même ne permet cependant pas d'envisager l'activité d'organes tiers. Elles attribuent, elles répartissent, mais elles ne s'adressent qu'aux juges destinataires du système, pas aux autres. Ce ne sont toutefois pas les seules règles à même d'articuler l'activité concurrente des juridictions. D'autres règles, et en particulier certaines règles de procédure, les règles sur la recevabilité des demandes, le font aussi. C'est au travers de ces dernières que l'on peut envisager des renvois juridictionnels entre juges d'ordres juridiques différents, de systèmes de compétence différents. Les conflits de compétence, ainsi, peuvent donner lieu à des renvois entre juges (Section 2).
703. **Articulation au sein du même ordre juridique.** Avant d'aborder ce thème, cependant, il ne faudrait pas oublier une autre problématique, tout aussi complexe, de l'éclatement du droit français de la compétence en droits de la compétence. En effet, plusieurs systèmes peuvent ainsi rentrer en concurrence dans le chef même

---

<sup>1570</sup> V. par exemple sur les nombreux chefs de compétence du Règlement Bruxelles II (aujourd'hui repris par le règlement dit de Bruxelles II bis), B. ANCEL et H. MUIR WATT, « La désunion européenne : le règlement dit 'Bruxelles II' », *RCDIP* 2001, p. 419.

du juge français : il suffit que le juge hésite sur l'application de la bonne règle de compétence, en particulier de rattachement, entre plusieurs systèmes de compétence. Ici, c'est classiquement les rapports entre normes qui sont évoqués et les différentes méthodes de mise en œuvre de la hiérarchie des normes. L'articulation des systèmes de compétence au sein de l'ordre juridique reste ainsi, globalement, des conflits de normes (Section 1).

## Section 1 : CONFLIT DE NORMES ET ARTICULATION DES SYSTEMES

704. **Problématique du choix du système.** En droit comme en tout autre domaine, et pour reprendre E. MORIN, «...on peut très difficilement isoler, [...] on ne peut jamais véritablement clore un système parmi les systèmes de systèmes auxquels il est relié, et où il peut apparaître, comme l'a très bien dit Koestler, à la fois comme tout et comme partie d'un plus grand tout »<sup>1571</sup>. Dans un univers de normes, un système de normes, fut-il aussi spécifique que le système de compétence, se trouvera concurrencé, influencé et partiellement imbriqué dans d'autres ensembles. Il sera parfois difficile de le différencier du reste des normes, en particulier des autres systèmes de compétence. Pourtant, le juge devra choisir, dans chaque espèce, quel système de compétence puis dans ce système quelle norme de compétence il devra appliquer.
705. **Problématique de la lacune.** Une seconde difficulté peut toutefois se présenter pour ce même juge. Une fois qu'il a déterminé le système de compétence applicable, en effet, il peut se retrouver dans l'impossibilité de l'appliquer effectivement du fait de lacunes du système. La chose est particulièrement fréquente en matière de règles accessoires de compétence : les négociateurs ou rédacteurs de ces textes s'embarassent rarement de préciser le détail du régime des conventions de juridiction ou même des règles de rattachement qu'ils élaborent. Certains n'en ont même pas le mandat. On peut alors s'interroger sur les règles applicables : s'agit-il de retourner au droit interne du juge saisi, d'appliquer certaines règles spéciales de droit international privé, ou même de s'appuyer sur un autre système international de compétence qui disposent de réponse à ces questions ?

On suivra donc ici les deux temps du raisonnement du juge confronté au conflit de systèmes de compétence : choisir le système applicable d'abord (§1) puis pallier ses éventuelles lacunes, ensuite, en ayant recours à des règles extérieures au système (§2).

---

<sup>1571</sup> E. MORIN, *La méthode*, 1. *La nature de la nature*, Seuil 1977, p.128.

## **Paragraphe 1) LA DETERMINATION DU SYSTEME DE COMPETENCE APPLICABLE**

706. Avant même de pouvoir choisir la règle de compétence, il faut déterminer le système de compétence applicable. Mais si ces systèmes sont relativement nombreux, leurs conflits sont somme toute assez rares, car leurs champs d'application, lorsqu'ils se recoupent, permettent par la même occasion de déterminer celui qui est le plus précis. Il s'agit d'appliquer, en d'autres termes, le principe de la *lex specialis*, c'est-à-dire de rechercher l'ensemble de règles le plus spécial (I). Cette solution à un conflit de normes n'éteint cependant potentiellement pas le problème de la compétence lorsque le système applicable au sens de ce dernier principe ne renvoie à aucune juridiction du système. La possibilité d'appliquer alternativement d'autres règles de compétence issues d'un autre système dépend alors du caractère ouvert ou fermé du premier (II).

### **I) *Lex specialis*, le principe de solution**

707. Le principe selon lequel le spécial déroge au général, *specialia generalibus derogant*, est en matière de compétence le plus à même de permettre l'articulation de ces ensembles de règles ayant le même objet. Mais il ne faut dans ce domaine pas perdre de vue le fait que l'on doit rechercher en premier lieu le domaine du système, et non celui de la règle, pour déterminer lequel est le plus spécifique (A). Il pourrait cependant trouver un concurrent dans le domaine des conventions de juridiction. Pour ces dernières, en effet, la désignation du juge relève non d'un rattachement objectif mais d'un choix des parties et la réglementation de compétence ne s'intéresse donc pas tant à cette désignation qu'à son encadrement, un encadrement qui sera plus ou moins libéral selon les systèmes. On peut alors s'interroger sur l'emploi d'un principe relativement neutre comme celui de la règle la plus précise et envisager, au contraire, un choix plus politique, celui de la règle la plus favorable (B)

### **A) Principe du système le plus spécifique**

708. Rechercher le système le plus précis est presque un réflexe naturel du juriste. C'est en cas de doute que l'on recherchera d'abord dans les textes les éventuelles règles d'articulation (1) avant d'appliquer au mieux la règle *specialia generalibus derogant* (2).

#### **1. Les solutions textuelles**

709. **Les règles d'articulation explicites des systèmes.** Il faut d'abord noter que certains systèmes de compétence portent eux-mêmes des clauses de

« compatibilité »<sup>1572</sup> ou de « neutralisation »<sup>1573</sup> du conflit de système. Ainsi la Convention de Bruxelles de 1952, sur la saisie conservatoire de navire, énonce expressément à son article 7 que, si les tribunaux de l'État dans lequel la saisie a été opérée sont compétents au fond, « [...] *cet article ne s'appliquera pas aux cas visés par les dispositions de la convention révisée sur la navigation du Rhin du 17 octobre 1868* ». Un tel article permet de déterminer laquelle de ces deux conventions va s'appliquer à l'espèce<sup>1574</sup>. Dans un autre domaine, la jurisprudence *Cognac and Brandies from France* n'a fait rien d'autre au sujet du système des articles 14 et 15 du Code civil vis-à-vis du droit commun : en énonçant que l'article 14 « *n'a lieu de s'appliquer que lorsqu'aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France* », la Cour de cassation a clairement posé la subsidiarité de ces deux articles par rapport au système de droit commun<sup>1575</sup>.

**710. Difficultés de mise en œuvre de ces règles.** La multiplication des conventions, cependant, a réduit la possibilité de ce type de clause, qui n'est possible que lorsque l'on peut englober en une formule générale l'ensemble des conventions potentiellement concurrentes<sup>1576</sup>. D'autres types de règles ont alors été élaborés, moins clairs quant à leurs effets. En notre domaine, un exemple topique se trouve à l'article 71 du Règlement Bruxelles I (57 de la Convention) qui énonce que « *Le présent règlement n'affecte pas les conventions auxquelles les États membres sont parties et qui, dans des matières particulières, règlent la compétence judiciaire, la reconnaissance ou l'exécution des décisions* ». On s'est interrogé, un temps, sur la portée de cette règle. Certains auteurs, en effet, mettaient en avant le fait que ce type de clause ne permettait pas vraiment une articulation mais une simple « neutralisation » : elle n'indiquait en effet pas que la Convention devait être *écartée* au profit de convention spéciale, mais simplement qu'elle n'en *affectait* pas l'application<sup>1577</sup>... Si l'interprète était ainsi dégagé de la responsabilité de faire un mauvais choix (puisque la Convention de Bruxelles ne revendiquait pas la priorité), il ne disposait d'aucune directive quant au choix lui-même. Cette solution revenait donc à celle de l'absence totale de clause d'articulation des systèmes. Plus subtils, certains règlements et accords européens expriment clairement la prévalence du système Bruxelles I sur le leur, tout en proposant un certain nombre de règles concurrentes qui leur sont propres. Ainsi, dans l'Accord sur la juridiction unifiée du brevet, l'article introductif du chapitre sur la compétence de la juridiction énonce que « *la compétence internationale de la Juridiction est établie conformément au règlement [Bruxelles I bis] ou, le cas échéant, sur la base*

<sup>1572</sup> Ch. ROUSSEAU, « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP* 1932, p. 133, spéc. p. 154s. ; F. MAJOROS et B. DUTOIT, « Le lacis des conventions en droit privé et leurs solutions possibles », *RCDIP* 1984, p. 565, spéc. p. 571, C. BRIERE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ 2001, p. 42s.

<sup>1573</sup> D. BUREAU, « les conflits de conventions », *TCFDIP* 1998-2000, Pédone 2001, p. 201, spéc. p. 205.

<sup>1574</sup> L'articulation temporelle entre des conventions successives peut être par ailleurs obtenue de la même manière. Ainsi les conventions bilatérales et multilatérales intra-européennes remplacées par la Convention de Bruxelles au titre de son article 55, puis à l'article 69 du Règlement. Dans son dernier état, ce sont rien de moins que 89 conventions bilatérales qui sont ainsi aujourd'hui écartées.

<sup>1575</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 déc. 1985, *RCDIP* 1986, p. 537, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1986, IR p. 265, obs. B. Audit ; *Grands Arrêts* n° 72.

<sup>1576</sup> F. MAJOROS et B. DUTOIT, *op. cit.*

<sup>1577</sup> V. par exemple D. BUREAU, *op. cit.* p. 208 ; F. MAJOROS et B. DUTOIT, *op. cit.*, p. 573. *Contra* C. BRIERE, *op. cit.*, p. 55s.



de la Convention [de Lugano] »<sup>1578</sup>. Pourtant, c'est l'article 33 qui énonce les règles de distribution des litiges entre les différentes divisions locales, des règles qui sont seulement pour l'essentiel identiques à celles proposées par le système Bruxelles I<sup>1579</sup>, et ce même article édicte par ailleurs un certain nombre de règles de procédures et de conflit de procédures différentes de celles du Règlement Bruxelles I bis<sup>1580</sup>. L'Accord énonce encore par anticipation sa « conformité » au règlement 1215/2012 : une règle d'articulation qui n'en est pas vraiment une, et qui oblige tout simplement à chercher la solution dans le principe général de solution : *specialia generalibus derogant*.

## 2. En l'absence de solution textuelle

711. **Le principe général *specialia generalibus derogant*.** L'un des premiers préceptes d'articulation de textes internationaux est un principe de bon sens, le principe de la disposition la plus précise, aussi dit de la *lex specialis*, du droit spécial<sup>1581</sup>. C'est, en matière de compétence internationale, le principe le plus évident<sup>1582</sup>. Selon MAJOROS, l'auteur d'une des études les plus complètes sur la question, « *il convient de retenir, parmi les dispositions conventionnelles en conflit, celle qui régit plus spécifiquement la matière* »<sup>1583</sup>. C'est-à-dire, pour être précis, choisir « *la règle (de compétence) qui est nettement calquée sur la matière de la contestation ou qui accuse en tout cas un lien plus intime avec celle-ci que la disposition concurrente la plus générale* »<sup>1584</sup>.
712. **Spécialité du champ d'application du système.** Encore faut-il déterminer la spécialité. C'est ici qu'entre en jeu le champ d'application du texte. Si la règle dispose, au sein du système, d'un champ d'application propre (ses conditions d'application), c'est le champ d'application du système lui-même qu'il faudra vérifier. On prendra ici l'exemple de la concurrence entre l'article 31 CMR et

---

<sup>1578</sup> Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, article 31. Le texte même de cet article semble être assez pessimiste sur l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014 de l'accord (cette date étant la plus précoce des trois dates d'entrée en vigueur possible de l'accord, la plus tardive des trois étant celle qui sera effectivement retenue) : le Règlement 1215/2012 n'entre en effet en application que le 1<sup>er</sup> janvier 2015. L'entrée en vigueur de l'Accord avant le Règlement Bruxelles I bis poserait une belle question de conflit de norme dans le temps...

<sup>1579</sup> Sachant que le ressort des divisions locales ou régionales sera soumis à l'évolution des créations de divisions locales par les Etats contractants, le rattachement proposé du lieu « où la contrefaçon ou la menace de contrefaçon s'est produite ou est susceptible de se produire » ou alternativement, au domicile, principal établissement ou établissement du défendeur ou d'un des défendeurs ressemblent fort aux critères respectifs de l'article 5-3 et 2 du Règlement Bruxelles I (7,3 de Bruxelles I bis pour le premier). Cependant, la prorogation par connexité est limitée aux hypothèses de lien commercial entre les défendeurs (article 33-1 b *in fine*).

<sup>1580</sup> L'article 33 est trop long pour être ici reproduit. Globalement, il vise à ses points 1, 4 et 9, la compétence, à ses points 2, 5 et 6, les conflits de procédure, à son point 3, les demandes reconventionnelles, à son point 7 les conventions sur la compétence, et aux points 8 et 10 l'articulation de la Juridiction avec l'OEB en cas de contentieux.

<sup>1581</sup> Il semble que le premier à avoir posé cette solution en droit international n'est nul autre que GROTIUS lui-même dans son œuvre maîtresse : GROTIUS, *le droit de la guerre et de la paix*, 1625, trad. P. Pradier-Fodéré (1827), rééd. D. Alland et S. Goyard-Fabre, PUF 1999.

<sup>1582</sup> D'autres sont possibles, comme celui de « l'efficacité maximale » ou encore du régime le plus favorable. On en verra des exemples plus loin, au sujet des conventions de juridiction, *infra* n° 715s. D'autres ont pu proposer, dans les cas les plus difficiles (bien que l'auteur en ait une compréhension très large semble-t-il), de laisser au demandeur le choix de la règle applicable (C. BRIERÉ, *op. cit.*, p. 273s.).

<sup>1583</sup> F. MAJOROS et B. DUTOIT, p. 582.

<sup>1584</sup> F. MAJOROS, *Les conventions internationales en matière de droit privé, Abrégé théorique et traité pratique*, t. I, Pedone, 1976, p. 294.

l'article 5-1 b) du Règlement Bruxelles I. À ne comparer que ces deux dispositions, le juge s'interrogeant sur la règle applicable observe d'une part un rattachement au profit de l'établissement du défendeur (premier chef de compétence de l'article 31 CMR) et d'autre part un rattachement vers le lieu d'exécution du service qui fait l'objet du contrat (5-1 b). Au regard de ces conditions, le second article est spécial par rapport au premier : il comporte deux éléments (contrat et service) qui n'apparaissent pas dans le premier. Le chef de compétence du système Bruxelles I devrait alors trouver application face au chef de compétence désignant le juge de l'établissement du défendeur en matière de transport routier international... Si la solution paraît aberrante, c'est parce qu'elle omet effectivement le champ d'application du système de compétence lui-même. C'est-à-dire, pour l'article 31 CMR, que l'affaire porte sur un certain transport de marchandises par route (au départ ou à destination d'un État contractant)<sup>1585</sup>, tandis que ce champ s'élargit, en ce qui concerne la disposition du Règlement Bruxelles I, à toute la matière « civile et commerciale »<sup>1586</sup>. En définitive, la règle de compétence de l'article 31 a donc pour champ d'application toutes les actions ayant trait à un transport de marchandises par route, à titre onéreux, au moyen de véhicule, et entre deux États au moins<sup>1587</sup>. Le champ d'application du système Bruxelles I, en revanche, n'ajoute pas grand-chose à l'article 5-1 b), sinon que le contrat de service doit être civil ou commercial. On voit bien que la règle de compétence ne donne pas suffisamment d'indication. C'est par l'analyse du champ du système lui-même que l'on pourra déterminer quel texte est le plus spécial, pas la règle de compétence elle-même.

**713. Nécessité de la prévalence du système sur la règle.** Appliquer le principe *lex specialis* à la règle seule n'aurait aucun sens. Cela aboutirait par exemple à morceler des contentieux entre plusieurs règles spécialisées de systèmes différents alors que ces derniers s'excluent le plus souvent mutuellement. On pourrait encore avoir d'importantes difficultés de qualification, dès l'instant où les règles ne se répondraient plus entre elles à l'intérieur de systèmes dont la cohérence est intrinsèque, à défaut d'être toujours explicite<sup>1588</sup>. À terme, c'est le bon fonctionnement de toute la compétence qui se retrouverait perturbé.

<sup>1585</sup> Article 1<sup>er</sup> de la Convention : « La présente Convention s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route à titre onéreux au moyen de véhicules, lorsque le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés dans deux pays différents dont l'un au moins est un pays contractant. Il en est ainsi quels que soient le domicile et la nationalité des parties... » .

<sup>1586</sup> Ce qui par ailleurs ne fait qu'exclure les relations dans lesquelles interviennent une personne publique agissant dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique, CJCE, 14 oct. 1976, *Eurocontrol*, Aff. 29/76, RCDIP 1977, p. 776, note G. Droz; JDI 1977, p. 707 note A. Huet; *Cab. Dr. Eur.* 1977, p. 146, note G. Leleux. V. sur ce point la différence avec le champ du droit administratif français, *supra*, n° 519.

<sup>1587</sup> Et cela ne se limite d'ailleurs pas au seul litige entre les parties au contrat de transport principal, mais peut encore s'étendre aux différentes parties au contrat de transport, v. Com., 11 oct. 2011, JCP E 2012, n° 1530, note C. Legros.

<sup>1588</sup> Ainsi, comparer le premier chef de compétence de l'article 31 et l'article 5-1 b) de Bruxelles I, c'est oublier que l'article 5-1 b) n'est qu'un chef de compétence spécifique. Alternatif à la règle générale de l'article 2 (compétence du domicile du défendeur), il suppose par ailleurs une qualification de contrat de service qui ne se conçoit qu'en opposition à celle de contrat de vente (au sens de 5-1 b)) et selon une qualification contractuelle qui s'est elle-même épanouie dans le strict contexte de Bruxelles I. C'est en revanche le champ d'application du système Bruxelles I qui a envisagé son articulation avec d'autres systèmes, que ce soient les questions de droit public (CJCE

714. **Risques de confusion : l'arrêt *Owusu* et la règle de procédure anglaise.** On peut encore en trouver un exemple dans l'affaire *Owusu* tranchée par la Cour de justice des communautés européennes<sup>1589</sup>. Dans cette affaire, un juge anglais, compétent sur le fondement de l'article 2 de la Convention de Bruxelles en tant que juge de l'État du domicile du défendeur, souhaitait pouvoir décliner sa compétence pour tenir compte de la situation prépondérante des éléments du litige en Jamaïque, état extérieur à l'Union européenne. Or la Cour de Justice, reformulant la question, préféra d'abord insister sur l'applicabilité de l'article 2 avant d'en venir à la question du *forum non conveniens*<sup>1590</sup>. Un tel argument provoqua de nombreuses interrogations. D'aucuns ont ainsi pu se demander si la formulation selon laquelle l'article 2 était d'application impérative n'obligeait pas, par exemple, à écarter une clause attributive de compétence à une juridiction étrangère<sup>1591</sup> ou à refuser tout effet réflexe, c'est-à-dire la possibilité de renvoyer à des juges d'État tiers lorsque le rattachement d'une règle de compétence exclusive se réalisait dans ce dernier État<sup>1592</sup>. La solution *Owusu* était confondante parce qu'elle était confuse : elle mélangeait les problèmes.

Le cœur de l'affaire était la confrontation d'une règle de procédure nationale d'un État-membre (celle du *forum non conveniens*) avec le *champ d'application* du système ; ce qu'il résout, et ce qu'il ne résout pas. Or, la règle de compétence d'effet attributif, l'article 2, n'a pas vocation à régir tout le « champ d'application » de Bruxelles I, mais simplement de savoir s'il offre ou non un ou des chefs de compétence<sup>1593</sup>. Avant de l'appliquer pour déterminer s'il y en avait de disponible, il fallait se prononcer sur le véritable champ d'application du système, c'est-à-dire les questions qu'il prétend régir. Cela n'aurait sans doute pas changé la solution du problème, car on peut présumer que le conflit d'effectivité entre la règle de procédure anglaise et le chef de compétence octroyée à ces juridictions par l'article 2 aurait alors été tranché en la faveur de ce dernier<sup>1594</sup>. Mais la solution eut été plus claire. Lorsque la Cour énonçait donc que l'article 2 est une règle « impérative »,

14 oct. 1976, *Eurocontrol*, précité) ou d'arbitrage (CJCE, 10 févr. 2009, *West Tankers*, Aff. C-185/07, sur lequel v. *infra* n° 723s.).

<sup>1589</sup> CJCE 1<sup>er</sup> mars 2005, C-281/02, RCDIP 2005, p. 698, note Ch. Chalas ; JDI 2005, p. 1177, note G. Cuniberti et M. Winkler ; *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, p. 31, note M.-L. Niboyet ; *Europe* 2005, comm. 189 par L. Idot ; *D.* 2006, p. 1501, obs. F. Jault-Seséke. V. aussi A. BRIGGS, Note on *Owusu v Jackson*, 535 LQR (2005) ; T. HARTLEY, « The European Union and the systematic dismantling of the common law of conflict of laws », 818 ICLQ (2005) et G. CUNIBERTI, « *Forum non conveniens* and the Brussels Convention », 973 ICLQ (2005) et P. de VAREILLES-SOMMIERES (ed.), *Forum shopping in the European Judicial Area*, Hart Pub. 2007.

<sup>1590</sup> Pt. 23 de la décision : « En vue de répondre à la première question, il convient, tout d'abord, de déterminer si l'article 2 de la convention de Bruxelles est applicable dans une situation telle que celle de l'affaire au principal, c'est-à-dire lorsque le demandeur et l'un des défendeurs ont leur domicile sur le territoire d'un même État contractant et que le litige qui les oppose devant les juridictions de cet État présente certains liens de rattachement avec un État tiers, mais non avec un autre État contractant ».

<sup>1591</sup> V. *infra*, n° 751s.

<sup>1592</sup> V. *infra* n° 775s.

<sup>1593</sup> V. *supra* n° 444 et 466.

<sup>1594</sup> Si l'affaire s'y était vraiment prêtée, ce qui ne semble pas avoir été exactement le cas au regard des formulations des questions préjudicielles, il aurait été plus intéressant que la Cour de justice soit confronté à une exception de connexité tierce. Mis en face d'un conflit de procédures similaires à ceux que connaissent les articles 27s. entre juridictions européennes, la Cour aurait certainement été plus sensible à la question des limites du champ d'application matériel du règlement.

elle répondait ainsi par le principe de l'effet utile, qui s'oppose au jeu de l'autonomie procédurale des États-membres lorsque cela revient à priver la règle européenne de toute efficacité<sup>1595</sup>. L'impérativité porte sur l'effet de la règle ; mais cela présuppose qu'elle s'applique. On ne pouvait donc déduire de cette affirmation d'impérativité de la compétence une modification du champ d'application du système. L'emploi indifférenciée de la règle de compétence en tant que règle attributive, partie du champ d'application, et en tant que règle de rattachement distributive est toute entière la cause de cette confusion<sup>1596</sup>.

### **B) Prévalence du principe pour les conventions de compétence**

715. Les conventions de juridiction forment une espèce particulière de règle de compétence, et encore plus de système de compétence. Elles sont en effet souvent évoquées par des systèmes de compétence plus généraux, portant règles de rattachement et règles de procédure. Ils posent ainsi leurs propres limites à l'emploi de ces conventions. On peut alors se demander s'il ne serait pas possible, dans une perspective plus libérale, de préférer appliquer un droit commun moins restrictif. En d'autres termes, de préférer à la *lex specialis* la *lex in favorem*. Ce ne semble pas une bonne solution (1). Dans un arrêt polémique, la Cour de justice a appliqué une autre solution, et fait prévaloir l'effet utile du Règlement Bruxelles I sur le système arbitral anglais. La solution ne saurait non plus être pérenne (2).

---

<sup>1595</sup> L'effet utile est surtout une doctrine de droit institutionnel de l'Union. Elle y a posé sa marque, v. D. SIMON, L'interprétation judiciaire des Traités d'organisations internationales, morphologie des conventions et fonction juridictionnelle, *Pedone* 1981 ; J.-D. MOUTON, v° « effet utile », *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, A. Barav et C. Philip (dir.), PUF 1993 ; P. PESCATORE, « Monisme, dualisme et 'effet utile' dans la jurisprudence de la CJCE », in *Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, BWV 2003, p. 329. Elle se développe cependant en droit matériel dès l'instant où elle permet parfois à la Cour de Justice de résoudre des conflits de normes (ou de le qualifier de tel). Le principe a été posé, pour le système Bruxelles I, dans l'arrêt *Kongress Agentur*, CJCE 15 mai 1990, Aff. C-365/88, *RCDIP* 1990, p. 568, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1991, p. 498, obs. A. Huet.

<sup>1596</sup> On remarque à cette occasion que les règles attributives, du fait de leur caractère hybride de règle de compétence et de champ d'application, peuvent être intégrées dans l'analyse du champ d'application du système. On a en effet pu noter qu'à égale spécialité matérielle, c'est le caractère plus ou moins universel du système qui permettrait de choisir (D. BUREAU, *op. cit.*, spéc. p. 212s.). Ainsi, si la Convention de Bruxelles portait une clause de compatibilité en faveur de la Convention Franco-Suisse de 1869 (Convention a été déclarée caduque après l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano, v. H. GAUDEMET-TALLON, n° 22), on pouvait surtout justifier l'application de cette Convention par sa spécialité « régionale ». Lorsque le litige opposait Français et Suisses et alors même par exemple que le défendeur fut domicilié en France, les deux conventions couvrant le même champ d'application, un système était paneuropéen, l'autre seulement bilatéral (v. A. PILLET, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Sirey 1913, p. 71s). Si donc le champ d'application « géographique » d'un système permet de départager les systèmes d'un même champ d'application matériel, les règles attributives, qui en délimitent les contours, doivent être prises en compte. La chose est la même lorsque les règles de compétence attributive sont matérielles, mais cela suppose qu'elles puissent être en concurrence avec d'autres règles de compétence dont le champ serait aussi précis que celui de leur système de compétence, or cela est peu probable. En effet, dans tous les systèmes de compétence comportant des règles attributives matérielles, le champ même du système est lui-même suffisamment précis pour éviter ce genre de problème. Ainsi, les deux systèmes internationaux de protection de propriété intellectuelle, le système Marque communautaire et le système Brevet européen sont tous deux suffisamment précis pour que les règles attributives matérielles qu'ils portent, distinguant les différents types d'actions dont ces droits de propriété intellectuelle peuvent faire l'objet, n'ajoutent rien à leur caractère spécial dans un conflit avec un autre système de compétence.

### 1. *Lex specialis contre droit le plus favorable*

716. **La spécificité des conventions transport.** En matière d'arbitrage, certains systèmes spéciaux règlementent de manière assez détaillée l'accès et la procédure de ce mode de résolution des litiges. Ainsi, les Conventions de Montréal et de Hambourg exigent une convention écrite<sup>1597</sup> ; les mêmes, ainsi que la Convention CMR, prévoient l'application nécessaire des règles de la Convention et, pour s'en assurer dans la phase du recours en annulation, la Convention de Montréal prévoit en outre le choix d'un siège dans un État contractant<sup>1598</sup>. Les règles de Rotterdam, dont les perspectives d'entrée en vigueur restent assez lointaines, promulguent aussi des règles assez nombreuses sur l'encadrement d'un éventuel arbitrage à l'encontre du transporteur maritime, mais leur impérativité est soumise à déclaration positive des États ratifiant<sup>1599</sup>.
717. **Rares applications jurisprudentielles.** La jurisprudence est rare sur la mise en œuvre de cette réglementation. Le seul pourvoi parvenu jusqu'à la Cour de cassation a été rejeté pour une question de qualification<sup>1600</sup>. Deux arrêts de cours d'appel ont en revanche pu être relevés. Ils ont tous deux écarté la clause compromissoire d'un contrat de transport par route pour la violation de l'article 33 CMR. Ce texte impose, en effet l'applicabilité de cette Convention à la procédure arbitrale, semble-t-il comme une condition d'arbitrabilité ou de validité de la convention<sup>1601</sup>. Les deux arrêts en ont déduit que le choix par les parties d'un droit national, sans référence à la Convention, privait d'efficacité la clause compromissoire<sup>1602</sup>. On pourra s'avouer peu convaincu par une telle solution. Il existait une solution intermédiaire : rien n'empêchait en effet de considérer que le choix de loi ne valait que pour les règles supplétives et en complément de la

---

<sup>1597</sup> La Convention de Hambourg, qui n'est pas en vigueur en France, pourrait être incorporée par une clause *paramount* dans le contrat de transport, ce qui ne l'empêchera toutefois pas de prévaloir sur une clause contraire, y compris une clause compromissoire (Com. 4 févr. 1992, *RCDIP* 1992, p. 495, note P. Lagarde). En revanche, elle ne saurait prévaloir ainsi sur une règle impérative du droit applicable. La question se pose alors de savoir si le système de droit commun de l'arbitrage international est, en lui-même, impératif. En ce qui concerne les règles du système arbitral de droit commun, un nombre assez important est considéré comme impératif, mais pas sur les principales dispositions de la Convention de Hambourg sur le sujet (caractère écrit pour la preuve de la convention, application des règles de la Convention notamment). On consultera utilement à ce sujet l'article suivant dont l'annexe, reproduisant le décret du 13 janvier 2011, détaille en gras les (nombreuses) dispositions impératives, E. GAILLARD et P. de LAPASSE, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, p. 175 (annexe p. 189). Celui de T. CLAY, « Liberté, Égalité, Efficacité : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage – Commentaire article par article », *JDI* 2012, p. 443 et p. 815, détaille aussi l'impérativité article par article.

<sup>1598</sup> V. sur l'ensemble, C. LEGROS, *ibid.* Les règles de Rotterdam, adoptées en 2008 mais non encore entrées en vigueur (à ce jour, seuls deux États ont ratifié cette convention, v. *supra* n° 16), détaillent de manière assez stricte les compétences, objectives ou subjectives, pour les actions à l'encontre du transporteur maritime, ainsi que toute la procédure d'arbitrage.

<sup>1599</sup> V. O. CACHARD, « la Convention des Nations-Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) », *JDI* 2012, p. 533, spéc. p. 561s.

<sup>1600</sup> Com. 21 juin 1982, *Bull.* n° 236 commenté sur d'autres points par B. MERCADAL, obs. *D.* 1983, I.R., p. 118.

<sup>1601</sup> C. LEGROS, *op. cit.* spéc. p. 1113.

<sup>1602</sup> Paris 27 juin 1979, *Bull. Transport* 1979, p. 440 ; Aix 2 sept. 2004, *JCP E* 2005, n° 1930, obs. C. Legros.

Convention CMR<sup>1603</sup>. La solution est pourtant classique : elle est retenue par la Convention puis le Règlement Rome I pour les contrats internes portant une clause de choix de loi<sup>1604</sup>. En réalité, la difficulté provient surtout du grand libéralisme de la pratique arbitrale dans le choix du droit applicable au fond : les arbitres sont en effet plus sensibles au choix des parties qu'à la revendication objective d'une règle légale<sup>1605</sup>. La prétention des conventions transports à régir impérativement les rapports qu'elles règlementent n'est pas plus déterminante, pour l'arbitre, que celle de règles de sources nationales ou européennes<sup>1606</sup>. L'interprétation de l'article 33 CMR, ainsi que de l'article 34 de la Convention de Montréal au moins, comme d'une condition de validité de la clause compromissoire pourrait effectivement avoir le mérite de contraindre un peu plus les arbitres à appliquer ces règles. Imposer aux parties de choisir la CMR comme réglementation applicable pour pouvoir bénéficier d'une procédure arbitrale valide – le fut-elle par ailleurs déjà objectivement – limiterait ces dernières aux procédures dans lesquelles les arbitres seraient contraints de tenir compte de cette convention.

**718. Le choix de la méthode : *specialia... ou favor arbitrandum*.** L'interprétation de ces conventions n'est toutefois pas au cœur du problème de l'articulation des systèmes. Souligner leur caractère impératif oblige surtout à constater le contraste de ce système avec celui du droit commun de l'arbitrage international. Alors que la règle première d'articulation, le principe *specialia...*, voudrait que l'on fasse prévaloir les systèmes CMR ou de Montréal sur celui de droit commun, on peut se demander si un autre principe d'articulation ne devrait pas prévaloir : la règle de l'efficacité maximale.

L'interrogation naît du choix du droit français, depuis 1984 au moins<sup>1607</sup>, de faire prévaloir ses solutions nationales, plus favorables, sur celles de la Convention de New York. Tant la clause compromissoire que les sentences suivent une réglementation le système de droit commun français de l'arbitrage international plus libérale dont le décret du 13 janvier 2011 a très largement confirmé l'orientation<sup>1608</sup>. Ce choix peut sembler assez naturel. Dans la mesure où la plupart des conventions internationales, depuis les années 1920, tendaient à faciliter le

---

<sup>1603</sup> V. ainsi, pour une hypothèse d'application d'une loi nationale en complément de la CMR, déjà Com. 24 mars 2004, *D.* 2004, AJ p. 1163, et 2005, Pan. p. 2748, spéc. p. 2756, obs. H. Kenfack ; *RTD com.* 2004, p. 805, obs. B. Bouloc.

<sup>1604</sup> Art. 3,3 du Règlement Rome I : « Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ».

<sup>1605</sup> J.-F. POUDRET et S. BESSON, n° 676s. ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, n° 1541s. ; Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, n° 876s.

<sup>1606</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, « L'impérativité désactivée ? (à propos de Cass. civ. 1re, 22 oct. 2008) », *RCDIP* 2009, p. 1.

<sup>1607</sup> Il s'agit de l'affaire *Norsolor*, Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 1984, *Rev. arb.* 1985, note B. Goldman ; *JDI* 1985, p. 679, note Ph. Kahn ; *RCDIP* 1985, p. 551, note B. Dutoit ; *D.* 1985, p. 101, note J. Robert et chron. p. 83. Ebauche de la théorie de l'ordre juridique arbitral, la décision *Norsolor* a cassé un arrêt d'appel qui, sur le fondement de l'article V,1 e) de la Convention de New York, avait rejeté la requête en exequatur d'une sentence annulée dans l'Etat du siège du tribunal arbitral. La Cour de cassation, invoquant l'article VII de la Convention qui réserve l'application des lois nationales ou des conventions internationales plus favorables à la sentence, sanctionna alors la Cour d'appel de ne pas avoir recherché, au besoin d'office, si le droit national français ne permettait pas de reconnaître malgré cela la sentence.

<sup>1608</sup> V. not. les articles cités *supra*, note 1597.

recours à l'arbitrage et à favoriser l'exécution des sentences, il était logique que s'engage une « course à la faveur », le système le plus favorable tenant ainsi toujours tête aux autres<sup>1609</sup>. Le principe de conflit de conventions appelé par Ferenc MAJOROS « principe de l'efficacité maximale » pouvait donc, pour les clauses compromissaires qui nous intéressent ici comme pour la reconnaissance et l'exécution des jugements, trouver un champ d'application parfait<sup>1610</sup>.

**719. Impossibilité d'appliquer le principe de l'efficacité maximale.** L'interrogation est renouvelée, toutefois, dès lors que s'affrontent deux systèmes dont l'un vise à l'efficacité et la liberté de l'arbitrage tandis que l'autre cherche au contraire à l'encadrer. La faveur à l'arbitrage n'étant plus commune aux deux conventions, il n'est plus possible d'appliquer un principe d'efficacité maximale dont la condition même est la détermination d'un objectif *commun* dont l'efficacité maximale pourrait être recherchée<sup>1611</sup>. Prétendre appliquer la règle de l'efficacité maximale n'a alors plus de sens propre, car on ne saurait déterminer cette convergence d'objectifs. Les objectifs de la Convention CMR ne se réduisent pas à l'encadrement des clauses compromissaires ; elle promeut aussi une certaine efficacité du contentieux. Réciproquement, le système de droit commun n'est pas que libéralisme mais aussi égalité des parties et donc prévisibilité pour les deux. Néanmoins, chaque disposition de ces systèmes opère un choix, ou du moins une pondération entre ses objectifs qui diffère d'un système à l'autre : pour la CMR, l'encadrement sur le libéralisme ; pour le droit commun, le libéralisme sur l'encadrement. Dès lors, appliquer le système qui favorise au mieux l'efficacité arbitrale relève en réalité d'un choix de politique juridique, un choix extrinsèque à l'articulation des systèmes en conflit.

**720. Autre solution : la règle la plus récente.** Un autre facteur susceptible d'intervenir est l'ancienneté des conventions. La Convention CMR est assez ancienne (1956) et le droit de l'arbitrage a depuis évolué. On pourrait ainsi appuyer l'argument tiré du principe de l'efficacité maximale par celui de la règle la plus récente ou de l'évolution du droit positif dans ce domaine. Une illustration de cette tendance actuelle se retrouve dans la Convention des Nations Unies sur le transport maritime de 2008, les Règles de Rotterdam, qui n'ont pas voulu imposer aux États les dispositions sur le contentieux et laissent chacun libre de préférer ses propres systèmes de compétence et de reconnaissance. À prendre donc la question sous l'angle de la volonté des États comme des besoins des opérateurs, on pourra préférer continuer d'appliquer à ce conflit la disposition la plus favorable à l'arbitrage et non la plus précise.

---

<sup>1609</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD ET B. GOLDMAN, n° 217s.

<sup>1610</sup> B. DUTOIT et F. MAJOROS (*op. cit.*, spéc. p. 579s.) préconisaient par ailleurs d'appliquer non pas le système mais la disposition la plus favorable à chaque condition, ce qui aboutirait dans chaque espèce au dépeçage des deux conventions en conflit. Cette position était très critiquable (les différentes dispositions de ces systèmes équilibrant chacun d'entre eux, appliquer l'un et l'autre dans leurs dispositions les plus favorables engendrerait des solutions qu'aucun des deux ne peut approuver). Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence ne l'ait, à notre connaissance, jamais retenu (v. D. BUREAU, *op. cit.*, et la discussion avec Paul LAGARDE et J. FOYER à sa suite, p. 237s.)

<sup>1611</sup> F. MAJOROS, *op. cit.*, t. I, p. 253s. et t. II, p. 142s.

Cependant, cette proposition ne saurait être, en définitive, qu'un soutien assez faible au principe de la règle la plus favorable. Le principe d'actualité décide, *lorsque les règles relèvent du même champ d'application*, celle qui est abrogée et celle qui, à l'avenir, pourra systématiquement s'appliquer. En dehors du cas d'un champ d'application partagé par les textes en conflit, ce principe n'a plus vocation à s'appliquer en tant que tel. Il permettra seulement de déterminer une tendance générale, celle d'une certaine volonté des législateurs. Cependant, il présente la même faiblesse que le principe de l'efficacité maximale : comment démontrer une tendance quand elle s'exprime dans des domaines différents avec des règles aux sens et objectifs contraires ?

721. **Proposition de maintien du principe *lex specialis*.** C'est pourquoi, sans prétendre trancher ce conflit par une réponse définitive, c'est bien la solution *specialia generalibus derogant* qui paraît la meilleure. Elle aurait le mérite d'être plus prévisible à la fois dans l'abstrait et dans le cas concret : dans l'abstrait, parce qu'il semble instinctivement et immédiatement plus naturel de se porter vers la règle la plus précise<sup>1612</sup>, de la même manière que l'on écarte les règles de droit commun des contrats lorsqu'elles sont contraires à celles de droit de la concurrence ou de la consommation. Mais la solution serait aussi, nous semble-t-il, plus prévisible dans le cas concret, dans la mesure où les opérateurs du transport connaissent mieux, *a priori*, la réglementation spéciale de la CMR qu'ils appliquent par ailleurs régulièrement à celle, plus générale, du système de droit commun de l'arbitrage commercial international.
722. **Identité de raisonnement pour les clauses de prorogation de for.** L'analyse peut-être aisément transposée aux clauses de prorogation de for. Comme les clauses compromissaires, ces dernières ont bénéficié d'un régime qui est allé s'améliorant, dans le sens de leur licéité et de leur validité. Comme les clauses compromissaires, elles bénéficient parfois d'un régime globalement plus favorable dans le cadre de certains systèmes généraux, comme le système Bruxelles I (et I bis), que dans d'autres plus spécialisés. Comme pour les clauses compromissaires, il faudra donc parfois choisir entre un système spécialisé relativement ancien et moins favorable à la clause, et un système plus récent et plus favorable, mais d'application moins précise. Les mêmes causes devraient entraîner les mêmes effets et l'application, malgré ses restrictions, du système le plus spécial et non du plus récent ou plus favorable.

## **2. *Lex specialis* contre effet utile : l'affaire West Tankers**

723. **Articulation de l'arbitrage avec les autres systèmes de compétence.** De nombreux systèmes spéciaux ont ainsi posé le principe du recours à l'arbitrage, parfois avec quelques règles, mais il faudra le plus souvent revenir, dans la mesure

---

<sup>1612</sup> Instinct du juriste, bien sûr, il s'agit donc moins d'inné que de l'acquis lié à une formation particulière. Cependant, s'agissant de contentieux, et d'un conflit de réglementation, il est peu probable que la question soit traitée par des professionnels sans un minimum de compréhension de l'articulation des règles de droit.



où ils l'autorisent, au système de droit commun de l'arbitrage pour la mise en œuvre concrète. Une convention, cependant, a cru pouvoir se spécialiser dans le traitement de la compétence judiciaire en excluant l'arbitrage de son champ d'application : il s'agit de la Convention de Bruxelles, transformée plus tard en Règlement Bruxelles I. Une telle exclusion est extrêmement difficile à mettre en œuvre, tout simplement parce que l'arbitrage est une procédure mise en œuvre devant des juridictions concurrentes des juridictions nationales sur le fondement d'une convention entre les parties. Tant la matière sur laquelle le procès en arbitrage peut se prononcer que l'accord d'arbitrage lui-même peuvent ainsi requérir ou provoquer l'intervention d'un juge national. Les configurations procédurales de cette confrontation sont ainsi nombreuses, sans compter les conflits de la procédure nationale avec la procédure arbitrale<sup>1613</sup>. Les premières jurisprudences sur l'articulation entre le système Bruxelles I et l'arbitrage furent logiquement prudentes. La Cour de justice commença par écarter l'application de la Convention lorsque le litige « a pour objet la désignation d'un arbitre »<sup>1614</sup>, et précisa plus tard que ce test de « l'objet du litige » portait sur « la nature des droits dont [la procédure] assure la sauvegarde »<sup>1615</sup>. Ce faisant, la Cour assimilait cependant l'arbitrage à une matière, sous-entendu de droit substantiel, au même titre que l'état des personnes ou la sécurité sociale. À terme, comme un auteur a pu le faire remarquer<sup>1616</sup>, oublier ainsi que l'arbitrage est avant tout une autre forme de justice, avec sa propre organisation de la concurrence des juridictions, ne pouvait manquer de poser problème.

724. **L'affaire *West tankers*.** La rupture vint avec l'arrêt *West Tankers* de la Cour de justice<sup>1617</sup>. Dans cet arrêt, le juge de Syracuse, en Italie, avait été saisi sur le fondement de l'article 5-3 du Règlement Bruxelles I de l'action d'un groupe d'assureurs à l'encontre de West Tankers, propriétaire du navire qui avait endommagé un embarcadère dans le port de cette ville. Les assureurs avaient été partiellement subrogés dans les droits du propriétaire de l'embarcadère, la société Erg. La société West Tankers souleva cependant qu'elle était notamment liée à cette dernière par une convention d'arbitrage et que celle-ci était opposable aux assureurs. Le litige en serait resté là si cette société de droit britannique n'avait pas saisi les tribunaux anglais pour obtenir une décision affirmant que le litige relevait

<sup>1613</sup> B. AUDIT, « Le juge, l'arbitre et la Convention de Bruxelles », in *Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz 1994, p. 15.

<sup>1614</sup> CJCE 25 juil. 1991, *Rich*, Aff. 190/89, RCDIP 1993, p. 316, note P. Mayer; JDI 1992, p. 488, note A. Huet; *Rev. arb.* 1991, p. 677, note D. Hascher.

<sup>1615</sup> CJCE 17 nov. 1998, *Van Uden*, Aff. C-391/95, RCDIP 1999, p. 340, note J. Normand; JDI 1999, p. 613, note A. Huet; *Rev. arb.* 1999, p. 143, note H. Gaudemet-Tallon; D. 2000, p. 378, note G. Cuniberti; RTD Com. 2000, p. 340, obs. E. Loquin. Dans cette affaire, la Cour décida qu'une demande de mesure conservatoire portait sur la protection des droits substantiels du demandeur et non sur la procédure arbitrale en cours par ailleurs.

<sup>1616</sup> Ph. THERY, note sous *West Tankers*, RTD Civ. 2009, p. 357: « En d'autres termes, il fallait tenir compte de ce que l'arbitrage, s'il constituait une matière échappant à la convention, demeurait une procédure qui, d'une manière ou d'une autre, pouvait interférer avec les procédures devant les juridictions des États membres ».

<sup>1617</sup> CJCE, 10 févr. 2009, Aff. C-185/07, RCDIP 2009, p. 373, note H. Muir Watt; JDI 2009, p. 1285, note B. Audit; *Rev. arb.* 2009, p. 413, note S. Bollée; D. 2009, p. 983, note C. KESSEDJIAN et D. 2010, p. 1593, obs. F. Jault-Seseke; JCP 2009, n° 227, note P. Callé; JCP E 2009, n° 1973, note C. Legros; *Gaz. Pal.* 2009, p. 20, note A. Mourre et A. Vagenheim et 2010, p. 21, obs. M. Nicoletta et p. 8, obs. L. Salvini; LPA 2009, p. 32, note S. Clavel; *Europe* 2009, comm. n° 176 par L. Idot; RTD Civ. 2009, p. 357, obs. Ph. Théry.

des tribunaux arbitraux et surtout, par ailleurs, pour obtenir une injonction aux demandeurs à la procédure italienne de cesser la procédure devant les tribunaux italiens. Les assureurs, condamnés en première instance, firent appel devant la House of Lords et cette dernière, confronté à la question de la compatibilité de cette mesure avec le règlement n°44/2001, interrogea la Cour de Justice. Cette dernière, dans une décision du 10 février 2009, décida qu'une telle injonction perturbait le fonctionnement du règlement et qu'elle en était donc inconciliable avec ce dernier.

**725. Un problème de champ d'application du système Bruxelles I.** Si l'exclusion de l'*antisuit injunction* du jeu du règlement avait des précédents, la décision surprit et fut très largement critiquée. La raison essentielle en tient à une argumentation assez lapidaire et une conception très extensive du système Bruxelles I. Il faut en effet se rappeler que l'arbitrage est exclu du règlement à son article 1-2 lettre d. La Cour disposait déjà d'une jurisprudence interprétant cette exclusion, jurisprudence selon laquelle une procédure relève d'une exclusion lorsque « *la nature des droits dont la procédure assure la sauvegarde* » rentre dans son champ<sup>1618</sup>. À suivre ce critère, la Cour de justice en déduit que la procédure devant la House of Lords avait nécessairement cet objet, et ne rentrait donc pas dans le champ du règlement. En revanche, constatant que l'injonction perturbe l'effet utile du règlement puisqu'elle empêche la juridiction « *d'exercer les compétences qui lui sont attribuées en vertu du règlement* »<sup>1619</sup>, elle ajoute qu'une question préalable étant posée au sujet de la clause devant la juridiction italienne, le problème rentrait dans le champ du règlement par application du principe selon lequel le juge du principal est juge du préalable. Une fois intégrée au champ du Règlement Bruxelles I, il n'était plus très difficile de conclure à l'inconciliabilité et de refuser le jeu de l'injonction. C'est donc dans cette première partie du raisonnement que se trouve la faiblesse<sup>1620</sup>.

**726. Solution d'opportunité et argumentation finaliste.** Un annotateur a pu remarquer que la décision était « *aussi difficile à condamner qu'à approuver sans réserve* »<sup>1621</sup>. La raison en tient sans doute au contraste entre la solution, politique, de l'arrêt, et ses fondements juridiques très insatisfaisants ; c'est d'ailleurs parce que les fondements paraissent si fragiles que la solution ne s'explique qu'en opportunité. Tant l'idée de l'effet utile que l'argument plus technique de la question préalable relèvent d'ailleurs de cette même logique finaliste : c'est parce que l'injonction pouvait avoir des *conséquences* sur l'effet utile du règlement qu'il fallait la traiter, c'est parce que la clause d'arbitrage pouvait avoir une *conséquence* sur la procédure italienne qu'il s'agissait d'une question préalable et donc, que la situation rentrait dans le champ de Bruxelles I.

**727. Limite du raisonnement finaliste : limite du champ d'application.** Or, le raisonnement finaliste ne saurait tout justifier : tout ce qui perturbe l'application

---

<sup>1618</sup> CJCE 25 juil. 1991, *Rich*, Aff. C-190/89 et surtout CJCE 17 nov. 1998, *Van Uden*, Aff. C-391/95.

<sup>1619</sup> Arrêt précité, pt. 24.

<sup>1620</sup> Faiblesse principale, du moins. On renverra, pour le reste, à la lecture des commentaires autorisés et en particulier les notes de B. AUDIT, S. BOLLEE, S. CLAVEL, H. MUIR WATT et Ph. THERY.

<sup>1621</sup> B. AUDIT, note précitée, spéc. p. 379.

d'un texte n'en relève pas pour autant. Si l'on a vu que le système de compétence était une unité globale dans laquelle entraient souvent nombre d'autres normes que les seules règles de compétence *stricto sensu*, les règles de rattachement, il ne faut pas en déduire qu'un texte tel que le Règlement Bruxelles I fonctionne en autarcie et suffit à lui seul à régler tous les problèmes potentiels de l'organisation préalable de la concurrence des juridictions. D'après sa lettre même, il ne règlera pas, par exemple, les effets que pourraient avoir des règles de procédure administrative ou pénale sur l'intervention du juge judiciaire, sans compter bien sûr l'effet (direct) d'une clause d'arbitrage. Ce n'est donc pas parce qu'il est possible de déterminer une juridiction compétente sur son fondement que toute règle qui perturbe cette compétence est contraire à ce règlement. Or c'est précisément ce que la Cour décide dès lors que les seuls arguments avancés sont ceux de l'effet de l'arbitrage (clause et injonction « protectrice ») sur la compétence du juge italien.

**728. Un problème de conflit de systèmes de compétence.** On pourrait à ce stade évoquer les précédents dans lesquels la Cour de justice a affirmé l'inconciliabilité d'autres règles de procédure avec le règlement : cette même *antisuit injunction*, dans l'affaire *Turner*, ou le *forum non conveniens*, dans l'arrêt *Owusu*. Ces dernières décisions, toutefois, n'encourent pas la même critique pour la raison fondamentale qu'il s'agissait d'articuler des règles de procédure interne avec le système de compétence Bruxelles I, pas un autre système dans son entier comme dans *West Tankers*. Les systèmes arbitraux existent en tant que tels pour permettre d'organiser la concurrence entre juridictions nationales et juridictions arbitrales, c'est-à-dire pour prendre en compte la compétence des juridictions arbitrales *par rapport* à celles des juridictions nationales. En ramenant l'interaction entre ces deux systèmes à une simple question d'opposabilité d'une clause contractuelle (et sa « protection » par l'injonction anglaise), la Cour de justice a tout simplement occulté la question de compétence que posait cette clause d'arbitrage – et donc la concurrence de système qui s'y associait – pour la transformer en une simple question de compatibilité entre le Règlement Bruxelles I et une règle de procédure interne<sup>1622</sup>.

**729. La solution de la *lex specialis*.** Il était sans doute plus difficile pour une Cour dont l'office est limité à l'interprétation d'un texte en particulier de prendre en compte le fait que le problème venait de l'articulation de ce dernier avec un autre système dont elle n'a pas à connaître. C'est certainement, du reste, l'une des raisons pour laquelle la Cour de justice raisonne souvent « en vase clos », sans suffisamment tenir compte des ordres juridiques tiers. Toujours est-il que, si elle a ainsi interdit l'injonction anti-poursuite des juges anglais, il ne faut pas donner plus de portée à cette décision de la Cour. Les juges nationaux ne peuvent procéder par une telle analyse en termes d'effet utile, qui aboutirait tout simplement à écarter quasi-systématiquement tout système spécial. Il faut donc en rester à une interprétation en termes de conflit de normes, sous l'angle du conflit de système de

---

<sup>1622</sup> Dans le sens d'une impossibilité de prendre l'arbitrage comme « objet » de la procédure judiciaire comme le fait la Cour, v. AUDIT, et Ph. THERY, notes précitées.

compétence, et appliquer la *lex specialis* c'est-à-dire, sur la compétence du moins, faire prévaloir le droit de l'arbitrage<sup>1623</sup>.

La solution *lex specialis* n'est toutefois pas toujours satisfaisante. Un système applicable n'en offre pas toujours pour autant un chef de compétence au juge saisi. S'ouvre alors la question de savoir si ce dernier a le droit d'user d'un autre système de compétence, alternativement, pour fonder sa compétence. La réponse, ici, est conditionnée.

## II) Le recours conditionné à un système alternatif

730. **Impérativité de la détermination d'un juge du système applicable.** Certaines solutions, pour paraître évidentes, relèvent depuis longtemps d'une logique systémique plus que du paradigme interétatique. À suivre jusqu'au bout la présentation classique qui arrête le droit de la compétence aux hypothèses d'intervention du juge français, en effet, l'analyse des conflits de système devrait opérer en deux temps : la vérification de la compétence du juge français selon le texte spécial applicable puis, à défaut, la même vérification selon des systèmes plus généraux ou subsidiaires, jusqu'à trouver un fondement à sa compétence, ou les épuiser. Mais une telle recherche serait souvent illégale selon les textes eux-mêmes : la question n'est pas celle de la compétence *du juge français* mais de la compétence *selon les règles de compétence reconnues par le droit français*. Il suffit donc de pouvoir déterminer un juge compétent, quitte à ce que ce juge soit celui d'un ordre juridictionnel étranger.
731. **L'échec du système, problème d'interprétation.** Lorsque le système applicable ne permet de désigner aucun juge compétent dans le cas concret, on pourra souvent se reporter à un autre. Souvent mais pas toujours, car ce résultat nul peut se présenter dans deux hypothèses. Dans la première, le système a un défaut. Alors même qu'il se veut applicable, les qualifications ou les critères de rattachement tels qu'ils sont définis ne permettent pas de déterminer la compétence d'un juge du système. D'une certaine manière, c'est le défaut que l'on a trouvé dans la Convention CMR, lorsqu'il s'est agi de déterminer un juge spécialement compétent alors qu'aucune règle de compétence territoriale ne permettait de le déterminer. Il s'agit alors manifestement d'un problème d'interprétation, qu'il sera nécessaire de combler par une modification des catégories et des critères de rattachement et non par l'utilisation d'un système alternatif<sup>1624</sup>.
732. **L'échec du système, les systèmes ouverts.** La seconde hypothèse dans laquelle on peut aboutir à ce résultat est celle d'un système ouvert, au sens où ce dernier, fonctionnant notamment avec des règles attributives, envisage son

---

<sup>1623</sup> On ne fait pas ici montre d'une grande originalité. La solution était souhaitée par une importante partie des praticiens de l'arbitrage (v. les réactions au livre vert de la refonte du Règlement Bruxelles I) mais aussi de la doctrine internationaliste en général. V. déjà, en ce sens, v. les notes précitées de B. AUDIT, S. BOLLEE, H. MUIR WATT, Ph. THERY. *Adde.*, B. AUDIT, « Le juge, l'arbitre et la Convention de Bruxelles », précité.

<sup>1624</sup> V. *supra*, n° 550s.

inapplicabilité<sup>1625</sup>. C'est le cas de certains systèmes européens ou du système de droit commun. Lorsque, par exemple, aucune des règles attributives du système Bruxelles I ne permet l'attribution de l'affaire aux juges des Etats-membres (domicile du défendeur, immeuble, etc. non localisé en Europe), alors ce système, bien qu'applicable dans l'absolu, ne sera pas appliqué : il renvoie au droit commun national du juge saisi<sup>1626</sup>. De même, si aucune règle de compétence de droit commun (qui sont toutes attributives<sup>1627</sup>) ne permet de désigner un juge français, il faut alors changer de système au profit (éventuel) des règles de compétence privilégiées des articles 14 et 15 du Code civil.

**733. L'incompétence du juge français dans les systèmes fermés.** Du point de vue de l'articulation des systèmes entre eux, l'alternative dépend donc de l'ouverture ou de la fermeture du système le plus spécial. Les systèmes fermés fonctionnent sur une logique d'exclusivité. Ils articulent seulement une distribution interne, sans envisager l'incompétence générale de toutes les juridictions du réseau. C'est le cas des systèmes qui peuvent se permettre de localiser la matière du litige elle-même, comme par exemple les règlements sur les différents types européens de propriété intellectuelle qui créent des biens immatériels qui n'ont de valeur que dans l'espace de l'Union<sup>1628</sup>. Si les règles de ce type de système ne permettent pas de déterminer que le juge français est compétent, la conséquence est double. D'une part, conséquence positive, un autre juge du système l'est nécessairement. On retrouve ici l'idée des deux faces du système répartiteur. D'autre part, conséquence négative, le juge français ne pourra pas l'être, même si d'autres règles le lui permettraient par ailleurs, car ces règles sont inapplicables.

**734. L'incompétence du juge français dans les systèmes ouverts.** Les systèmes de type ouvert relèvent quant à eux d'une logique d'alternative. Les règles de compétence qu'elles portent ne sont pas les seules à s'appliquer dans le domaine qui les intéresse. Il en va ainsi des systèmes Bruxelles I et de droit commun de même que, dans un autre registre, le système Bruxelles II bis qui prévoit le renvoi au droit national si aucun des rattachements prévus par l'article 3 en matière de divorce ne désigne un juge européen. Si elles ne permettent pas de déterminer que le juge français est compétent, deux possibilités s'ouvrent au juge. Si un autre juge du système est compétent, on renvoie à ce juge car il est le seul à pouvoir statuer. On se retrouve dans la même configuration que précédemment. En revanche, il est possible dans ce type de système – un système à règle attributive – qu'*aucun* autre juge du système ne le soit. C'est dans ce dernier cas que l'on peut alors se tourner vers un autre système. Tout dépend, en fin de compte, de la raison pour laquelle le juge français est incompétent : renvoi distributif ou échec attributif<sup>1629</sup>.

---

<sup>1625</sup> V. *supra* n° 481s.

<sup>1626</sup> Article 4 du Règlement. Sur la distinction entre applicabilité du système et jeu des règles attributives de Bruxelles I, v. *supra*, n° 464s.

<sup>1627</sup> V. *supra*, n° 495s.

<sup>1628</sup> V. *supra*, n° 531.

<sup>1629</sup> L'alternative n'est pas manichéenne : des systèmes semi-ouverts (ou semi-fermés, c'est selon) existent aussi dans d'autres domaines. V. ainsi les articles 6 et 7 du Règlement Bruxelles II bis qui clotent le système de compétence en matière matrimoniale pour les défendeurs ressortissants et résidents des Etats-membres, et le laisse ouvert pour les autres. V. B. ANCEL et H. MUIR WATT,

Une fois le système applicable déterminé, que ce soit le plus spécial ou un système alternatif, la réponse à la question de l'intervention d'un juge est acquise sur le fondement des règles de rattachement. D'autres règles de compétence, toutefois, peuvent intervenir, et elles ne sont pas toujours intégrées au système.

## **Paragraphe 2) LE RECOURS A DES REGLES EXTERIEURES AU SYSTEME APPLICABLE**

- 735. Complétude fréquente des systèmes quant aux règles de rattachement.** La détermination de la règle de compétence *stricto sensu*, la règle de rattachement, relève principalement d'une analyse du champ d'application du système. Parfois, il est nécessaire de s'appuyer sur un autre pour déterminer le juge compétent : c'est le cas lorsque la règle du système transnational est seulement générale, c'est-à-dire qu'elle ne désigne qu'un État. Il peut même être nécessaire, à l'occasion, de découvrir des rattachements *ad hoc*, lorsqu'aucune règle du système interne ne fonctionne dans l'espèce<sup>1630</sup>. Le rattachement, cependant, parce qu'il est la meilleure méthode de répartition, est toujours au centre des systèmes de compétence. Il profite donc d'une certaine attention du législateur et les problèmes de lacune se posent assez peu souvent.
- 736. Renvoi au droit national applicable pour les questions préalables.** La résolution de la compétence ne s'arrête cependant pas à cette seule règle. Il faut noter tout d'abord que cette dernière, lorsqu'elle est de source internationale, est souvent intrinsèquement lacunaire, dans la mesure où elle exige la mise en œuvre de règles substantielles pour déterminer si l'affaire rentre dans son champ d'application (contrat, par exemple) ou le lieu désigné par le rattachement (lieu d'exécution du contrat, par exemple en l'absence d'exécution concrète dans l'espèce). À défaut d'une interprétation autonome et lorsque la solution passe par une détermination légale abstraite, le mieux est encore de renvoyer au droit applicable au fond<sup>1631</sup>.
- 737. Difficultés des règles indirectes de compétence.** Les règles indirectes (règles de procédure et règles sur les conventions de juridictions)<sup>1632</sup>, ensuite, peuvent profondément altérer le jeu des règles de rattachement, si ce n'est l'écarter complètement. Or, en dehors du droit de source interne, qui en a développé d'assez nombreuses, les textes de source internationale se sont assez peu intéressés à ces questions. En pratique, les interrogations sur la possibilité d'employer des

---

« La désunion européenne : le règlement dit 'Bruxelles II' », *RCDIP* 2001, p. 419, spéc. n° 13s. ; E. GALLANT, « Règlement Bruxelles II bis », *Rep. dr. int.*, n° 111s.

<sup>1630</sup> V. *supra* n° 550s.

<sup>1631</sup> Sur les lacunes et l'interprétation des systèmes de source internationale, v. *supra*, n° 565s. et spécialement, en ce qui concerne les questions préalables, n° 604s.

<sup>1632</sup> Sur laquelle, v. plus en détail, n° 366s.

règles substantielles ou de procédure internes dans les systèmes de compétence transnationaux sont donc nombreuses. Or le problème se pose différemment pour les règles de procédure applicables à la mise en œuvre des règles de rattachement et pour celles régissant la validité et l'effet des conventions de juridiction. Pour les premières, le recours est à la fois quasi-indispensable et globalement indolore. C'est la raison pour laquelle, par exemple, la Cour de justice a pu étendre à l'application du système Bruxelles I le principe de droit institutionnel d'autonomie des États-membres, permettant ainsi un renvoi au droit national. Les secondes, en revanche, ont précisément pour objet, le plus souvent, d'écarter les règles de rattachement au profit de leur propre choix. Or, si les conventions attributives de juridiction peuvent encore se satisfaire un peu de ne pas avoir un régime très détaillé dans les textes internationaux, les conventions d'arbitrage ne le peuvent pas, puisqu'elles ouvrent par hypothèse l'accès à une justice indépendante. Les solutions, toutefois, ne sont pas pléthore. Que ce soit pour les règles de procédure (I) comme pour les conventions de juridiction (II), il est nécessaire d'appliquer la réglementation applicable à défaut, c'est-à-dire le plus souvent le système de droit commun approprié.

### I) Le renvoi au droit national en matière de procédure

738. **Principe du renvoi au droit national.** La solution est assez simple en matière de régime de la compétence. Ce dernier est en effet rarement élaboré par les systèmes transnationaux de compétence. L'exception importante du Règlement Bruxelles I mise à part, l'office du juge n'est que peu souvent abordé. Les systèmes qui s'y intéressent ne le font d'ailleurs que par exception, le principe restant celui du renvoi au droit interne du juge saisi.
739. **Justification du renvoi au droit national du juge saisi.** La justification de ce renvoi au droit national est à la fois logique et pragmatique. Le pragmatisme de la solution, tout d'abord, est évident : le droit national est de très loin le droit le plus complet en la matière. Mais elle est aussi tout à fait logique, dans la mesure où, s'agissant de l'activité de juridictions nationales<sup>1633</sup>, seul l'État peut réglementer à défaut d'une coopération internationale. La limite est importante : si un système moins spécial mais autrement applicable contient la réponse à la question de procédure posée en l'espèce, on pourra s'y référer.
740. **Illustrations : renvois.** Il suffit pour l'illustrer de renvoyer à la discussion sur le contredit de compétence, la décision d'incompétence et son régime, ainsi que sur les voies de recours. Pour toutes ces questions, il sera le plus souvent nécessaire de procéder à un renvoi au droit national, renvoi dont on a vu qu'il n'allait toutefois pas sans quelques adaptations<sup>1634</sup>. De même, la question du caractère obligatoire de la compétence, alors même qu'elle est considérée comme inhérente à l'effectivité de la règle en droit européen, peut faire l'objet d'une réglementation accessoire qui

---

<sup>1633</sup> Sur la particularité de l'arbitrage, dont le système ne régit que les rapports des juges nationaux à ce dernier, v. *supra*, n° 508s.

<sup>1634</sup> Cette discussion a fait l'objet de l'ensemble de la section 2 du précédent chapitre, n° 616s.

s'intègre, ou non, au système : l'existence d'un chef de compétence tiré d'un système international ne préjuge pas, aux États-Unis, de l'emploi du *forum non conveniens*, règle de procédure nationale s'il en est<sup>1635</sup>.

En revanche, le juge français appliquera souvent les règles de procédure du Règlement Bruxelles I en lieu et place de celles du droit français. La Cour de justice en a donné une illustration dans l'arrêt *Nurnberger*, au sujet de la non-comparution du défendeur devant un tribunal compétent au titre de la CMR. La raison pour laquelle la CJCE était saisie tient à ce que la Convention de Bruxelles résout la question de la non-comparution à son article 20 de la Convention (article 26 du règlement), énonçant que « [l]orsque le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant est attiré devant une juridiction d'un autre État contractant et ne comparait pas, le juge se déclare d'office incompetent si sa compétence n'est pas fondée aux termes de la présente Convention ». L'article 18 (article 24 du règlement) assimile par ailleurs la comparution à seule fin de contester la compétence à une non-comparution. Or, dans cette affaire, le défendeur arguait de ce qu'un juge, même compétent sur le fondement de la CMR, devait se déclarer incompetent dès lors qu'il ne l'était pas au titre de la Convention de Bruxelles lorsque le défendeur ne concluait pas au fond. La Cour rejeta cette interprétation dans des termes assez forts : au contraire, puisque l'article 57 prévoyait justement l'application de conventions spéciales, la compétence attribuée à un juge européen par l'une d'entre elles, la CMR, était donc aussi « fondée aux termes de la présente convention ». La logique *specialia generalibus derogant* est encore ici à l'œuvre : la Convention de Bruxelles cédait devant la CMR. Mais la conclusion n'est pas simplement de prévalence, elle est aussi d'articulation : dans le cas où la CMR, applicable, n'aurait pas attribué compétence au juge saisi, l'article 20 de la *Convention de Bruxelles* aurait imposé à ce juge de relever son incompetence d'office si le défendeur n'avait pas comparu ou pas conclu au fond. Puisque les règles de rattachement de la CMR « s'intègrent » en quelque sorte au système Bruxelles I par le biais de l'article 57, ce dernier peut le compléter par ses règles de procédure. Dans la mesure où ce dernier système est applicable, on ne saurait passer directement au droit français pour résoudre les problèmes liés à la du défendeur. Une solution comparable, d'ailleurs, à ce qui serait déjà la solution en cas de conflit intra-européen de procédures puisque les articles 27 et suivant du Règlement Bruxelles I n'exigent pas que les juridictions en concurrence aient fondé leur compétence sur des critères particuliers<sup>1636</sup>. Le fait que le texte spécial principalement applicable soit silencieux sur le problème ne permet pas d'écarter un autre qui, bien que plus général que ce dernier, est toutefois plus précis que le droit commun.

**741. Rejet de l'application d'une règle perturbant le système : l'arrêt *Owusu*.** On reviendra un instant sur le *forum non conveniens*. En droit européen, cette règle de procédure interne défendue par les juridictions anglaises dans l'affaire *Owusu* a été écartée par la Cour de justice des Communautés dès lors qu'une compétence était

---

<sup>1635</sup> V. sur ce point la distinction de la règle de rattachement et des règles de procédure qui en régissent la mise en œuvre, *supra* n° 374s.

<sup>1636</sup> D'où l'absence de limitation du jeu de ces règles à la domiciliation d'une des parties dans l'Union européenne, CJCE 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance*, Aff. C-351/89.



avérée sur le fondement du Règlement Bruxelles I<sup>1637</sup>. Cette dernière a en effet jugé qu'il y avait un risque d'insécurité juridique dès lors que la règle, pourtant applicable, ne produisait aucun effet. Pour en protéger la mise en œuvre, la Cour a ainsi déclaré l'article 2 du Règlement Bruxelles I « impératif ». Si c'est bien la mise en œuvre d'un article 2 applicable qu'il faut considérer impérative, la Cour de justice de l'Union a ainsi tranché au plan européen une question de régime de la compétence, un régime pourtant en principe laissé aux droits nationaux. L'exemple est clair : il arrive que le renvoi au droit national pour les silences du système international soit limité lorsqu'il y a une incompatibilité entre le système et ce droit<sup>1638</sup>.

- 742. Rejet de l'application d'une règle perturbant le système : l'article 42 alinéa 2 C.P.C.** L'articulation du système moins spécial avec le système le plus spécial, voire du système de droit commun avec le système le plus spécial ne doit toutefois pas se faire au détriment de la cohérence et de l'effet utile de ce dernier. Pour les conventions de transport, en effet, il arrive souvent que le transporteur soit assigné en même temps que d'autres cocontractants, typiquement les sous-traitants de l'opération de transport ou les constructeurs des véhicules. Dans ces hypothèses, une question s'est posée à plusieurs reprises : les règles, impératives, des conventions de transport portent-elles exclusion des possibilités de prorogation de for aux codéfendeurs ou garants prévues en droit français et dans le système Bruxelles I<sup>1639</sup> ? Les réponses ont varié. Dans un premier arrêt rendu en 1997, la Cour de cassation avait considéré que rien, dans la convention de Varsovie, n'empêchait un transporteur aérien d'être assigné au tribunal du domicile du fabricant de l'avion, codéfendeur, sur le fondement de l'article 42 alinéa 2, c'est-à-dire du système de droit commun<sup>1640</sup>. Mais elle s'est ensuite ravisée. En 2006<sup>1641</sup>, elle a au contraire jugé que le caractère impératif de la compétence tirée de cette convention impliquait le refus de l'application du système de droit commun puis,

<sup>1637</sup> CJCE 1<sup>er</sup> mars 2005, C-281/02, RCDIP 2005, p. 698, note Ch. Chalas ; JDI 2005, p. 1177, note G. Cuniberti et M. Winkler ; *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, p. 31, note M.-L. Niboyet ; *Europe* 2005, comm. 189 par L. Idot ; *D.* 2006, p. 1501, obs. F. Jault-Seseke. V. aussi A. BRIGGS, Note on *Owusu v Jackson*, 535 LQR (2005) ; T. HARTLEY, « The European Union and the systematic dismantling of the common law of conflict of laws », 818 ICLQ (2005) et G. CUNIBERTI, « *Forum non conveniens* and the Brussels Convention », 973 ICLQ (2005) et P. de VAREILLES-SOMMIERES (ed.), *Forum shopping in the European Judicial Area*, Heart Pub. 2007.

<sup>1638</sup> On a choisi l'arrêt *Owusu* et le *forum non conveniens*, on aurait tout aussi bien pu évoquer les arrêts *Turner* (CJCE 27 avr. 2004, Aff. C-159/02) et *West Tankers* (CJCE 10 févr. 2009, Aff. C-185/07) sur l'*antisuit injunction* ordonnée pour la protection d'une convention de juridiction. Sur ce dernier arrêt, v. d'ailleurs *supra*, n° 726s.

<sup>1639</sup> Ce n'est bien sûr pas le seul exemple. Dans un arrêt *Nürnberger Allgemeine Versicherung* (CJCE 28 oct. 2004, aff. C-148/03, *Europe* 2004, comm. 234 par L. Idot ; *D.* 2005, p. 547, obs. C. Brière, p. 1262, obs. H. Chanteloup et p. 2754, chron. H. Kenfack ; *RTDCom.* 2005, p. 642, obs. P. Delebecque), la Cour de justice a répondu à une question préjudicielle portant sur l'emploi de l'article 20 de la convention de Bruxelles (26 du règlement) dans l'hypothèse où, le défendeur ne comparaisant pas, la compétence de la juridiction n'est pas fondée au titre de la convention mais au titre de la CMR. La Cour de justice, articulant les deux conventions par l'article 57 de la convention (71 du règlement), reconnaît dans cette hypothèse que, même si la compétence n'est alors pas fondée sur le texte communautaire, l'obligation de se déclarer incompétent au titre de l'article 20 n'a pas lieu de jouer. À l'évidence, l'adaptation des règles du système Bruxelles I doit se faire, mais pas son inapplicabilité totale. Du moins, au sens de la Cour de justice. Il est évident que, juge du champ d'application du système Bruxelles I, elle ne l'est pas de celui des autres systèmes internationaux.

<sup>1640</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 1997, pourvoi n° 95-17726.

<sup>1641</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juil. 2006, *Gaz. Pal.* 18 août 2006, p. 9, avis J. Sainte-Rose ; *Rev. fr. dr. aérien* 2006, p. 227, obs. G. Guillaume.

en 2009<sup>1642</sup>, celui du système Bruxelles I. Les prorogations de compétence, que ce soit celles du droit commun ou celles du système Bruxelles I, sont donc exclues dès l'instant où le codéfendeur est un transporteur aérien. Il faut bien en voir la portée. Le caractère impératif des règles de compétence ne vaut que dans le cadre de son champ d'application. L'article 28 de la convention de Varsovie, comme l'article 33 de la convention de Montréal, vise l'action en responsabilité contre le transporteur. Dès lors, c'est uniquement pour ce type d'action que ces chefs de compétence s'opposent à la prorogation. À l'inverse, cependant, il est tout à fait concevable de supposer qu'un constructeur pourrait être assigné devant le tribunal du domicile, français ou européen, du transporteur. Si le premier est protégé par ces conventions, le second ne l'est certainement pas<sup>1643</sup>. Et l'on en revient ainsi, finalement, à cette idée première : le système de compétence impose sa cohérence, notamment du point de vue de ses objectifs. S'il n'est pas complet, il ne laissera toutefois pas appliquer des normes qui lui seraient contraires.

## II) La recherche d'un système subsidiaire pour les conventions de juridiction

743. **Problème d'interprétation : renvoi.** Le problème du renvoi à un droit national (ou moins spécial) en cas de lacune du système applicable est beaucoup plus délicat pour les conventions de juridictions. Que faire lorsque, compétent sur le fondement d'un système ou même capable de déterminer un juge compétent selon le système applicable, une exception d'incompétence est soulevée devant ce juge sur le fondement d'une clause attributive de juridiction, alors que le système n'en prévoit pas la réglementation ? A vrai dire, la plupart des systèmes en vigueur prévoit leur licéité sans développer leur régime<sup>1644</sup>. Il s'agit alors moins d'une question de rapport entre systèmes que d'interprétation des règles d'un système. S'agissant de l'interprétation d'éléments juridiques, la solution peut passer par une règle de conflit : en l'absence d'articulation explicite sur ce point entre systèmes, comme ce que peuvent faire les systèmes propriété intellectuelle européens par

---

<sup>1642</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 2009, *RCDIP* 2010, p. 372, note H.M.W ; *Rev. dr. transp.* 2010, n° 1, p. 28, note Ph. Delebecque. L'arrêt est confirmatif de Orléans, 14 déc. 2007, *RCDIP* 2008, p. 311, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. dr. transp.* 2008, n° 5 p. 39, note Ph. Delebecque.

<sup>1643</sup> Cette solution, d'ailleurs, s'explique aussi par une raison de politique judiciaire. Les tribunaux des Etats constructeurs d'aéronefs ne tiennent manifestement pas à concentrer en leurs ressorts l'intégralité des actions pour des accidents aériens. Ces tribunaux (essentiellement Toulouse ou Paris pour Airbus) risqueraient rapidement la surcharge. La solution française, qui s'explique par cette considération (v. par exemple les conclusions de J. SAINTE-ROSE, *ibid.*), rejoint ainsi la solution américaine laquelle accepte au contraire la compétence mais la refuse sur le fondement du *forum non conveniens* (v. *supra* n° 377).

<sup>1644</sup> Art. 48 C.P.C. pour le droit commun, art. 23 Règlement Bruxelles I, art. 31 CMR, art. 48 COTIF, art. 34 Convention de Montréal (arbitrage seulement), art. 33,7 de l'Accord sur la juridiction unifiée du brevet, art. 94 Règlement Marque Communautaire, 82 du Règlement Dessins et Modèles. Même l'ancienne convention pour la navigation sur le Rhin en prévoit la possibilité à son article 35 ter. En ce qui concerne la convention de Bruxelles de 1952 sur la saisie de navire, la convention de compétence ne saurait être qu'un problème annexe. Elle prend cependant en compte la possibilité d'une clause pour permettre au tribunal auquel la saisie est demandée de poser un délai pour la saisine au fond du tribunal désigné (Art. 7, 3).

référence au système Bruxelles I, il est plus utile et efficace de renvoyer à un droit national que d'élaborer une règle matérielle<sup>1645</sup>.

744. **Problèmes de renvoi à d'autres textes : silences et ellipses.** Certains systèmes n'évoquent cependant rien à leur sujet, comme la Convention de Varsovie sur le transport aérien international, encore en vigueur avec les États n'ayant pas ratifié la Convention de Montréal, ou les deux conventions « accident », nucléaire et hydrocarbures<sup>1646</sup>. D'autres, comme le système Bruxelles I, ne règlementent qu'une catégorie de clauses, évitant de traiter le rapport du système aux autres clauses. Il faut donc d'abord s'interroger sur le sens des silences de certains textes, en l'absence de toute réglementation (A) avant d'aborder celui de certaines ellipses dans les autres, c'est-à-dire en cas d'insuffisance de réglementation (B).

### A) L'absence de réglementation

745. **Absence de réglementation et impérativité des dispositions.** À dire vrai, aucun système de compétence rencontré dans notre domaine de recherche n'a vraiment, à ce jour, « oublié » toute possibilité de conventions de compétence. Dans les trois dernières conventions évoquées, l'absence de réglementation des clauses de prorogation de for n'est pas un oubli, mais une interdiction. Les deux conventions « accident » disposent en effet pour l'une, que les tribunaux désignés dans la Convention sont « seuls » compétents<sup>1647</sup>, pour l'autre, qu'il « ne peut être présenté de demande que devant les tribunaux » qu'elle désigne<sup>1648</sup>. Si la Cour de cassation n'a jamais eu à se prononcer sur le rapport de ces systèmes avec des clauses attributives de juridiction, le sens des textes est suffisamment clair pour ne laisser aucune place à ces dernières y compris, semble-t-il, pour les conventions d'arbitrage<sup>1649</sup>.

---

<sup>1645</sup> V. *supra*, n° 586s. et n° 604s.

<sup>1646</sup> Art. 28 de la Convention de Varsovie ; article IX de la Convention sur la responsabilité pour la pollution maritime par les hydrocarbures ; 13 de la Convention sur la responsabilité pour les accidents nucléaires.

<sup>1647</sup> Article 13, lettre a de la Convention sur la responsabilité pour les accidents nucléaires : « Sauf dans les cas où le présent article en dispose autrement, les tribunaux de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle l'accident nucléaire est survenu, sont seuls compétents pour statuer sur les actions introduites en vertu des articles 3, 4, 6 a) et 6 e) ».

<sup>1648</sup> Article IX, 1 de la Convention sur la responsabilité pour la pollution maritime par les hydrocarbures : « Lorsqu'un événement a causé un dommage par pollution sur le territoire, y compris la mer territoriale, ou dans une zone telle que définie à l'art. II, d'un ou de plusieurs Etats contractants, ou que des mesures de sauvegarde ont été prises pour prévenir ou atténuer tout dommage par pollution sur ce territoire, y compris la mer territoriale, ou dans une telle zone, il ne peut être présenté de demande d'indemnisation que devant les tribunaux de ce ou de ces Etats contractants. Avis doit être donné au défendeur, dans un délai raisonnable, de l'introduction de telles demandes ».

<sup>1649</sup> La situation est identique pour les actions en contrefaçon en matière d'obtention végétale, le Règlement 2100/94 du Conseil insistant sur le caractère limitatif des compétences énoncées et malgré le renvoi à la Convention de Lugano. De même, et en ce qui concerne les actions à l'encontre du débiteur du moins, le Règlement 1346/2000 laisse peu d'espace à l'usage d'une convention sur la juridiction par un créancier du débiteur en procédure collective (v. par exemple CJCE 17 mars 2005, aff. C-294/02, *AMI Supraconductor Belgium, Gaz. Pal.* 15 oct. 2006, p. 38, obs. A. Mourre et P. Pédone, dans lequel la Cour de Justice rejette l'application d'une clause compromissoire liant le débiteur en procédure collective à la Commission européenne. Elle passe cependant par les droits nationaux applicables pour vérifier la portée de l'arrêt des poursuites individuelles). Il est admis, en revanche, que l'on puisse opposer au syndic la clause compromissoire auparavant conclue avec le débiteur (Com. 4 févr. 1986, *Rev. arb.* 1988, p. 718, obs. T. Bernard, qui

746. **Spécificité de la Convention de Varsovie.** Quant à la Convention de Varsovie, elle représente peut-être l'archétype de ces conventions favorables à l'arbitrage des années 20. En effet, elle énonce à son article 32 :

*« Sont nulles toutes clauses du contrat de transport et toutes conventions particulières antérieures au dommage par lesquelles les parties dérogeraient aux règles de la présente Convention soit par une détermination de la loi applicable, soit par une modification des règles de compétence. Toutefois, dans le transport des marchandises, les clauses d'arbitrage sont admises, dans les limites de la présente Convention, lorsque l'arbitrage doit s'effectuer dans les lieux de compétence des tribunaux prévus à l'article 28, alinéa 1 ».*

Refuser la modification des règles de compétence tout en autorisant l'arbitrage dès lors que le siège se situe dans l'un des trois fors prévus par la convention est assez paradoxal. Les logiques de la clause compromissoire et de la clause attributive de compétence sont assez proches et, au regard de l'esprit de la Convention qui est bien celui de son impérativité, il est peu probable que les rédacteurs de la Convention aient autorisé l'arbitrage s'ils avaient pressenti l'évolution libérale de la réglementation de la détermination du droit applicable au fond dans ces procédures<sup>1650</sup>. Considérant, à nouveau, que l'important est de s'assurer de l'application de la Convention, le danger n'est donc pas dans le choix par les parties d'un tribunal, mais plutôt dans le choix du tribunal d'un État tiers à la Convention, qui ne l'appliquerait pas<sup>1651</sup>. La clause attributive de juridiction pourrait donc recevoir application, à condition de tenir compte de la formulation assez catégorique de la Convention selon laquelle il faut tenir compte des trois rattachements alternatifs offerts par l'article 28 de la Convention. La solution serait alors simplement de fustiger non pas toutes les clauses de prorogation de for, mais uniquement celles élisant un tribunal qui ne serait désigné par aucune des rattachements que l'article 28 prévoit.

La jurisprudence de la Cour de cassation pourrait paraître s'y opposer. Elle a en effet déduit de la formulation même de l'article 28 que cette disposition était impérative, ce qui sous-entendrait l'interdiction franche de toute clause<sup>1652</sup>. Ainsi devait être écarté le raisonnement du juge américain qui avait préféré se déclarer

---

porte sur le droit français des procédures collectives. Sur l'ensemble, G.-C. GIORGINI, *Rev. Aff. Eur.* 2005, p. 260).

<sup>1650</sup> Il suffit de voir, à un moment de l'histoire du droit de l'arbitrage qui était encore relativement strict, la formule de l'article 34 de la Convention de Montréal, qui conditionne l'arbitrage à un choix de règles pour la Convention de Montréal et seulement pour les contrats de fret. Art. 34 de la Convention : « 1. Sous réserve des dispositions du présent article, les parties au contrat de transport de fret peuvent stipuler que tout différend relatif à la responsabilité du transporteur en vertu de la présente convention sera réglé par arbitrage ».

<sup>1651</sup> C'est d'ailleurs aussi par exemple le choix implicite de la Convention CMR, selon R. LOEWE, *Commentary on the Convention of the 19 May 1956 on the Contract for the International Carriage of Goods by Road*, Pub. N.U. 1975 spéc. p.64.

<sup>1652</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juil. 2006 (*Gaz. Pal.* 22 août 2006, p. 9, avis J. Sainte-Rose ; *RDAl* 2006, p. 828, obs. Y. Lahlou et M. Matousekova ; *Rev. fr. dr. aérien* 2006, p. 227, note G. Guillaume) qui statue toutefois sur le problème de la compétence dérivée (question que l'on abordera par ailleurs dans le B suivant). Sur la convention de Montréal, qui emploie sur ce point les mêmes termes, l'interprétation de la jurisprudence est identique :

*forum non conveniens* au profit d'un autre juge désigné par un rattachement alternatif<sup>1653</sup>. Cependant, outre qu'une telle analyse pourrait aussi conclure à l'interdiction des clauses compromissaires, le caractère impératif ainsi utilisé faisait référence à une réalité juridique bien différente. La Cour de cassation n'a en effet jamais été saisie de la question de la licéité des conventions d'élection de for au regard de la Convention. Seuls des pourvois l'interrogeant sur la compatibilité de la prorogation légale ou du *forum non conveniens* lui sont parvenus. Il s'agit donc moins d'impérativité du texte que d'exclusivité : ce n'était pas la force obligatoire du texte qui posait problème, mais sa tolérance face à l'emploi d'une règle de procédure. Si leur applicabilité est plus limitée qu'en droit commun, la licéité de ces conventions s'impose bien au contraire<sup>1654</sup>.

747. **Conventions « accident ».** On pourrait à ce stade de l'analyse vouloir revenir aux conventions « accident », et proposer d'appliquer le même raisonnement à ces dernières. La différence entre les deux types de convention, cependant, est patente. La Convention de Varsovie traite essentiellement de relations contractuelles, directes ou indirectes, entre transporteur aérien et voyageurs ou affrêteurs. Tel n'est pas le cas, en principe, des relations visées par les conventions « accident » qui sont au contraire, comme ce nom l'indique, accidentelles. Confirmation et argument supplémentaire, les conventions « accident » n'ouvrent pas la possibilité de l'arbitrage. L'analogie est donc impossible.

## **B) L'insuffisance d'une réglementation**

748. **Système ouvert et convention attribution juridiction à un juge tiers.** S'il n'y a donc semble-t-il jamais de problème quant à la détermination, au minimum, de la licéité des clauses attributives de juridiction en tant que telle, il est parfois plus délicat de se prononcer lorsque le choix des parties s'est portée sur une juridiction tierce au système objectivement applicable. C'est évidemment le cas lorsque les parties ont opté pour l'arbitrage alors qu'il n'est pas prévu dans le système applicable, mais aussi lorsque la juridiction étatique désignée dans la clause n'a pas intégré ce système. Les conventions « transport » et les conventions « accident », comme on l'a vu, soit rejettent globalement ces clauses, soit les limitent aux

---

<sup>1653</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 déc. 2011, *West Caribbean Airways*, *JDI* 2012, p. 1384, note S. Clavel ; *RCDIP* 2012, p. 138, Rapp. Maitrepierre ; *D.* 2012, p. 254, obs. X. Delpech et note Ph. Delebecque, p. 1237, obs. F. Jault-Seske et 1439, note H. Kenfack ; *JCP* 2012, p. 414, note 264 par L. d'Avout ; *RTD Civ.* 2012, p. 367, note Ph. Théry ; *RDC* 2012, p. 957, note A. Lapart, déjà évoqué *supra*, n<sup>os</sup> 3770s et 412.

<sup>1654</sup> On pourrait évoquer alors un argument *a fortiori* : l'accord des parties sur la juridiction étant une dérogation plus importante aux règles que la prorogation de compétence aux codéfendeurs, il serait illogique d'admettre le premier là où l'on interdit le second. Par ailleurs, l'arrêt *West Caribbean* du 7 décembre 2011 a justifié le renvoi des demandeurs devant les juridictions américaines sur l'idée que le choix du demandeur était impératif au sens de l'article 33 de la petite sœur de la convention de Varsovie, celle de Montréal (à faire une analogie avec l'arrêt *West Caribbean* précité, l'insistance que met la Cour sur le caractère impératif de la liberté de choix par le demandeur aurait tendance à imposer de même que ce choix ne saurait être non plus altéré par un accord préalable). Là encore, toutefois, l'admission de la clause compromissoire par la convention de Montréal, fusse-t-elle sous réserve, contredit clairement une telle analyse. On renversera alors l'argument *a fortiori* : si l'arbitrage est autorisé dans cette mesure, la désignation d'un for étatique contractuel devrait, dans les mêmes conditions du moins, être autorisée.

juridictions d'États contractants. Une telle situation est donc interdite, et la clause ne saurait jouer. De même, la plupart des autres systèmes de compétence autorisent seulement le choix de juridictions d'États contractants, soit en général<sup>1655</sup>, soit pour certaines actions<sup>1656</sup>. C'est tout simplement parce que ces systèmes sont des systèmes fermés. Il est logique que non seulement ils n'envisagent pas l'échec de rattachement, mais que de surcroît ils interdisent qu'ils soient évincés par la volonté des parties. Le principal problème, dès lors, se fixe sur les systèmes ouverts et, en ce qui concerne la France, le système Bruxelles I. Celui-ci règlemente en effet les clauses attributives de juridiction désignant une juridiction d'un État-membre<sup>1657</sup>, et ne saurait règlementer la clause compromissoire qui est exclut de son champ d'application<sup>1658</sup>. Il reste toutefois silencieux sur l'hypothèse d'une clause attributive à la juridiction d'un État tiers. La question est alors toujours la même : ce silence est-il prohibitif ou encourage-t-il à rechercher ailleurs la solution ?

**749. Interrogation consécutive à l'arrêt *Owusu*.** L'arrêt *Owusu* était venu troubler la question. En effet, la jurisprudence française, suivant par ailleurs la doctrine<sup>1659</sup>, avait de longue date admis que l'existence du domicile du défendeur en France, permettant la compétence du juge français selon ce qui était alors la Convention de Bruxelles, n'empêchait pas de renvoyer les parties au juge tiers qu'elles avaient élus<sup>1660</sup>. En déclarant l'applicabilité de l'article 2 impérative dès lors que ses conditions d'application étaient remplies dans l'arrêt *Owusu*, la Cour de justice a relancé le débat<sup>1661</sup>. La solution est en effet triple. Soit, à prendre ce dernier arrêt à

<sup>1655</sup> C'est le cas des Conventions CMR et COTIF, de la Convention pour la navigation du Rhin, des Règles de Rotterdam, de l'Accord sur la juridiction unifiée du brevet aux articles précités, *supra*, note 1644.

<sup>1656</sup> Il s'agit ici des Règlements propriété industrielle de l'Union européenne, qui encadrent les actions en nullité et contrefaçon, v. les règlements Marque communautaire et Dessins et modèles communautaires aux articles précités *supra*, note 1644. On notera que la Règlement relatif aux Certificats d'obtention végétale ne fait en revanche pas mention des conventions sur la juridiction.

<sup>1657</sup> Art. 23 du Règlement : « Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. Cette convention attributive de juridiction est conclue : a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée. 2. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite. 3. Lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État membre, les tribunaux des autres États membres ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence. 4. Le tribunal ou les tribunaux d'un État membre auxquels l'acte constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétents pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit des relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust ; 5. Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 13, 17 et 21 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 22 ».

<sup>1658</sup> Art. 1<sup>er</sup> du Règlement. Pour le Règlement Bruxelles I bis, on se reportera au considérant n° 12, qui détaille assez largement le rapport entre le Règlement et le système de droit de l'arbitrage.

<sup>1659</sup> DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Dalloz 1972, n° 216s. ; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, éd. Jupiter 1985, n° 166.

<sup>1660</sup> Com. 19 déc. 1978, D. 1979, I.R. p. 341, obs. B. Audit ; RCDIP 1979, p. 617, note A. Huet ; JDI 1979, p. 366, note H. Gaudemet-Tallon.

<sup>1661</sup> V. les interrogations allemandes et espagnoles dont le *Rapport Heidelberg* s'est fait l'écho, ainsi que les débats anglais évoqués par H. MUIR WATT dans sa note sous *Konkola Copper Mines*, High Court 10 mai 2005, RCDIP 2005, p. 722.

la lettre, la compétence octroyée par le système Bruxelles I prévaut sur une clause attributive à une juridiction d'un État tiers<sup>1662</sup>. Soit, à l'extrême inverse, on considère que cette question n'est pas traitée par le Règlement ; c'est la position adoptée par le juge anglais dans une décision *Konkola Copper Mines*<sup>1663</sup>. Soit, enfin, on considère que le système Bruxelles I régule aussi ces clauses par une extension analogique de l'article 23 du Règlement<sup>1664</sup>.

- 750. Rejet de la prévalence du système Bruxelles I sur la clause.** La première solution ne saurait s'épanouir. Le raisonnement de l'Avocat général Philippe LEGER dans l'affaire *Owusu* pourrait-il est vrai suggérer le contraire. Il avait en effet réservé des hypothèses de compétence tierce au jeu « impératif » de l'article 2, mais seulement des compétences fondées sur des rattachements exclusifs du type de ceux de l'article 22<sup>1665</sup>. Cela pouvait laisser entendre que les clauses attributives, prévues à l'article 23 du règlement, n'en faisaient pas partie. Cependant, plusieurs éléments poussent à ne pas tenir compte de cet argument d'autorité.

Tout d'abord, la jurisprudence antérieure de la Cour de justice, dans l'arrêt *Coreck Maritime*, laissait au contraire entendre leur licéité et un renvoi au droit national<sup>1666</sup>. L'arrêt *Owusu* en lui-même, d'ailleurs, ne traitait pas de cette question mais du *forum non conveniens*. On a eu l'occasion de voir que la règle était de procédure et non de rattachement<sup>1667</sup>. Ensuite, la Convention comme le Règlement Bruxelles I ne donnait aucun indice sur le traitement de ces clauses<sup>1668</sup>. Les négociateurs de la Convention n'avaient aucun mandat pour traiter de ce qui n'intéressait pas la compétence des juridictions des États-membres : les clauses attributives de compétence aux juridictions d'État tiers n'ont pas été mentionnées, comme l'ont été les conflits de procédures avec celles-ci et la reconnaissance de leurs décisions<sup>1669</sup>. D'ailleurs, alors que la domiciliation d'une des parties à la clause dans un État-membre fait ainsi partie, avec la désignation d'un juge d'un État-membre, des conditions d'application de l'article 23 du Règlement, ce dernier prévoit depuis son origine l'hypothèse où les deux parties seraient domiciliées hors de l'Union... mais uniquement si le tribunal désigné est celui d'un État-membre<sup>1670</sup>. Enfin et surtout, en opportunité, la solution est très dangereuse : elle permettrait à tout demandeur dont l'adversaire est domicilié en Europe de passer outre la convention

<sup>1662</sup> V. par exemple la décision, à notre sens justement critiquée, de Versailles 26 sept. 1991, *RCDIP* 1992, note H. Gaudemet-Tallon, spéc. p. 333s. et les opinions allemandes et espagnoles évoquées dans le *Rapport Heidelberg* note *supra*.

<sup>1663</sup> *Konkola Copper Mines*, High Court 10 mai 2005, *RCDIP* 2005, p. 722, note H. MUIR WATT.

<sup>1664</sup> C'est l'opinion de U. MAGNUS in U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, art. 23 n° 37.

<sup>1665</sup> Pt 139 des conclusions. Sur l'effet réflexe des compétences exclusives, v. *infra*, n° 761s.

<sup>1666</sup> CJCE 9 nov. 2000, aff. C-386/98, *RCDIP* 2001, p. 359, note F. Bernard-Fortier ; *JDI* 2001, p. 701, note J.-M. Bischoff.

<sup>1667</sup> V. *supra*, n° 717.

<sup>1668</sup> V. d'ailleurs en ce sens l'autorité du Rapport Schlosser, n° 176.

<sup>1669</sup> La réglementation des exceptions de litispendance et de connexité avec des juridictions d'États tiers a été introduite dans le règlement n° 1215/2012 portant refonte du Règlement Bruxelles I, encore le règlement justifie-t-il alors son application par le fait que la juridiction de l'État-membre est compétente au titre du règlement (art. 33 et 34 du règlement, débutant par « *Lorsque la compétence est fondée sur l'article 4 ou sur les articles 7, 8 ou 9 et qu'une procédure est pendante devant une juridiction d'un État tiers au moment où une juridiction d'un État membre est saisie d'une demande...* »).

<sup>1670</sup> Art. 23, 3 : « *Lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État membre, les tribunaux des autres États membres ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence* ».

de compétence à laquelle il s'est pourtant engagé et de bénéficiaire ainsi d'une sorte de privilège de juridiction impératif<sup>1671</sup>. Tous ces défauts sont tels qu'il est difficile de trouver un auteur qui défende une telle solution<sup>1672</sup>. On n'en fera en tout cas pas partie.

**751. Rejet de l'extension de l'article 23 aux clauses élisant des juges tiers.** Une autre solution, intermédiaire en quelque sorte, est la réglementation de ces clauses par extension de l'article 23. L'emploi par analogie de cet article permettrait, selon certains auteurs, de répondre à la question posée dans le cadre de l'application du règlement, et notamment de l'articuler avec les compétences exclusives communautaires<sup>1673</sup>. En outre, la théorie de l'effet réflexe des compétences exclusives, telle que présentée par Georges DROZ<sup>1674</sup>, pourrait appuyer cette idée. En effet, si l'on veut articuler les compétences exclusives d'État tiers (notamment par le biais d'une convention de prorogation de for) avec le système Bruxelles I, il est nécessaire d'identifier ces compétences. Or, en première approximation, on ne saurait évoquer la compétence exclusive d'un droit étranger que par imitation, par effet « réflexe » ou « miroir » des règles connues par le for, c'est-à-dire des articles 22 et 23 du Règlement<sup>1675</sup>.

Les arguments sont plus convaincants que pour l'hypothèse de prévalence globale, et ils ont leurs défenseurs<sup>1676</sup>. On ne l'appuiera cependant pas plus. D'une part, les arguments de texte sont contraires. Là encore, l'interprétation ne peut se prévaloir de l'intention des rédacteurs et le texte n'évoque clairement pas les conventions de compétence des juridictions d'État non membres<sup>1677</sup>. D'autre part, en termes d'opportunité, il n'est pas nécessairement souhaitable d'aligner le régime de la dérogation à la compétence objective lorsqu'elle est faite au bénéfice d'une juridiction d'État tiers sur celui de la clause attribuant compétence à une juridiction d'un État membre. Le libéralisme relatif dont cette clause fait l'objet, en particulier l'abrogation de certaines compétences exclusives nationales au bénéfice des seules compétences exclusives communautaires, ne se justifie plus dès lors que le renvoi est opéré unilatéralement vers un État tiers qui n'est pas soumis au reste du système. Il semble au contraire préférable que les États-membres disposent encore de leurs règles protectrices nationales en la matière, ne serait-ce que comme arme de négociation avec les États tiers. Enfin, le dernier argument qui achèvera de convaincre est la Convention de la Haye du 30 juin 2005 sur les clauses de prorogation de for. Même si cette Convention, si elle entre en vigueur, n'a pas prévu de couvrir toutes les hypothèses de ce type, elle a vocation à régir plus d'hypothèses que le système Bruxelles I<sup>1678</sup>. L'articulation avec le système de

---

<sup>1671</sup> En ce sens H. GAUDEMET-TALLON, note sous Versailles, 26 sept. 1991 précité.

<sup>1672</sup> Même les rapports (cités *supra* n° 1661) qui avancent cette interprétation dans leur droit national n'en soutiennent pas pour autant la solution.

<sup>1673</sup> V. U. MAGNUS, *ibid.*

<sup>1674</sup> G. DROZ, *op. cit.*, n° 164s.

<sup>1675</sup> V. *infra*, n° 761s.

<sup>1676</sup> V. U. MAGNUS, *ibid.* et les auteurs (essentiellement allemands) cités.

<sup>1677</sup> Rapport Schlosser, *ibid.*, A. BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, Oxford Uni. Press 2008, n° 7-103.

<sup>1678</sup> Elle ne couvrira en effet que les conventions d'élection de for désignant, là encore, un tribunal d'un État contractant (Art. 3, a de la Convention).



Bruxelles sur ce point tient en effet au nombre de parties domiciliées dans l'Union : si les deux y sont domiciliées, Bruxelles I prévaudra, tandis que s'il n'y en a qu'une, ou aucune, ce sera à la Convention de la Haye de régir la clause de prorogation de for<sup>1679</sup>. En réalité, le seul argument en faveur de la prise en compte de l'article 23 dans cette hypothèse est la nécessité de maintenir le caractère exclusif des compétences objectives de l'article 22 et des règles de protection des parties faibles. Or il n'est pas nécessaire de faire ce détour pour obtenir un résultat identique.

**752. L'inapplicabilité de Bruxelles I.** En effet, dans la dernière hypothèse, on traiterait ces clauses par le droit commun national du juge saisi, indépendamment du système Bruxelles I autrement applicable. C'était l'affirmation exacte de la Cour de Justice dans l'arrêt *Coreck Maritime* : « S'agissant de la seconde condition [de désignation du tribunal d'un État-membre], il y a lieu de constater que l'article 17 de la convention n'est pas applicable à une clause désignant un tribunal d'un État tiers. Un tribunal situé sur le territoire d'un État contractant doit, s'il vient à être saisi en dépit d'une telle clause attributive de juridiction, apprécier la validité de celle-ci en fonction du droit applicable, en ce compris les règles de conflit de lois, au lieu où il siège »<sup>1680</sup>. Voilà deux arguments en un seul en faveur de l'inapplicabilité du système Bruxelles I : jurisprudentiel, puisque c'est une affirmation de la Cour de Justice, et textuel, puisqu'elle semble simplement réaffirmer le contenu de l'article 17 de la Convention, devenu 23 du Règlement. Quant au risque d'éviction des règles impératives de Bruxelles I, il est inexistant. En effet, le caractère impératif de ces compétences n'est pas envisagé par le système Bruxelles I par référence à l'article 23. S'il est vrai que ce dernier rappelle l'interdiction de contracter en ce domaine à son cinquième paragraphe<sup>1681</sup>, les formulations des articles 13, 17, 21 (« Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par... ») et 22 du Règlement (« sont seuls compétents, sans considération de domicile... ») sont autosuffisantes.

**753. Confirmation jurisprudentielle : l'arrêt *Ahmed Mahamdia*.** C'est d'ailleurs en se fondant sur ce membre de phrase de l'article 21 que la CJUE a décidé, dans l'affaire *Ahmed Mahamdia*, qu'une clause attribuant compétence à une juridiction tierce était inapplicable devant un juge de l'Union dès lors que le salarié avait été employé par et pour un « établissement » sis sur le territoire de l'Union au sens de l'article 18 du règlement<sup>1682</sup>. Interrogée sur la question de savoir si « ...l'article 21, point 2, du règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens qu'une convention attributive de compétence conclue antérieurement à la naissance d'un différend relève de cette disposition lorsque ladite convention reconnaît la compétence exclusive à un tribunal se trouvant hors du champ

<sup>1679</sup> V. à ce sujet C. KESSEDJIAN, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI* 2006, p. 813, spéc. p. 823s., L. USUNIER, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for – Beaucoup de bruit pour rien ? », p. 37, spéc. p. 57s. et M. ATTAL, « Union européenne et convention de la Haye de 2005 sur les accords d'élection de for : vers un droit communautaire de source non-communautaire », *D.* 2009 ; p. 2379.

<sup>1680</sup> CJCE 9 nov. 2000, *précité*, pt. 19.

<sup>1681</sup> « Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 13, 17 et 21 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 22 ».

<sup>1682</sup> Il s'agissait ici d'ailleurs de l'ambassade d'Algérie en Allemagne, CJUE 19 juil. 2012, *RCDIP* 2013, p. 217, note E. Pataut ; *JDI* 2013, p. 487, note F. Depagne ; *Procédures* 2012, comm. 282 par C. Nourissat ; v. aussi du même annotateur *JCP* 2012, doct. 1053 et *JCP E* 2012, n° 1622 ; *D.* 2013, p. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *JCP S* 2012, n° 1494, note J.-Ph. Tricoit.

*d'application de ce règlement... », la Cour a en effet répondu qu'il « ne ressort ni de la teneur ni de la finalité de l'article 21 du règlement n° 44/2001 qu'une telle convention ne puisse attribuer la compétence aux tribunaux d'un État tiers, à la condition qu'elle n'exclue pas celle reconnue sur la base des articles du règlement ». En d'autres termes, une telle clause ne relève pas du Règlement Bruxelles I, et donc de son article 23, sinon pour une condition de validité qu'il précise : celle qui se trouve à l'article 21.*

754. **Conclusion.** Bien qu'assez mal formulé, l'arrêt *Onusu* synthétise finalement bien la question des conflits de norme de compétence : il suffit d'une bonne lecture des règles pour voir quelle est l'articulation des règles de rattachement entre elles, des règles de rattachement et des règles de procédure nationale, des règles de rattachement et des règles se rapportant aux conventions de juridiction. Ce faisant, toutefois, il a complètement passé sous silence un autre problème : celui du rapport du système Bruxelles I avec les compétences de juridictions tierces à ce système. Ce conflit de compétence, bien perçu par les juridictions anglaises dans cette affaire, ne devrait pourtant pas être occulté. L'internationalisation de la compétence ne se traduit en effet pas que par la création législative de systèmes transnationaux. Elle se retrouve en effet dans une tendance croissante à la coordination transfrontière des juridictions, notamment par la prise en compte de chefs de compétence dans des États tiers. Cette coordination informelle en matière de compétence pourrait trouver un nom : les renvois juridictionnels.

## Section 2 : CONFLIT DE COMPETENCES ET RENVOIS JURIDICTIONNELS

755. **Clôture des systèmes sur les règles de rattachement.** À l'extérieur des systèmes, il ne peut plus y avoir d'organisation directe entre juridictions. Non pas que le problème de la compétence disparaisse. Il se pose toujours pour les justiciables, qui auront à faire un choix entre plusieurs juridictions, quelles qu'elles soient. Seulement, ce choix intervenant entre des juridictions dont les activités n'ont pas été directement articulées entre elles, aucune règle de compétence *stricto sensu* ne leur permettra de trancher le problème de manière définitive. Les justiciables pourront donc le plus souvent faire appel à plusieurs juridictions différentes sur le fondement de règles locales. Eparpillée en systèmes autarciques, la compétence, c'est-à-dire l'organisation préalable de la concurrence des juridictions, pourrait se résigner à cette clôture. Les règles portant sur les conflits de procédures et sur la reconnaissance des jugements pourraient suffire à prendre le relais de l'organisation.

756. **Tendance transnationale.** Le même mouvement qui a poussé les États à participer à des réglementations transnationales de compétence invite cependant à la prise en compte des compétences tierces. De longue date, le système de droit

commun français et les articles 14 et 15 du Code civil ne peuvent être mis en jeu pour une action réelle immobilière sur un bien sis à l'étranger ou encore pour la contestation de la validité d'une mesure d'exécution effectuée à l'étranger ; et ce, sans qu'un juge étranger ait été ou même soit encore saisi. S'il en va ainsi, c'est parce que le droit français de la compétence a conscience d'une certaine nécessité de tenir compte de la compétence du juge du lieu de situation de l'immeuble, alors même que ce dernier n'est par hypothèse pas partenaire du juge français dans un quelconque système international. Par ailleurs, un flux d'arrêts de provenance transatlantique invite le juge français à répondre directement au problème de sa compétence internationale et, dans leur sillage, une partie de la doctrine contemporaine propose de soutenir le développement en France du *forum non conveniens*. La conscience de la nécessité d'une coordination continue en effet de croître.

757. **Renvois juridictionnels.** Pour l'heure, toutefois, cette coordination ne saurait être que limitée. L'obstacle est d'une part purement réglementaire : les juges français et leurs partenaires dans les systèmes internationaux ne sauraient, en l'absence de nouveaux textes, qu'organiser leur propre réaction à cette concurrence juridictionnelle tierce. Cela réduit donc les possibilités de réaction : la plus radicale serait alors aussi la plus généreuse, celle du dessaisissement en faveur du juge étranger. À un moindre niveau de coopération, on peut aussi imaginer de proposer au juge de rendre des décisions d'interrogation du juge étranger, mais il faudrait certainement repousser loin les limites du droit processuel. On touche ici au second obstacle, cette fois-ci culturel. Le juge civiliste, le juge français en particulier, n'est que peu habitué à ce genre de coopération. Les armes procédurales dont disposent le juge de common law (*antisuit injunction*, *forum non conveniens* entre autres), sont quasiment absentes de l'arsenal du juge civiliste. Ce dernier n'est pas encouragé à prendre un tel rôle dans les instances auxquelles il prend part. On pourra le regretter, mais on se trouve ici face à une faiblesse du droit français qui appelle des réformes trop importantes pour faire l'objet de simples propositions ponctuelles.

Les éléments précédents, toutefois, ont permis de montrer que ce droit n'est pas sourd aux compétences tierces. Il faut donc partir de ces bribes d'interaction au-delà des textes, de ces rares solutions extrasystémiques, pour essayer de mieux répondre aux défis de l'internationalisation de la compétence. Deux figures, en particulier, ressortent des différentes hypothèses d'interactions extrasystémiques qu'a rencontrées le juge français. Elles pourraient, l'une comme l'autre, servir de modèle à l'équivalent extrasystémique de l'article 97 C.P.C., ou de la désignation du juge étranger et la réception des jugements de compétence que l'on a proposés : de véritables renvois juridictionnels à des juges tiers. Sans doute, ces mécanismes seraient nécessairement moins automatiques dans leurs effets, mais c'est précisément ce type d'interaction souple qu'appelle, au-delà des systèmes internationaux, la coordination internationale de la concurrence juridictionnelle. Il y a d'une part ce qu'il est convenu d'appeler « l'effet réflexe ». Rigide et maladroit dans sa version traditionnelle, il pourrait trouver à s'assouplir par l'intégration des règles de procédure, et en particulier de l'intérêt à agir, au sein de la réglementation

de la compétence. On permettrait alors au juge français de renvoyer à un juge mieux placé par une sorte de *forum non conveniens* civiliste (§1). La seconde figure, d'autre part, est plus récente. Elle tient justement à la réception de décisions américaines de *forum non conveniens* qui interrogent le juge français sur sa compétence. Alors que la jurisprudence semble en avoir admis le principe, il est possible de proposer un régime particulier pour ce qui apparaît encore comme une configuration procédurale très peu orthodoxe : *l'action* en compétence (§2).

## **Paragraphe 1) PROPOSITION D'UN FORUM NON CONVENIENS**

758. **Le renvoi exceptionnel : « l'effet réflexe » du droit commun.** Le droit de la compétence est en principe aveugle aux revendications du droit étranger. Le législateur peut seulement se préoccuper de l'intervention de ses juridictions et de la distribution des affaires au sein de celles-ci. Le droit français a toutefois fait le choix, par exception, de prendre en compte l'éventuelle revendication de compétence étrangère. On en a vu les principaux exemples en évoquant l'adaptation ponctuelle du droit commun de la compétence : droit réel immobilier (et succession immobilière), voies d'exécution et autres activités de service public. Cette prise en compte, cependant, est globalement traitée par une sorte d'exception d'incompétence liée à un rattachement à l'étranger, parfois altérée par une possibilité surprenante de renvoi<sup>1683</sup>. Ces techniques particulières sont sans conteste des prises en compte de la compétence tierce, des « ouvertures » du système de droit commun de la compétence. À la suite d'une formule célèbre de Georges DROZ qui souhaitait en introduire la logique dans le jeu de la Convention de Bruxelles<sup>1684</sup>, elles peuvent être qualifiées « d'effet réflexe », dans la mesure où l'on se sert des rattachements des compétences exclusives du for pour vérifier si le juge tiers n'en bénéficierait pas dans l'espèce. L'effet réflexe est toutefois assez insatisfaisant : une exception de prise en compte de la compétence étrangère devrait se référer aux règles étrangères, alors que ces exceptions se contentent en réalité de projeter les conceptions françaises de manière catégorique, sans consulter véritablement le droit étranger.

759. **Proposition d'un *forum non conveniens* civiliste.** L'intérêt à agir aurait pour lui le mérite de la souplesse. Il est d'ailleurs déjà mis en oeuvre dans d'autres situations de concurrence juridictionnelle : celle des juridictions nationales avec les juridictions internationales, et parfois aussi de certaines autorités de régulation<sup>1685</sup>. Il permet ainsi de prendre en compte les actions portées devant ces dernières avec lequel le juge français n'a pas de lien direct de compétence, une situation similaire à celle qui se produit pour d'autres juridictions nationales. Cette règle de procédure

---

<sup>1683</sup> V. *supra*, n° 312s.

<sup>1684</sup> G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Dalloz 1972, n° 164s.

<sup>1685</sup> V. *supra* n° 135s.

introduit dans le raisonnement du juge la revendication concrète de compétence d'une juridiction tierce. Putôt qu'un effet réflexe, rigide et aveugle, cette méthode aurait l'avantage de la souplesse et du pragmatisme, un peu à la manière du *forum non conveniens* anglo-saxon, sans pour autant laisser le juge entièrement libre de sa décision. L'exception permettrait ainsi une prise en compte concrète de la revendication de compétence tierce (I) grâce à la souplesse de l'intérêt à agir et de la technique de la fin de non-recevoir (II).

### **I) La prise en compte de la revendication de compétence étrangère**

760. La doctrine est majoritairement favorable à la prise en compte de la compétence tierce (A), et si seul le droit commun le prend déjà en compte, il serait possible d'étendre à d'autres systèmes de compétence (B).

#### **A) La nécessité de la prise en compte des compétences tierces**

761. **Rappel : fermeture des systèmes de compétence.** Le droit de la compétence, aujourd'hui composé de nombreux systèmes spéciaux, est avant tout un monde fermé. Il fonctionne avant tout autour de ses règles de rattachement, dont l'objet essentiel est la répartition et, dès lors qu'une affaire n'intègre pas le champ d'application d'un système ou bien n'est pas visée par ses règles d'effet attributif, elle ne ressort pas de la compétence globale des juridictions de ce système et la question de la recherche du juge est, en principe, close.

762. **Caractère obligatoire de la compétence pour le juge désigné.** Parfois, l'injustice manifeste de cette fermeture provoque une réaction. Le droit français connaît ainsi la prorogation exceptionnelle de compétence en cas de déni de justice qui permet de pallier l'absence d'une règle de compétence applicable sous certaines conditions. Cependant, rien de tel n'existe lorsqu'au contraire un système de compétence permet de désigner le juge français, ou même un autre juge du système. Il ne saurait y avoir d'injustice dès lors que l'accès à la justice est assuré, quelle qu'elle soit. C'est, du moins, la perspective civiliste. On a ainsi pu voir, avec l'exemple de l'affaire *West Caribbean*, que le juge américain prenait la règle de compétence uniforme comme une attribution potentielle, mais non définitive<sup>1686</sup>. Même compétent, il peut alors « ouvrir » son système de compétence et renvoyer les parties à se pourvoir devant le juge d'un État tiers, avec lequel il n'est pourtant pas en rapport<sup>1687</sup>. Ce n'est pas le cas du juge français selon sa propre interprétation de la convention. Une fois sa compétence vérifiée, ce dernier ne peut

---

<sup>1686</sup> V. *supra* n° 412s

<sup>1687</sup> G. BORN et P. RUTLEDGE, p.372s.

s'en départir, même si le jugement ne devait d'ailleurs pas être reconnu dans l'État tiers intéressé<sup>1688</sup>.

**763. Indifférence au devenir du jugement.** L'indifférence du droit français au devenir du jugement est d'ailleurs notoire. On peut ici citer le conseiller HOLLEAUX qui écrivait, à propos d'un arrêt se prononçant au chef de l'article 14 au sujet d'une succession dont tous les biens étaient hors de France<sup>1689</sup> : « *Tout aussi mauvais est le motif tiré de l'incertitude sur la question de savoir si la décision serait ou non reconnue ou exécutée à l'étranger. S'il est en effet un principe bien établi et traditionnellement incontesté dans notre droit international privé, c'est que dès lors qu'un tribunal français est compétent par l'effet de nos règles de conflit juridictionnel, il statue sans s'occuper de l'accueil que l'étranger pourra faire de sa décision [...] Ce problème – à poser et à résoudre à l'étranger – n'a pas à soucier le juge français* »<sup>1690</sup>. C'est aussi la philosophie du Règlement Bruxelles I, si ce n'est de toutes les règles de compétence de source européenne, à en croire l'arrêt *Owusu* de la Cour de justice des Communautés européennes<sup>1691</sup> : quelle que soit la pertinence de cette saisine, quels que soient les liens que la situation présente avec l'étranger, seul les rattachements des règles de compétence attributive sont ici pertinents<sup>1692</sup>.

**764. Critiques doctrinales.** De nombreux auteurs ont insisté sur le fait qu'il fallait poser des limites à l'aveuglement unilatéral du droit français de la compétence. Depuis la fin du XX<sup>e</sup> siècle, une certaine partie de la doctrine française promeut l'adaptation en France des évolutions anglo-saxonnes dans le sens d'une prise en compte plus souple de la compétence internationale : *forum non conveniens*<sup>1693</sup>, *antisuit injunctions* (dans ses différentes formes)<sup>1694</sup>, abus de compétence et fraude<sup>1695</sup> ont été ainsi abordés comme autant de moyens, adaptables ou non, d'assouplir le jeu

---

<sup>1688</sup> Ce qui n'implique pas de considérer que les règles de compétence sont par elles-mêmes obligatoires, v. *supra*, n°374s.

<sup>1689</sup> Civ. 5 mai 1959, RCDIP 1959, p. 501, note H. Batiffol ; JDI 1959, p. 1158, obs. J.-B. Sialelli ; D. 1959, p. 377, note G. Holleaux.

<sup>1690</sup> G. HOLLEAUX, *op. cit.*, spéc. p. 378.

<sup>1691</sup> « ...il y a lieu de répondre à la première question que la convention de Bruxelles s'oppose à ce qu'une juridiction d'un État contractant décline la compétence qu'elle tire de l'article 2 de ladite convention au motif qu'une juridiction d'un État non contractant serait un for plus approprié pour connaître du litige en cause », CJCE, 1er mars 2005, *Owusu*, aff. C-281/02, pt. 40 (RCDIP 2005, p. 698, note Ch. Chalas ; *Gaz. Pal.* 27 mai 2005, p. 31, note M.-L. Niboyet ; JDI 2005, p. 1177, note G. Cuniberti et M. Winkler).

<sup>1692</sup> Y compris, d'ailleurs, pour la compétence pourtant très décriée de l'article 14 du Code civil, Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 sept. 2009, RCDIP 2010, p. 133 note H. Gaudemet-Tallon, JDI 2010, p. 475, note Ch. Chalas ; D. 2009, p. 2419, obs. I. Gallmeister. *Adde.* B. AUDIT, « Compétence internationale des tribunaux français : Règlement Bruxelles II bis, droit commun français et litispendance », D. 2010, p. 58.

<sup>1693</sup> La première étude d'envergure de cette notion revient à Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM 2000. Quelques temps plus tard, la doctrine belge a apporté un ouvrage magistral à la recherche comparative en la matière : A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens, Étude de droit international privé comparé*, Bruylant-LGDJ 2003. De la même origine, P. WAUTELET, *Les conflits de procédure*, thèse Uni. cath. de Louvain, 2002 et, en France, L. USUNIER, *la régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica 2008, spéc. p. 319s. V. aussi H. GAUDEMET-TALLON, « Le 'forum non conveniens', une menace pour la convention de Bruxelles ? », RCDIP 1991, p. 491 et « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale », RIDC 1994, p. 423 ; P. MAYER, « Forum non conveniens et application uniforme des règles de compétence », in *Forum Shopping in the European Judicial Arena*, P. de Vareilles Sommières (dir.), Hart Publishing, 2007, p. 137.

<sup>1694</sup> En particulier la thèse de S. CLAVEL, déjà citée en première partie de ce travail, *Le pouvoir d'injonction extraterritoriale pour le règlement des litiges privés internationaux*, thèse Paris I, 2001.

<sup>1695</sup> E. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi*, Defrénois 2006.

rigide de la règle de compétence. Des thèses comme celles de Mmes CHALAS<sup>1696</sup> et USUNIER<sup>1697</sup> ont ainsi défendu l'opportunité et la possibilité, pour les droits continentaux et en particulier français, de reconnaître la possibilité de prise en compte de la compétence étrangère<sup>1698</sup>. Mais elles s'épanouissaient sur un terrain favorable, puisque même les détracteurs les plus engagés de la doctrine du *forum non conveniens* comme Georges DROZ<sup>1699</sup> ou Mme GAUDEMET-TALLON<sup>1700</sup> plaidaient aussi pour une prise en compte de cette compétence étrangère, dans des circonstances particulières, sous l'angle d'une théorie appelée « effet réflexe ». Pour n'en rester qu'à ces derniers auteurs, l'analyse était la suivante : certains litiges dépendent d'un traitement local, auprès d'une autorité proche, juridiquement et géographiquement, de l'objet matériel du litige. Cela justifie dans les systèmes de compétence une dérogation à la compétence de principe *actor sequitur* qui cède alors devant des compétences spéciales et impératives. Mais ce qui, justement, justifie cette exception à la règle de principe justifie tout autant l'exception lorsque le rattachement se produit dans un État tiers. Il faudrait alors faire jouer un « effet réflexe » au profit de l'État tiers, de manière à ce que le demandeur ne puisse bénéficier d'une autre règle de compétence au sein du système<sup>1701</sup>.

765. **Difficulté des contraintes systémiques.** Toutes ces voix préconisent, avec plus ou moins d'intensité, une prise en compte de la compétence étrangère. Il s'agit alors de prendre en compte la compétence de juridictions d'État avec lesquels la France n'est pas liée par un système transnational, c'est-à-dire plus précisément la compétence tierce<sup>1702</sup>. Paradoxalement, alors que c'est dans son cadre que la théorie de l'effet réflexe a été développée, le système de Bruxelles a fait l'objet d'une certaine crispation. Les systèmes transnationaux de compétence, en particulier les systèmes européens, suivent la tendance naturelle de toute institution à persévérer dans l'être<sup>1703</sup> : les interprètes tentent d'abord d'en rechercher

<sup>1696</sup> *Op. cit.*

<sup>1697</sup> *Op. cit.*, dont la seconde partie s'intitule « *La prise en considération par le juge du for de la compétence du juge étranger* ».

<sup>1698</sup> *Adde.*, aux auteurs déjà cités *supra*, v. par exemple M.-L. NIBOYET, « La globalisation du procès civil international », *JDI* 2006, p. 937 qui propose des mécanismes particuliers de coordination de situation de conflits de procédures proche du *forum non conveniens*.

<sup>1699</sup> G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Dalloz 1972, n° 164s. V. aussi « la Convention de San Sebastian alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano », *RCDIP* 1990, p. 1, spéc. p. 14.

<sup>1700</sup> Outre les deux articles cités *supra*, qui semblent être les premiers discutant du problème dans la doctrine française, v. H. GAUDEMET-TALLON, n° 100, son article aux Mélanges Droz, « les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères », in *Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nijhoff 1996, p. 85 et, en dernier lieu, « Les résistances à la technique du *forum non conveniens* », *IJPL-RIDP*, 2012, 1, p. 180.

<sup>1701</sup> Outre les travaux de G. DROZ et de H. GAUDEMET-TALLON (*op. cit.*), on pourra renvoyer à ceux d'A. NUYTS, « La théorie de l'effet réflexe », in G. De Leval et M. Storme (dir.), *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Charte, 2003, p. 73, spéc. p. 76 (publié avant l'arrêt *Owusu* de la Cour de justice) ; M. FALLON, « l'applicabilité du Règlement Bruxelles I aux situations extérieures après l'avis 1/03 de la CJCE », in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 241. La plupart des manuels plaident toujours aujourd'hui en ce sens : v. Y. LOUSSOUARN, BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 766 ; M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 499 ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 347 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 282.

<sup>1702</sup> V. *supra*, n° 450.

<sup>1703</sup> Affirmation souvent critique, mais juste constat, elle en est devenue « banale », D. BUREAU, « Les conflits de conventions », *TCFDIP* 1998-2000, Pedone 2001, p. 201 ; Y. LEQUETTE, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI* 1994-II, t. 246, p. 9 et spéc. p. 228 ; E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone 2004, p. 505. Il s'agit tout simplement du *conatus* de SPINOZA, lequel ne l'employait pourtant que pour les créatures de

l'efficacité immédiate, une efficacité qui requiert d'abord l'affirmation de son application plutôt que la recherche d'exceptions.

Cette logique de préservation pourrait par ailleurs être renforcée par l'existence de logiques particulières aux systèmes de compétence. La protection de la partie faible dans le Règlement Bruxelles I, le libéralisme assurant la fluidité des transports dans les conventions transports, la proximité avec les lieux du sinistre dans les conventions accident sont autant de logiques spécifiques qui viennent renforcer l'autonomie des systèmes de compétence dans leur application. En bref, il y a déjà des règles de compétence, chacune avec ses conditions et ses buts, il n'y aurait pas besoin de prendre en compte la potentialité de compétences concurrentes.

**766. Influence de l'évolution du droit de la compétence.** À n'étudier la question que sous cet angle, on aurait cependant vite perdu de vue l'évolution globale que l'on a tracée en première partie de cette étude. Si ces systèmes internationaux existent, c'est précisément pour permettre une meilleure organisation de la compétence à un niveau international, c'est-à-dire l'articulation de l'activité des juges nationaux avec de nombreux autres (étrangers ou nationaux) ne dépendant pas du même État. Il y a dès lors déjà, dans l'existence même de ces systèmes, la volonté de prendre en compte la compétence de tribunaux étrangers ou nationaux<sup>1704</sup>. Cela relève d'ailleurs globalement toujours de la même idée : l'adaptation du droit de la compétence aux besoins des opérateurs internationaux de pouvoir déterminer avec plus de facilité et de sécurité la ou les juridictions compétentes pour régler leurs affaires. On a vu à quel point la référence au développement du commerce international était récurrente dans les textes conventionnels, et à quel point elle infuse aussi les développements de droit européen<sup>1705</sup>. Et si l'on réduit l'analyse au seul droit français, il faut alors ajouter les systèmes arbitraux transnationaux qui achèvent de démontrer, s'il en était encore besoin, que le droit français est prêt aujourd'hui prêt à prendre en compte, dans une mesure qu'il reste à définir, la compétence tierce. En fait, elle le fait partiellement déjà.

### ***B) La réalité de la prise en compte de la compétence tierce***

**767. Absence de *forum non conveniens*.** Si les résistances au *forum non conveniens* perdurent en droit français<sup>1706</sup>, certaines techniques permettent d'obtenir un effet approchant qui reposent sur des techniques plus civilistes : des exceptions. Ces exceptions, créées et encadrées par la jurisprudence, se retrouvent dans certains systèmes de source interne (1), mais pourraient s'étendre à d'autres systèmes (2).

---

Dieu : « Chaque être fait tous ses efforts autant qu'il est en lui pour persévérer dans son être » (Ethique III, Propositions VI).

<sup>1704</sup> En ce sens, A. NUYTS, *op. cit.*, p. 876.

<sup>1705</sup> V. *supra*, n°97s.

<sup>1706</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Les résistances à la technique du *forum non conveniens* », *IJPL-RIDP*, 2012, 1, p. 180.



## 1. *La limitation de la compétence dans les systèmes internes de compétence*

768. **Limitation des compétences.** Contrairement à nombre de systèmes de source internationale, le droit de la compétence de source interne prend depuis longtemps en compte la compétence tierce, bien que dans une mesure limitée. On a en effet pu noter, dans la première partie de cette étude, l'existence d'un certain nombre de domaines, assez restreints, dans lesquels le droit français réservait l'hypothèse de la réalisation à l'étranger du critère qu'il considérait lui-même comme pertinent. Ainsi, un arrêt du 6 janvier 1841 renvoyait déjà aux tribunaux bavarois pour un litige qui, bien qu'entre français, portait sur un immeuble sis en Bavière<sup>1707</sup>. Aujourd'hui, l'essentiel de la prise en compte de la compétence tierce se manifeste dans le domaine des articles 14 et 15 du Code civil<sup>1708</sup>. Ces derniers, selon l'arrêt *Weiss* du 27 mai 1970<sup>1709</sup>, possèdent

« ...une portée générale s'étendant à toutes matières, à l'exclusion des actions réelles immobilières et demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger ainsi que des demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France... ».

Dès lors, bien que très subsidiaires, les articles 14 et 15 ont, en principe, un champ d'application illimité<sup>1710</sup>, sauf pour ces deux matières spécifiques que sont les actions réelles immobilières et demandes en partage dès lors que le rattachement se réalise à l'étranger. La configuration même de l'exception démontre bien qu'il ne s'agit pas, en réalité, de la seule exclusion de « matières ». Le problème ne tient en effet pas tant à l'objet de l'action qu'à la localisation de cet objet à l'étranger<sup>1711</sup>. Et cette remarque vaut, en réalité, dans d'autres situations, comme l'exclusion du for du domicile du défendeur lors d'une contestation sur une mesure d'exécution étrangère ou de la validité d'une marque<sup>1712</sup>.

769. **Forum non conveniens non discrétionnaire.** Il n'est donc pas vrai de dire que le droit français ne prend pas en compte la probabilité d'exécution à l'étranger : ces

---

<sup>1707</sup> Req. 6 janv. 1841, *Wenger*, S. 1841, I, p. 24. V. aussi Req. 19 avr. 1859, *Guichard*, S. 1859, I, p. 411. Solution confirmée plus tard par Civ., 5 juil. 1933, *Nagalingampoulé*, S. 1934, I, p. 337, note Niboyet, *RCDIP* 1934, p. 166 du même annotateur ; *D.* 1934, I, 133, note Silz ; *JDI* 1934, p. 892.

<sup>1708</sup> Le droit commun, en effet, ne possède pas de règle de compétence générique autre que l'article 42 C.P.C., lequel est « borné » en droit international privé par les mêmes exceptions qu'en droit interne, même lorsqu'elle ne se réalise pas dans le for, v. *supra*, n° 497. Il y a donc aussi prise en compte de la compétence tierce dans ce cas, mais sous le seul angle de ce que le droit français interne considère comme relevant d'un autre rattachement que celui qui attribuerait compétence à l'un de ses juges.

<sup>1709</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1970, *RCDIP* 1971, p. 113, note H. Batiffol ; *Grands Arrêts* n° 49. La spécificité de cet arrêt est surtout d'avoir fourni une liste exhaustive des exceptions. V. par exemple, pour l'article 15, Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 1955, *JCP* 1985, II, 8567, note P. Louis-Lucas ; *RDCIP* 1955, p. 327 note H.B. qui ne mentionnait que les actions réelles immobilières et les actions en partage.

<sup>1710</sup> Y compris en matière gracieuse (demande d'ouverture d'une curatelle d'une Française domiciliée en Suisse par sa soeur, Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 2003, *Dr. fam.* 2003, n° 9, p. 42, note B. Bourdelois).

<sup>1711</sup> Cette localisation à l'étranger n'aura sans doute qu'un impact réduit après l'arrêt *Cognac and Brandies* et le système Bruxelles I, puisque la localisation de ces éléments sur le territoire français oblige à mettre en jeu les chefs de compétence de l'article 22 du système Bruxelles I. Il n'en va pas moins que l'esprit de l'exception posée dans *Weiss*, à une période encore manifestement confuse pour la jurisprudence (huit ans seulement après *Scheffel* et trois ans après l'arrêt *Stanton* – sur lequel v. *supra*, n° 194 et la note), marque clairement la raison d'être de cette dernière.

<sup>1712</sup> V. *supra*, 302s.

exceptions ne s'expliquent qu'ainsi<sup>1713</sup>. Il n'est pas exact non plus de dire que le droit français n'envisage pas, une fois la compétence d'un juge acquise, la possibilité que ce dernier doive se dessaisir. Il s'agit simplement d'une erreur de perspective : là où le juge américain, et dans une moindre mesure le juge anglais, dispose d'un large pouvoir « modérateur » ou « régulateur » qui lui permet d'amender l'attribution de compétence par le *forum non conveniens*<sup>1714</sup>, le juge français ne bénéficie quant à lui que d'exceptions réglementées<sup>1715</sup>. Ainsi, des deux côtés de l'Atlantique, la prise en compte de la compétence tierce est non seulement possible, mais encore de droit positif. Elle permet dans les deux cas d'en tirer par ailleurs comme conséquence de faire exception à des règles de compétence et de renvoyer au juge tiers<sup>1716</sup>. La différence principale porte sur la mesure de cette exception. Le juge américain, plus encore que le juge anglais ou australien, use généreusement de cette arme procédurale, en particulier lorsque l'une des deux parties au litige au moins est étrangère<sup>1717</sup>. De son côté, le juge français ne saurait user de cette exception souverainement. Il lui faut une règle, jurisprudentielle à défaut d'être textuelle, et cette règle ne lui laisse aucune marge de manœuvre lorsque ses conditions sont réunies.

**770. Recours à la règle de procédure.** Il s'agit de tirer maintenant les conséquences des observations précédentes sur le jeu même des règles de compétence et de l'articulation entre la compétence et la procédure<sup>1718</sup>. La prise en compte éventuelle de la compétence tierce ne rentre pas dans la fonction des règles « classiques » de compétence, les règles de rattachement, lesquelles ne peuvent désigner que les juges destinataires de la règle. Seules des règles plus compréhensives peuvent permettre de la prendre en compte, des règles qui saisissent l'activité des parties à défaut de pouvoir saisir l'activité du juge étranger. Ainsi s'explique le fait que l'irrecevabilité est à la fois plus proche du problème et des solutions utilisées en matière de voies d'exécution ou d'immeubles (y compris les successions immobilières)<sup>1719</sup>. C'est ainsi de même que l'on a évoqué, précédemment, le modèle

<sup>1713</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, note sous *Weiss*, Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1970, n° 49, spéc. §7 ; A. MIAJA de la MUELA, « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI* 1972-I, t. 135, p. 1, spéc. p. 88.

<sup>1714</sup> Le premier de ces termes est employé par Ch. CHALAS, *op. cit.* et le second est préféré par L. USUNIER, *op. cit.*

<sup>1715</sup> Mais il s'agit à notre avis d'une exception réglementée à un rattachement pertinent. L'exemple avancée par A. NUYTS (*L'exception de forum non conveniens, Etude de droit international privé comparé*, Bruylant LGDJ 2003, p. 75s.), selon lequel les compétences exclusives du système Bruxelles I forment des dérogations de compétence au même titre que le *forum non conveniens* ne nous paraît pas pertinent : il s'agit de rattachements spéciaux dérogatoires au rattachement général du domicile du défendeur, pas d'une altération de ce rattachement général.

<sup>1716</sup> En ce sens, A. NUYTS, *op. cit.*, p. 235 et surtout 303s. V. aussi L. USUNIER, *op. cit.* p. 143s. qui évoque l'égale aptitude des deux méthodes à poser des limitations raisonnables à ce qu'elle appelle l'exercice de la compétence.

<sup>1717</sup> J. SAMUELS, When is an Alternative Forum Available? Rethinking the *Forum non conveniens* Analysis, 85 Ind. L.J. 1059 (2010) ; D. CHILDRESS, Forum Non Convenient : The Search for a Convenient Forum in Transnational Cases, 157 Va. J. Int. L. 53-1 (2012). Il semble que dans le contentieux aérien tout du moins, les conseils américains essaient systématiquement d'obtenir l'inclusion dans la procédure d'au moins un demandeur et un défendeur américain pour éviter le renvoi, v. P. DEMPSEY, All along the watchtower : *Forum non conveniens* in international aviation, XXXVI *Annals of Air & Space Law* 323-75 (2011). Sur l'ensemble, v. G. BORN et P. RUTLEDGE, *International Civil Litigation in United States Courts*, 5th ed., Wolters Kluwer 2011, p. 365s.

<sup>1718</sup> V. *supra* n° 367s.

<sup>1719</sup> V. *supra*, n° 312s.

de traitement des rapports entre les juridictions qui ne sont pas mis directement en concurrence, comme les juridictions étatiques avec les juridictions internationales<sup>1720</sup> et, bien qu'il ne s'agisse plus directement d'une articulation de leurs activités et donc de compétence, pour certaines autorités administratives indépendantes<sup>1721</sup>. Et l'on pourrait encore ajouter que c'est par ce biais que l'on traite de la saisine d'un juge en violation d'une clause de médiation ou de conciliation : conciliateur et médiateur concurrencent le juge, mais ne sont pas reconnus comme des juridictions<sup>1722</sup>. Le recours à la technique de l'irrecevabilité pourrait ainsi permettre la prise en compte de la revendication de compétence étrangère.

## 2. *Extension de la prise en compte*

771. **Extension de principe aux systèmes internationaux de compétence.** La limitation de la prise en compte de la revendication de compétence étrangère aux seuls systèmes de source interne n'a aucun fondement. Comme ces derniers, les systèmes de compétence de source internationale ont été développés dans une perspective pratique : résoudre au mieux le problème de la concurrence internationale des juridictions. Le fait qu'ils soient de source internationale ne change rien, ni à leur objet, ni à leur projet, ni, donc, à leurs limites intrinsèques. Il est vrai toutefois qu'en ce qui concerne le système le plus utile, le Règlement Bruxelles I, il sera difficile d'obtenir une telle ouverture de la Cour de justice.
772. **Difficile ouverture du Règlement Bruxelles I.** Le Règlement Bruxelles I, en effet, ne se limite pas à un système de compétence. Comme on l'a vu, il porte par ailleurs des règles accessoires de procédure<sup>1723</sup>. Or cette extension du Règlement Bruxelles I au régime de la compétence a été appuyée par la Cour de Justice, qui s'est attachée à protéger l'impérativité des règles de compétence jusque dans leur mise en œuvre. Ainsi, à l'occasion de l'arrêt *Kongress Agentur*<sup>1724</sup>, la Cour eut à se prononcer sur la règle néerlandaise permettant au juge d'apprécier la recevabilité de la demande en garantie. Le demandeur avançait que l'article 6-2 de la Convention, qui permet l'assignation en garantie d'un défendeur domicilié en Europe devant le tribunal de la demande originelle, créait un droit à l'assignation en garantie qui n'était limitée que par sa propre exception, à savoir lorsque la demande en garantie « [n'a] été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé ». Le demandeur proposait ainsi de considérer l'article 6 non seulement comme une règle de compétence, mais aussi comme une règle de procédure portant sur l'action elle-même : il avait été débouté de cette demande sur un point de recevabilité de cette dernière. La Cour se saisit de l'occasion pour poser sa doctrine :

---

<sup>1720</sup> V. *supra*, n° 139s.

<sup>1721</sup> V. *supra*, n° 144s.

<sup>1722</sup> Ch. mixte, 14 févr. 2003, *JCP* 2005, I, 141, obs. Sauphanor, I, 179, obs. J. Béguin et I, 183, obs. T. Clay.

<sup>1723</sup> L'article 24 du règlement par exemple, posant la compétence du tribunal devant lequel le défendeur comparait sans soulever l'incompétence, est ainsi une règle de procédure, v. *supra*, n° 374 et la note.

<sup>1724</sup> CJCE 15 mai 1990, aff. C. 365/88, *RCDIP* 1990, p. 564, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1991, p. 498 ; *Cab. Dr. eur.* 1990, p. 709.

*« Il convient de souligner que la convention n'a pas pour objet d'unifier les règles de procédure mais de répartir les compétences judiciaires pour la solution des litiges en matière civile et commerciale dans les relations intracommunautaires et de faciliter l'exécution des décisions judiciaires. Il y a donc lieu de distinguer nettement la compétence des conditions de recevabilité [...] »*

*Il y a lieu de préciser toutefois que l'application des règles de procédure nationales ne saurait porter atteinte à l'effet utile de la convention. En effet, comme la Cour l'a jugé notamment dans l'arrêt du 15 novembre 1983, *Duijnstee* [...], le juge ne saurait appliquer des conditions de recevabilité prévues par le droit national qui auraient pour effet de limiter la mise en œuvre des règles de compétence prévues par la convention ».*

L'arrêt *Duijnstee* auquel se réfère ici la Cour avait ainsi décidé que même si les règles de procédure d'une cour suprême lui interdisaient de se prononcer sur des points non évoqués par les parties, l'article 19 de la Convention (26 du Règlement) le contraignait à s'en saisir s'il relevait que l'affaire tombait dans un chef de compétence exclusif d'une juridiction d'un autre État membre. Il entamait ainsi la liste des règles de procédure modifiées ou évincées par le nécessaire « effet utile » de la Convention puis du Règlement Bruxelles I. Or, si les règles portant sur la recevabilité des actions en garantie ne relèvent pas de ce champ, celles permettant à un juge de se dessaisir parce qu'une autre juridiction tierce dispose d'un titre de compétence spécial relèvent, clairement, de ce dernier. L'affirmation de cette solution revient au célèbre arrêt *Owusu* du 1<sup>er</sup> mars 2005 :

*« Compte tenu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la première question que la Convention de Bruxelles s'oppose à ce qu'une juridiction d'un État contractant décline la compétence qu'elle tire de l'article 2 de ladite convention au motif qu'une juridiction d'un État non contractant serait un for plus approprié pour connaître du litige en cause, même si la question de la compétence d'une juridiction d'un autre État contractant ne se pose pas ou que ce litige n'a aucun autre lien de rattachement avec un autre État contractant ».*

**773. Optimisme permis.** Même si l'arrêt se prononçait au regard d'une exception de *forum non conveniens* qui aurait joué au profit d'une juridiction jamaïcaine ne revendiquant aucune compétence exclusive, il n'est pas certain que la solution de la Cour de justice eut été différente face à cette dernière hypothèse. Contrairement à ce que lui proposait l'avocat général<sup>1725</sup>, en effet, elle n'a pas mentionné d'exception au profit d'une telle compétence revendiquée par un juge tiers. Bien qu'une décision anglaise ait fait jouer un effet réflexe au profit de juridiction ukrainienne dans l'affaire *Ferrexpo*<sup>1726</sup>, il pourrait être prématuré d'attendre de la juridiction européenne qu'elle permette l'ouverture du système de compétence principal de l'Union européenne. À terme, cependant, l'espoir est permis. Ainsi, le règlement n°

---

<sup>1725</sup> Pt. 139 des conclusions.

<sup>1726</sup> High Court, Queen's Bench Division, 3 avr. 2012, [2012] EWHC 721, v. Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du Règlement Bruxelles I », *RCDIP* 2013, p. 359.

1215/2012 de refonte du Règlement Bruxelles I actuel a déjà commencé de prendre en compte cette compétence exclusive tierce dans le cadre de la nouvelle réglementation de la litispendance. L'article 33 de ce règlement permet en effet à une juridiction d'un État-membre saisie en second lieu d'une même affaire qu'une juridiction d'un État tiers de surseoir à statuer lorsque la décision à venir de cette juridiction devrait pouvoir être reconnue et que le sursis à statuer participerait d'une bonne administration de la justice. Dans ce cadre, le considérant n° 24 du règlement précise que l'opportunité du sursis peut notamment résulter du cas où « *la juridiction de l'État tiers a une compétence exclusive dans le cas d'espèce dans des circonstances où la juridiction d'un État membre aurait une compétence exclusive* ». Le filtre est rigoureux et se limite aux seuls cas de litispendance actuelle, mais des voix autorisées s'élèvent déjà pour en promouvoir l'extension<sup>1727</sup>.

Plus le règlement deviendra droit commun de la compétence internationale des États-membres, plus les nécessités d'une ouverture aux revendications de compétence d'États tiers deviendront criantes. Si la globalisation économique se maintient ou se poursuit, il est probable que le mouvement d'internationalisation du droit de la compétence fera de même. Et il est probable qu'à terme, une fois peut-être les aspects politiques de l'application du système Bruxelles I (bis) décriés, la Cour de justice s'ouvrira d'elle-même à des tentatives de coordination avec les États tiers.

**774. Extension matérielle de l'effet réflexe.** Il faut certainement en rester, pour l'instant en tout cas, à l'idée d'un potentiel effet réflexe pour les systèmes de source interne et conventionnelle. Cependant, il n'est pas besoin là encore de se limiter aux exemples matériels du droit commun. La plupart des systèmes internationaux de compétence sont suffisamment spécialisés autour d'une matière pour qu'il y ait peu de chance de revendication de compétence par un État tiers. Il est par exemple très improbable qu'un droit réel immobilier soit en jeu dans un contrat de transport par route et même impossible que l'on puisse trouver dans un même litige la mise en cause d'une voie d'exécution et d'un enregistrement de marque européenne. Cependant, les revendications de compétence d'État tiers ne reposent pas forcément sur les mêmes catégories ni les mêmes qualifications que celles connues par le droit français. Les revendications de compétence exclusive sont bien plus nombreuses que les deux seuls domaines précités. On peut en recenser de multiples exemples<sup>1728</sup> : les baux immobiliers et les contrats de *time-sharing* (exclusivité prévue dans Bruxelles I)<sup>1729</sup>, le domicile du *de cuius* au Costa Rica<sup>1730</sup>, la situation des meubles en Uruguay<sup>1731</sup> ou encore en matière de validité d'inscription sur des registres publics<sup>1732</sup>. Si la raison d'être de l'exception à la compétence des

---

<sup>1727</sup> A. NUYTS, « Bruxelles I bis : présentation des nouvelles règles sur la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », A. NUYTS (coord.), *Actualités en droit international privé*, Bruylant 2013, p. 77, spéc. p. 95.

<sup>1728</sup> D. FERNÁNDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *RCADI* 2006, t. 323, p. 9s.

<sup>1729</sup> *Ibid.*, p. 90s.

<sup>1730</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>1731</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>1732</sup> *Ibid.*, p. 106.

juridictions du for est la revendication de la compétence exclusive tierce, la seule manière efficace de l'appréhender est de la prendre en compte *in concreto* et non en bilatéralisant, simplement, les cas de compétence exclusive française<sup>1733</sup>. Il est donc non seulement utile mais nécessaire de sortir du couple habituel voies d'exécution-droit réel immobilier. Pourquoi ce qui serait valable pour certaines de ses compétences exclusives ne le serait pas pour d'autres ?

775. **Conclusion.** En attendant que la Cour de justice de l'Union autorise à prendre en compte les revendications de compétence tierces, on ne peut qu'en rester aux systèmes internes et internationaux de compétence, seul champ d'application potentiel de l'effet réflexe. Si l'effet réflexe est opportun et possible, il doit encore trouver un fondement. La jurisprudence *Weiss* en a fait une exception jurisprudentielle à la règle de compétence, mais la solution n'est pas la plus adaptée, et par ailleurs difficilement extensible à d'autres systèmes. En réalité, il est possible et souhaitable de traiter toutes ces exceptions particulières sous un angle à la fois unique, plus efficace, et plus souple : celui de la fin de non-recevoir pour défaut d'intérêt à agir. Sous cet angle, l'effet réflexe ne serait pas seulement possible, mais pourrait mieux prendre en compte les revendications de compétence.

## II) La technique de la fin de non-recevoir

776. **La méthode de la prise en considération.** La méthode est en fait assez traditionnelle : la prise en compte du droit étranger, celui qui n'est issu ni du législateur national, ni d'une législation internationale intégrée par le droit français. Toutefois, il ne s'agirait pas, il ne pourrait pas s'agir au regard du caractère public de cette réglementation, d'*appliquer* le droit étranger. Le renvoi au sens des conflits de lois est ainsi exclu : il n'est « *pas concevable que la saisine des tribunaux d'un pays dépende du point de vue des législations étrangères* »<sup>1734</sup>. Dans tous les cas, la compétence reste l'objet d'une réglementation matérielle, qui ne saurait faire l'objet de solutions conflictuelles. Il n'est toutefois pas besoin d'appliquer le droit étranger, au sens où l'on donne effet à sa règle, pour le prendre en compte. Il peut suffire de le *prendre en considération*, en se servant d'une règle étrangère dans la mise en œuvre de règles de compétence françaises.

777. **Proposition.** La règle de compétence *stricto sensu*, figée sur son hypothèse et son rattachement, ne saurait toutefois permettre de prendre en compte la compétence de juges tiers : elle ne vise que les juges destinataires. La réglementation de compétence, cependant, ne se limite pas aux règles de compétence *stricto sensu*, les règles de rattachement, mais aussi par des règles de procédure. En l'absence de résolution par le système international, c'est donc par le retour aux règles de

---

<sup>1733</sup> La critique est identique à celle à laquelle a procédé D. HOLLEAUX sur la recherche de la compétence indirecte en matière d'effet des jugements (D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz 1970). En cette matière, M. HOLLEAUX a montré que l'utilisation des critères du for pour déterminer la compétence du juge étranger était une mauvaise solution. Elle l'est nécessairement *a fortiori* pour la détermination de l'effet réflexe, qu'on le prenne comme une mesure de respect des solutions tierces (sous l'angle publiciste de la *comitas* par exemple) ou comme un argument pragmatique de l'efficacité des décisions (cette fois-ci sous un angle privatiste).

<sup>1734</sup> Y. LEQUETTE, « Renvoi », *Rep. dr. int.*, n° 59.

procédure nationale que l'on peut ainsi prendre en compte le droit tiers<sup>1735</sup>. Or, la configuration même de ces « conflits de compétence » impose assez vite le véhicule procédural qu'ils devraient emprunter : l'intérêt à agir. De manière implicite ou explicite, la doctrine a déjà proposé de s'en saisir pour sanctionner les saisines abusives du for français<sup>1736</sup>.

L'intérêt à agir est une condition de recevabilité de l'action en justice. Elle énonce que le juge ne saurait répondre à une demande purement virtuelle, déclaratoire ou préventive, qui n'a d'autre but que d'éclairer le demandeur sur sa situation juridique sans qu'il y ait de conséquence concrète. En dehors des prescriptions de la matière gracieuse<sup>1737</sup>, son pouvoir de juger n'a en principe pas à être mis en œuvre pour de simples demandes d'expertise juridique. Lorsqu'un demandeur saisit alors le juge français sans aucun espoir de voir sa décision exécutée à l'étranger, c'est-à-dire lorsque, au stade même de la saisine, il est indiscutable que le jugement à rendre n'aura aucun effet concret sur la situation juridique du demandeur, on peut se demander si ce dernier ne manque tout simplement pas d'un intérêt à agir... en France. Cette proposition nécessite de vérifier l'applicabilité de l'intérêt à agir dans ce contexte (A) avant d'en voir la portée (B).

<sup>1735</sup> V. *supra* n° 372s.

<sup>1736</sup> Globalement et quelque peu ironiquement, l'abus de *forum shopping* n'a été déploré qu'au sujet des actions devant des juridictions américaines, D. COHEN, « Contentieux d'affaire et abus de *forum shopping* », D. 2010, p. 975 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Les résistances à la technique du *forum non conveniens* », *IJPL-RIDP*, 2012, 1, p. 180, spéc. p. 191s. Il est vrai que le droit de la preuve (*discovery*), la procédure (jury) le type d'action (*class actions*) et de sanction (divorces faciles, dommages et intérêts punitifs) que l'on peut obtenir aux Etats-Unis a pu attirer nombre de demandes artificiellement connectées à cet Etat. Un exemple célèbre peut être trouvé dans l'arrêt *Smith Kline and other v. Bloch* dont est extraite cette tirade de Lord DENNING : « *As a moth is drawn to the light, so is the litigant drawn to the United States. If he only can get his case into their courts, he stands to win a fortune. At no cost to himself, and at no risk of having to pay anything to the other side. The lawyers there will conduct the case 'on spec' as we say, or on a 'contingency fee' as they say. The lawyers will charge the litigant nothing for their services but instead they will take 40% of the damages, if they win the case in court, or out of court on a settlement. If they lose, the litigant will have nothing to pay to the other side. The courts in the United States have no such costs deterrent as we have. There is also in the United States a right to trial by jury. These are prone to award fabulous damages. They are notoriously sympathetic and know that the lawyers will take 40% before the plaintiff gets anything. All this means that the defendant can be readily forced into a settlement. The plaintiff holds the cards* ». Plus loin, Lord Denning concluait : « *In our present case Dr Bloch is resident in England. He works in England. He sues on a contract with an English company which was made in England and is governed by English law. The witnesses are mostly in England. The natural forum is England beyond any doubt. The public interest requires that so English a dispute should be tried in England, to which it belongs rather than in the United States. It would, no doubt, be an advantage to Dr Bloch to sue in the United States, because he would get there higher damages, trial by jury and lawyers on contingency fees. But that is not a legitimate advantage. It is an illegitimate advantage. Even putting it into the scale, the balance comes clearly in favour of England* ». *Smith Kline & French labs. Ltd and others v. Bloch*, [1983], 2 All ER 72, spéc. p. 74 et 78. Bien que cette vision très tranchée de la faveur au demandeur aux Etats-Unis puisse être discutée (v. S. CLAVEL, H. BUXBAUM, *Transnational Regulatory Litigation*, 251 Va J. Int. L. 46 (2005)), la phrase que nous avons soulignée permet de montrer le lien entre l'abus de *forum shopping* et l'intérêt à agir dans son caractère légitime. C'est ainsi qu'il a donc déjà été proposé de traiter par l'illégitimité de l'action lorsqu'un tel abus est avéré devant les juridictions du for elles-mêmes, v. E. CORNUT, « *Forum shopping* et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*, 2007, p. 27. *Contra* A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens, Etude de droit international privé comparé*, Bruylant LGDJ 2003, p. 754s., lequel, s'il écarte le moyen de l'intérêt à agir « *dans les systèmes juridiques continentaux* », mentionne également des auteurs français (G. CORNU et J. FOYER, p. 347 et G. COURTIEU, « *Droit à réparation – Abus de droit* », *J.-Cl. Civ.* Fasc. 131-1 et 131-3) et allemand (B. HESS, « *Abuse of Procedure in Germany and Austria* », in M. Taruffo (dir.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, Kluwer Law International, 1999, p. 151, spéc. p. 156) qui évoquent la possibilité de sanctionner une telle pratique par la voie de l'intérêt à agir. Nous nous en tiendrons pour notre part à cette dernière lecture du droit français.

<sup>1737</sup> Ainsi que pour la garantie de certains droits des justiciables, *infra*, n° 806s.

## A) Le fondement procédural : l'intérêt à agir

778. Le critère d'actualité de l'intérêt à agir, bien adapté aux enjeux internationaux (1) permettrait de rejeter des demandes qui n'auraient d'autres effets que d'apporter une « consultation juridique »<sup>1738</sup> (2).

### 1. Intérêt à agir et enjeux internationaux

779. **Présentation de l'intérêt à agir.** Une longue tradition a toujours permis au juge, dans des mesures variées au fil des matières et de l'histoire, de rejeter une action en justice, non tant en étudiant la substance du droit et de la contestation que pour des raisons tenant à l'action elle-même. « *Pas d'intérêt, pas d'action* » est une formule, plus précisément un adage, que l'on retrouve ainsi dans presque tous les manuels de procédure civile<sup>1739</sup>. La notion conserve cependant un certain mystère du fait de son rôle de standard juridique, à la limite entre la réalisation du droit et ce qui le met en marche<sup>1740</sup>. Elle n'en reste pas moins évoquée à l'article 31 du Code de procédure civile en ces termes :

*« L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ».*

780. **Caractères de l'intérêt à agir.** Bien que le texte ne vise ainsi que l'intérêt « légitime », la doctrine et la jurisprudence en ont dégagé d'autres caractères. Comme l'ont fait remarquer certains auteurs, en effet, « l'intérêt » est souvent employé comme un substitut au mot « droit » dans son aspect subjectif<sup>1741</sup>. Cela n'a que peu de sens : on ne saurait exiger du demandeur que la recevabilité de son action soit conditionnée à son bien-fondé<sup>1742</sup>. L'intérêt à agir s'est donc adjoint certains adjectifs pour lui donner plus de substance : les caractères juridique et

---

<sup>1738</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Economica 1985, p. 161. V. aussi, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, 1981, p. 75 : « *Les tribunaux ne sont pas fait pour donner des consultations purement théoriques ou pour délibérer sur des questions académiques* ».

<sup>1739</sup> Cités ici simplement à titre topique : L. CADIET et E. JEULAND, n° 357 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, n° 128 ; J. HERON et T. LE BARS, n° 69 ; Y. DESDEVISES et O. STAES, « Action en justice – recevabilité – conditions subjectives – intérêt », *J.-Cl. proc. Civ.* Fasc. 126-2, n° 5 ; M.-L. NIBOYET, « Action en justice », *Rep. Dalloz. Dr. int.*, n° 56 ; A. HUET, « Procédure civile et commercial dans les rapports internationaux (DIP) – Compétence de la "lex fori" – domaine de la "lex fori" : action en justice », n° 45.

<sup>1740</sup> C'est d'ailleurs précisément cet aspect qui permet à certains d'éliminer le critère de l'intérêt en lui-même pour n'en retenir que les caractères, N. CAYROL, « Action en justice », *Rep. Proced. Civ.*, n° 214s.

<sup>1741</sup> H. SOLUS et R. PERROT, t. I, n° 226

<sup>1742</sup> Ou même à l'invocation d'un tel droit : comme le font remarquer SOLUS et M. PERROT (*Ibid.*), l'analyse est irrationnelle : « *On sait que par définition l'intérêt est un avantage d'ordre pécuniaire ou moral ; ce qui signifie que, pour apprécier l'intérêt, le juge doit procéder à une analyse des résultats éventuels de la demande, en s'interrogeant sur le point de savoir si cette demande, à la supposer fondée, est de nature à modifier la situation présente de celui qui en prend l'initiative. Or, à partir du moment où l'on introduit un élément d'ordre juridique pour circonscrire la notion d'intérêt, on transpose inévitablement la question sur un terrain tout différent. On se tourne vers le passé et non plus l'avenir ; et ce qui compte alors, ce n'est plus le résultat éventuel de la demande, mais bien au contraire la valeur juridique des moyens mis en œuvre pour parvenir à en assurer le succès* ». Cette critique nous paraît en outre faire le lit d'une analyse de l'action elle-même fondée sur les seuls textes au fond (sur celle-ci, v. J. HERON et T. LE BARS, *loc. cit.*).



légitime, né et actuel, direct et personnel<sup>1743</sup>. Ces trois séries d'adjectifs ont ainsi pu expliquer certaines solutions jurisprudentielles d'exclusion de l'action en justice, en particulier le critère de l'intérêt né et actuel qui s'oppose en France aux actions préventives et déclaratoires<sup>1744</sup>. Le problème, cependant, n'est qu'en partie résolu. Dire de l'intérêt qu'il permet la recevabilité de l'action dès lors qu'il est né et actuel, par exemple, ne précise pas pour autant ce qu'il est au fond<sup>1745</sup>. Si définir est délimiter, il ne suffit pas toujours de délimiter pour définir.

**781. Sens de l'intérêt à agir.** Il faut alors aller au cœur de cette notion qui semble évasive et sur ce point les auteurs sont, à raison, moins diserts<sup>1746</sup>. Certains évoquent l'imaginaire médical<sup>1747</sup>, mais l'analyse qui nous semble la plus juste est celle du profit, de l'avantage ou de l'utilité: « *Dire d'une personne qu'elle a intérêt à exercer une action en justice, c'est dire que la demande ainsi formée est susceptible de modifier et d'améliorer sa condition juridique présente. En un mot, l'intérêt est fonction de l'utilité que le demandeur escompte de son initiative devant les tribunaux* »<sup>1748</sup>. C'est précisément ce cœur même de la notion qui va nous retenir, car il faut s'interroger sur l'utilité de l'action que nous avons envisagée ici. Ne pourrait-on en effet traduire l'effet réflexe, c'est-à-dire la prise en compte d'une exclusivité de compétence dans un pays tiers, par l'inutilité d'une action (et donc l'absence d'intérêt à agir) dans un autre pays que ce dernier ?

**782. Fin de non-recevoir à fondement processuel.** L'action étant, selon le Code de procédure civile, « *le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée* »<sup>1749</sup>, l'intérêt à l'action devrait s'attacher à des éléments de fond de la demande. C'est bien la raison, par ailleurs, pour laquelle l'absence d'intérêt ouvre des exceptions dites fins de non-recevoir qui agissent sur la demande<sup>1750</sup> et non sur la procédure pour laquelle existent des exceptions de procédure<sup>1751</sup>. La distinction fin de non-recevoir/exception de procédure ne suit

<sup>1743</sup> Pour une discussion de ces caractères, v. L. CADIET et E. JEULAND, *loc. cit.* et J. HERON et T. LE BARS, *loc. cit.*

<sup>1744</sup> L. CADIET et E. JEULAND, n° 359s. ; J. HERON et T. LE BARS, n° 70s. ; M. BANDRAC, *op. cit.*, n° 101-50s. Les caractères juridique et légitime et personnel et direct renvoient en effet par trop au rapport de droit en débat au fond. Il est par exemple aujourd'hui admis que l'exemple classique autrefois cité du préjudice de la concubine relevait moins de l'intérêt à agir de cette dernière que des limitations du droit au fond, v. L. CADIET et E. JEULAND, *Ibid.*

<sup>1745</sup> *Contra* N. CAYROL, *op. cit.*

<sup>1746</sup> A raison car, s'agissant d'un standard, il s'agit moins de définir que de concevoir : il faut permettre d'envisager de nouveaux problèmes à traiter. On va en avoir un exemple dans ces développements.

<sup>1747</sup> « En d'autres termes, il n'y a que deux manières d'établir le défaut d'intérêt : démontrer que le demandeur se plaint sans avoir mal, ou que la décision sollicitée, si elle était obtenue, ne serait pas un remède à son mal, qu'elle serait inopérante », G. CORNU et J. FOYER, p. 344. L'image est intéressante pour le rappel de la nécessité d'envisager une évolution dans le temps (avant/après le succès éventuel de la demande) mais l'idée de la double condition nous semble trompeuse. Le « trouble » ou le « mal » dont souffre le demandeur peut en effet être très virtuel, comme en matière d'action gracieuse ; c'est l'apport de l'objet de la demande en justice qu'il faut considérer.

<sup>1748</sup> H. SOLUS et R. PERROT, t. I, n° 226. V. aussi S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, n° 128, J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, n° 591 ; Y. DESDEVEISES et O. STAES, *op. cit.* n° 6. *Adde.*, conciliant les deux approches, L. CADIET et E. JEULAND, n° 357.

<sup>1749</sup> Art. 30 C.P.C.

<sup>1750</sup> Art. 122 C.P.C.: parce qu'elles tendent à voir l'adversaire « *déclaré irrecevable en sa demande* »

<sup>1751</sup> Art. 73 C.P.C.: c'est-à-dire un « *moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours* »

cependant pas une parfaite dichotomie fond/procédure. Il suffit pour le démontrer de rappeler que toute exception de procédure doit elle-même être recevable, et réciproquement que toute fin de non-recevoir suit un régime procédural qui, s'il n'est pas respecté, permet de soulever une exception de procédure. Ainsi le principe de l'estoppel que dessine la Cour de cassation semble créer une fin de non-recevoir s'opposant dans certaines circonstances à ce qu'une partie soulève d'autres fins de non-recevoir ou des exceptions de procédure, en particulier l'exception d'incompétence au profit d'un tribunal arbitral<sup>1752</sup>. Il n'y aurait donc rien de choquant à soulever une fin de non-recevoir sur la compétence, qu'il relève des aspects procéduraux ou du fond de l'action<sup>1753</sup>.

---

<sup>1752</sup> Ass. Plén., 27 févr. 2009, *Bull. AP*, n° 1, rapport Boval et concl. R. de Gouttes; *D.* 2009, p. 723, obs. X. Delpech, p. 1245, note D. Houtcieff, 172, obs. N. Fricero et 285, chron. E. Agostini; *JCP* 2009, I, 142, obs. Y-M. Serinet et II, 100073, note P. Callé; *RDC* 2009, p. 1019, note G. Viney; *Gaz. Pal.* 19 mars 2009, p. 10, note T. Janville; *Com.*, 20 sept. 2011, *D.* 2011, p. 2345, obs. X. Delpech; *Procédures* 2011, Repères 11 par H. Croze; *JCP* 2011, p. 1250, note D. Houtcieff; *RTD Civ.* 2011, p. 760, obs. B. Fages. Sur cette question, v. C. MARECHAL, « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », *RTD Civ.* 2012, p. 167; E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. arb.* 1985, p. 241; H. MUIR WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit français, in *Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz 1994, p. 303; M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, *Economica* 2001; N. DUPONT, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTD Civ.* 2010, p. 459.

<sup>1753</sup> On peut s'interroger, par ailleurs, sur la valeur de la dichotomie procédure/fond face au phénomène de la frontière. Si la question de la compétence est, globalement, un problème de procédure plus qu'un problème de fond, le refus de reconnaissance à l'étranger développe des effets substantiels bien plus que procéduraux. C'est d'ailleurs l'efficacité substantielle de la décision française qui serait en danger, puisque le seul lieu où elle pourrait utilement développer ses effets se situe dans cet Etat qui la refuse. L'argument selon lequel l'action en justice et ses critères ne devraient se préoccuper que du fond ne nous paraît donc pas entièrement adapté aux situations internationales. En réalité, c'est même réduire le fond du litige à la seule application de la règle substantielle qui nous paraît manquer la spécificité de l'action en justice dans un contexte international. Pour la même raison que de telles règles de procédure peuvent répondre à des problèmes de compétence internationale, elles peuvent donc prendre en compte des aspects substantiels inhérents à ces problèmes (v. en ce sens, M.-L. NIBOYET et G. GEOUFFRE de LA PRADELLE, n° 514).

Ainsi, la solution ici proposée ne serait pas sans analogie avec d'autres propositions de la doctrine. Plusieurs auteurs ont en effet déjà proposé de traiter l'abus de choix du for par le biais du caractère légitime de l'intérêt à agir. MOTULSKY, le premier, a observé qu'un plaideur qui n'agirait en France que par mauvaise foi ou malice pourrait subir les foudres de la justice française (H. MOTULSKY, « Procédure civile et commercial », *Rep. D. Int.* 1969, n° 118). Certains auteurs ont ainsi proposé d'appliquer l'article 32-1 du Code de procédure civile, lequel fustige de manière générale de telles manœuvres et la sanctionne d'une amende civile d'un maximum de 3000 € et de potentiels dommages et intérêts (V. Ch. CHALAS, *op. cit.*, p. 591s. et E. CORNUT, « *Forum shopping* et abus du choix du for en droit international privé », *JDI* 2007, p. 27, spéc. p. 45). M. CORNUT a par ailleurs proposé de fonder la répression de l'abus du choix de for en ce qu'il recherche l'application d'une loi particulière par le caractère illégitime qu'aurait alors l'intérêt à agir (*Ibid.*). Le critère de la légitimité de l'intérêt à agir permettrait en effet de sanctionner « un détournement du droit d'action, c'est-à-dire la recherche d'un avantage étranger aux intérêts garantis par l'octroi de l'action » (M. CORNUT cite ici M.-L. NIBOYET, « Action en justice », *Rep. D. Int.*, n° 67).

La jurisprudence n'a, à notre connaissance, jamais traité d'une question de compétence sur ce fondement précis. Elle pourrait cependant le faire dans la mesure, bien délicate à mettre en œuvre, où il serait démontré que le seul intérêt de la saisine du juge français serait d'obtenir l'application d'une loi précise, ce qui semble d'autant moins évident que, par hypothèse, le juge français serait compétent selon ses règles de compétence. Cela serait beaucoup plus simple, en revanche, si sa compétence devait être concurrente de la compétence exclusive des juridictions du seul autre Etat intéressé à l'affaire.

## 2. Une hypothèse de « consultation juridique »

783. **L'intérêt à agir comme amélioration concrète de la situation juridique du demandeur.** Si la jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur l'intérêt à agir du demandeur dans ce dernier cas, c'est qu'on ne le lui a jamais présenté comme tel<sup>1754</sup>. La solution, pourtant, s'impose. Dès lors en effet que l'intérêt à agir se déduit d'un avantage concret que pourrait apporter le succès de l'action, on ne saurait admettre une action qui n'aurait aucune conséquence sur la situation du demandeur dans l'État où les effets de la décision devraient se développer exclusivement.
784. **Analogies jurisprudentielles internes.** On peut citer au profit de cette interprétation les solutions (assez rares) de la jurisprudence qui se prononcent sur la seule existence de l'intérêt, sans s'attacher à ses caractères. Elle a déjà confirmé, par exemple, que le demandeur est sans intérêt à contester la qualité de défenderesse de la personne qu'il a assignée, ce qui entraînerait l'irrecevabilité de son action<sup>1755</sup>, ou à agir à l'encontre d'un ancien employé ayant violé une clause de non-concurrence, dès lors que le demandeur a cessé toute activité professionnelle<sup>1756</sup>, le syndicat contestant les élections alors qu'il ne pourrait en tout état de cause obtenir de siège dans une prochaine élection à défaut d'être représentatif<sup>1757</sup> ou encore la commune qui assigne l'auteur d'un prospectus critiquant la gestion de l'équipe sortante, puisque les intérêts propres de la commune n'avaient pas été mis en jeu<sup>1758</sup>. Plus souvent, la Cour de cassation oppose l'absence d'intérêt à agir à un demandeur au pourvoi en cassation parce que la cassation ne changerait rien à sa situation. Ainsi, la Cour de cassation a jugé irrecevable le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel qui se borne à formuler le vœu que « *la commission de recours gracieux envisageât avec bienveillance exonérations ou aménagements* »<sup>1759</sup>, ou le pourvoi évoquant une erreur de qualification sans incidence sur les droits du demandeur<sup>1760</sup>, ou encore celui qui se prévaut d'une violation de la contradiction au préjudice de son adversaire<sup>1761</sup>. Dans tous ces arrêts, on constate qu'il ne suffit pas, en effet, de pouvoir s'appuyer sur une règle de droit : toutes ces demandes étaient au moins fondées, à défaut de savoir si elles l'étaient bien. Ce dont le demandeur manquait manifestement, en revanche, c'était d'un intérêt *améliorant concrètement* sa situation juridique, soit que l'effet de la règle le désavantagerait, soit qu'elle ne l'avantagerait pas au regard de sa situation actuelle.
785. **L'intérêt comme critère de rejet de l'action en consultation juridique.** Un parallèle pourrait aussi être fait avec les actions déclaratoires. Ce qualificatif

---

<sup>1754</sup> Le fameux arrêt *Rougeron* (Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 mai 1959, *RCDIP* 1959, p. 501, note H. Batiffol –qui annote aussi un arrêt *Beer* assez proche, Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juin 1959 ; *JDI* 1959, p. 1158, obs. J.-B. Sialelli ; *D.* 1959, p. 377, note G. Holleaux) posait la question en termes de compétence et non d'intérêt à agir.

<sup>1755</sup> Soc., 30 juin 1976, *JCP* 1976, IV, p. 282.

<sup>1756</sup> Com., 4 janv. 1985, *D.* 1985, IR p. 386, obs. Serra.

<sup>1757</sup> Soc., 23 juil. 1980, *D.* 1981, IR p. 122, obs. Ph. Langlois.

<sup>1758</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 6 janv. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, I, somm. p. 177.

<sup>1759</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 23 mars 1960, *Bull.* II, n<sup>o</sup> 198.

<sup>1760</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 mars 2008, *JCP* 2008, II, 10076.

<sup>1761</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 avr. 2008, *Rapport de la Cour de cassation* 2008, p. 263 ; *D.* 2008, p. 2373, obs. Sommer et Nicoletis ; *Procédures* 2008, comm. 167 par R. Perrot ; *JCP S* 2008, 1382, note T. Tauran.

caractérise les actions dans lesquelles, en l'absence d'intérêt né et actuel, il n'y a en effet qu'un intérêt intellectuel à la situation, un intérêt à « *faire constater par le juge l'existence ou l'étendue d'une situation juridique* »<sup>1762</sup>. De manière générale, le droit français est très net dans son rejet de ces actions. La conception française veut que l'État ne mette pas ses tribunaux à la disposition des plaideurs pour de simples « consultations juridiques »<sup>1763</sup>. Sauf exceptions<sup>1764</sup>, une telle action est donc interdite pour absence d'intérêt. De nombreux auteurs s'accordent pour reconnaître un mouvement de fond de la jurisprudence pour accorder de plus nombreuses exceptions, en particulier en matière internationale<sup>1765</sup>. Les exceptions reconnues, cependant, ont pour objet de protéger le demandeur dans une situation de risque juridique, lorsque l'incertitude que fait planer la situation place le demandeur dans une situation trop inconfortable<sup>1766</sup>.

**786. Inefficacité de la décision française.** Il ne faut toutefois pas aller trop loin dans l'assimilation : l'absence d'actualité de l'intérêt ne correspond pas à l'absence d'intérêt tout court. L'action portée devant la juridiction française pour protéger un droit réel sur un immeuble sis à l'étranger n'anticipe pas un risque ; le contentieux est déjà né. C'est l'intérêt lui-même qui fait défaut, puisque la solution du juge français elle-même serait purement intellectuelle, sans aucune portée, dès lors qu'elle ne saurait concrètement modifier la situation des parties.

Dès lors, en effet, que l'État tiers dans lequel devra nécessairement s'exécuter le jugement ne pourra *jamais* en tenir compte du fait de l'exclusivité qu'il accorde à la compétence de ses juridictions en ce domaine, le jugement pris en France sera *toujours* sans conséquence concrète. Pour prendre le cas le plus évident, il semble pour l'heure possible de saisir un juge français, sur le fondement de l'article 2 du Règlement Bruxelles I, pour poursuivre en revendication d'un immeuble sis au Mexique un défendeur domicilié en France. La décision du juge français, cependant, n'aurait aucune perspective d'être reconnu dans cet État<sup>1767</sup>. Sans

<sup>1762</sup> L. CADIET et E. JEULAND, n° 361. V. aussi L. SEGUR, « L'action déclaratoire », *JCP* 1965, I, 1902.

<sup>1763</sup> R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Les cours de droit, fasc. I, 1980, p. 78. V. aussi, en droit anglais, *The Rama* [1996] 2 Lloyd's Rep. 281.

<sup>1764</sup> Certaines sont légales comme l'article 29-3 C.civ. pour la nationalité, l'article 296 C.P.C. pour la vérification d'écriture, action aux fins de mesure d'instruction de l'article 145 C.P.C. pour faciliter un procès à venir, même s'il n'est pas certain que le procès ait lieu. D'autres sont jurisprudentielles, comme l'action déclaratoire en inopposabilité du jugement de divorce étranger (Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 févr. 1971, *RCDIP* 1972, p. 123, obs. P. Hébraud, *RTD Civ.* 1972, p. 433) et la déclaration sur l'action de la femme en fictivité de la société créée par le mari (Paris 9 juin 1971, *D.* 1972, p. 232, note J. Carbonnier, *RTD Civ.* 1972, p. 438, obs. Hébraud).

<sup>1765</sup> Aux exemples que l'on vient de citer, on peut évoquer les affaires *Vivendi Universal*, *Flash Airlines* et *West Caribbean*, que l'on retrouvera en matière de dialogue des juges dans le paragraphe suivant, v. *infra* n° 806.

<sup>1766</sup> L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.* ; L. CADIET, E. JEULAND et S. AMRANI-MEKKI, n° 81 ; M. BANDRAC, *op. cit.* n° 101-70 ; J. HERON et T. LE BARS, n° 74.

<sup>1767</sup> Le Mexique a en effet ratifié la Convention Interaméricaine sur la compétence dans la sphère internationale pour l'efficacité extraterritoriale des jugements étrangers (La Paz, 24 mai 1984, *Série des traités OEA*, n° 64) dont l'article premier énonce : « *Aux fins d'obtenir l'efficacité extraterritoriale des jugements étrangers, la condition de la compétence dans la sphère internationale sera considérée satisfaite quand l'organe juridictionnel d'un Etat partie qui a rendu la décision avait compétence en accord avec les dispositions suivantes : ... C. En matière d'actions réelles sur des biens immeubles, que ceux-ci aient été situés, au moment du dépôt de la requête, sur le territoire de l'Etat Partie où fut prononcée la décision* » (Traduction libre de : « *Con el fin de obtener la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjerias se considerará satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional cuando el órgano jurisdiccional de un Estado Parte que ha dictado sentencia*

reconnaissance, l'inscription du propriétaire au registre immobilier serait impossible, et le propriétaire « français » tout aussi désarmé pour expulser le propriétaire « mexicain ». Un tel jugement n'aurait qu'une valeur persuasive, une autorité morale mais, pour tout dire, simplement symbolique. Le symbolisme, la simple affirmation de l'état de droit en lui-même, c'est précisément ce que cherche à empêcher le critère de l'intérêt à agir en droit interne, et c'est ce critère qui permettrait, en droit français, de tenir ainsi compte de la revendication de compétence exclusive de l'État tiers. Encore faut-il voir si cette perspective interne peut servir dans un contexte international.

### ***B) Les modalités de mise en œuvre : l'affectation de l'intérêt à agir***

787. Le renvoi au juge tiers se peut se traduire par l'irrecevabilité de la demande pour absence d'intérêt à agir. Il faut alors en tous les cas interroger l'ordre juridique étranger qui se considère comme exclusivement concerné par le problème invoqué devant le juge du for (1), une proposition qui trouve un certain écho dans ce qui est encore pour quelques temps le droit positif français en matière de successions internationales (2).

#### ***1. La prise en considération de l'ordre juridique revendiquant une compétence exclusive***

788. **Loi applicable, controversée.** Un problème préalable doit être ici traité. Il porte sur la loi applicable à la recherche des critères de l'intérêt à agir. On sait le débat entre les tenants d'une analyse publiciste de la question, qui renvoient la majeure partie des règles de procédure à la loi du juge saisi<sup>1768</sup>, et ceux d'une analyse privatiste, plus souple et hétérogène, qui reste au plus près des questions pour choisir entre cette dernière loi et la loi de l'institution en cause<sup>1769</sup>. À l'heure actuelle, la jurisprudence choisit encore globalement la première analyse, en particulier pour l'intérêt à agir<sup>1770</sup>. Quant au problème particulier de la substance de l'intérêt lui-même, on trouve encore moins de trace de jurisprudence internationale que l'on en trouve en droit interne ; une situation qui, par ailleurs, ne semble pas

---

*hubiera tenido competencia de acuerdo con las siguientes disposiciones : ...C. En el caso de acciones reales sobre bienes inmuebles, que éstos se hayan encontrado situados, al momento de entablarse la demanda, en el territorio del Estado parte donde fue pronunciada la sentencia »). Selon MM. L. PEREZNIETO CASTRO et J. ALBERTO SILVA (*Derecho Internacional Privado, Parte Especial*, Oxford Uni.Press 2000, p. 396, le critère est identique en droit international privé commun.*

<sup>1768</sup> Sur le débat, v. A. HUET, « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP) – Compétence de la "lex fori" – domaine de la "lex fori" : action en justice », n° 25s.

<sup>1769</sup> M.-L. NIBOYET, « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 363. V. déjà, du même auteur, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Economica 1986.

<sup>1770</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 déc. 1990, *Coveco*, *JDI* 1991, p. 371, note D. Bureau ; *RCDIP* 1991, p. 558, note M.-L. Niboyet.

particulière à la France<sup>1771</sup>. En doctrine, Mme NIBOYET et M. BOLARD ont tous deux préconisé, pour l'analyse de l'existence même de l'intérêt, de procéder par référence à la loi étrangère à laquelle se rattache le droit mis en œuvre. Mais si pour M. BOLARD il s'agit simplement de vérifier que celle-ci permet la satisfaction du demandeur<sup>1772</sup>, pour Mme NIBOYET, en revanche, la loi étrangère, prise comme « *loi de l'institution pour le fonctionnement de laquelle* [les conditions de l'action en justice] *ont été élaborées* »<sup>1773</sup> doit être appliquée directement, y compris dans l'appréciation de l'intensité ou de l'existence de l'intérêt<sup>1774</sup>. De manière générale, l'intérêt à agir ne serait donc pas nécessairement lié à la *lex fori*. Une exception devrait jouer, cependant. Toujours selon Mme NIBOYET, l'intérêt sert aussi à permettre aux tribunaux de rejeter une demande qui aurait un objet contraire à la fonction du juge. Cela serait le cas, par exemple, lorsqu'il s'agit de transformer le juge en complice d'une fraude ou d'un abus du demandeur. Mais cela serait aussi le cas, plus subtilement, lorsque la demande vise moins à obtenir du juge qu'il mette en œuvre son pouvoir de juger (dire le droit *et* trancher le litige) que de se prononcer en expert du droit (*seulement* dire le droit). Ce type de demande ayant trait à la conception que l'ordre juridique se fait du pouvoir de juger, sa recevabilité relève encore nécessairement de la *lex fori*<sup>1775</sup>. L'analyse de Mme NIBOYET rejoint donc sur ce point celle des autres auteurs.

**789. Application de la *lex fori*.** La détermination de la loi applicable à l'intérêt à agir *en France* pour une action qui n'a de sens qu'à l'étranger s'impose vite. Que l'on prenne en effet le point de vue traditionnel, peut-être dogmatique, de la mise à la

<sup>1771</sup> R. GARNETT, *Substance and procedure in private international law*, Oxford Uni. Press 2012, n° 5-16 : « *The choice of law implications of 'standing' as an independent concept have not been considered in Commonwealth decisions* » (« *Les jurisprudences des Etats du Commonwealth n'ont pas traité l'intérêt à agir en tant que concept autonome en matière de conflit de lois* », traduction libre. Il s'agit ici surtout de l'intérêt dans son sens « personnel et direct », à la limite de la qualité à agir). Dans l'ouvrage classique de SZASZY, la question n'est tout simplement pas abordée.

V. cependant, en dernier lieu aux Etats-Unis, *Chafin v. Chafin*, Supreme Court of the USA, No. 11-1347 (décision rendue le 19 février 2013), dans lequel la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique s'est notamment prononcée sur l'intérêt à agir du demandeur dans la mesure où l'enfant dont il réclamait la garde se trouvait, depuis la décision de première instance l'opposant à son ex-femme, avec cette dernière, en Ecosse. Selon la Cour, « *No case or controversy exists, and a suit becomes moot, when the issues presented are no longer 'live' or the parties lack a legally cognizable interest in the outcome,* » *Already, LLC v. Nike, Inc.*, 568 U. S. \_\_\_\_, \_\_\_\_. *But a case "becomes moot only when it is impossible for a court to grant any effectual relief whatever to the prevailing party," Knox v. Service Employees*, 567 U. S. \_\_\_\_, \_\_\_\_. *As "long as the parties have a concrete interest, however small, in the outcome of the litigation, the case is not moot," Ibid.* Pp. 5-6 » (« *Aucune affaire ou litige n'existe, et l'instance devient sans objet, lorsque les problèmes présentés ne sont plus "vivaces" ou lorsque les parties manquent d'un intérêt juridique déterminé dans sa solution* [...] *. Mais une affaire devient sans objet seulement lorsqu'il est impossible pour le juge de fournir une quelconque solution quelle que soit la partie gagnante* [...] *. Tant que les parties ont un intérêt concret, aussi faible soit-il, dans la solution du litige, l'affaire n'est pas sans objet* ». Ainsi, la Cour Suprême a dû se prononcer sur l'intérêt à agir du fait de l'exécution à l'étranger de la décision. À la différence des options que nous défendons ici, cependant, l'affaire ne se présentait pas comme la prise en compte d'une compétence exclusive étrangère, mais plus simplement sur la question de la possible exécution à l'étranger de la décision. Sous cet angle, la décision semblait s'imposer.

<sup>1772</sup> G. BOLARD, *Essai sur l'application judiciaire du droit international privé*, thèse Dijon 1968, p. 501s. Il s'agit alors d'ailleurs de prise en considération et non d'application de la loi étrangère, puisque le critère lui-même reste posé par le droit français.

<sup>1773</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, *l'action en justice dans les rapports privés internationaux*, *op. cit.*, p. 62s.

<sup>1774</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, *l'action en justice dans les rapports privés internationaux*, *op. cit.*, p. 161s. Elle y note que la règle de *minimis non curat praetor*, règle assez traditionnelle, n'est pas employée en matière de propriété en droit français. Il y a donc un lien avec la substance, un lien qui justifie d'appliquer la loi de la cause. Le manuel qu'elle cosigne a repris cet exemple, v. M.-L. NIBOYET et G. GEOUFFRE de LA PRADELLE, n° 513.

<sup>1775</sup> M.-L. NIBOYET, *L'action en justice dans les rapports privés internationaux*, *op. cit.*, p. 288s.

disposition des juridictions, ou bien celui, fonctionnel, du caractère de l'intérêt à agir mise en cause, on se retrouve à étudier ce que le juge peut faire et non ce qu'il peut décider, subjectivement, en droit. Or, si ce dernier, par des systèmes internationaux de compétence, parfois par des règles internationales de procédure, agit partiellement comme un organe « désétatisé », cette dissociation ne peut aller au-delà de l'application de ces règles qui expriment sa fonction même. En particulier, ce que le droit du for énonce quant à l'activité des juges, quant à son pouvoir juridictionnel, ne saurait être évincé (pour l'instant peut-être), par un droit étranger<sup>1776</sup>. La solution a été par ailleurs validée par la jurisprudence dans l'arrêt *Coveco* du 4 décembre 1990<sup>1777</sup>. Quel qu'en soit le fondement, l'existence de l'intérêt à agir relève ainsi de la *lex fori*.

**790. Prise en considération du droit de l'État tiers.** On ne saurait cependant s'épargner de considérer la loi étrangère. On l'a dit plus haut, l'intérêt à agir s'évalue à l'aune de ce que l'effet de la règle de droit pourrait apporter à la situation concrète du demandeur. Or, c'est ici peut-être au titre d'un droit étranger, selon la règle de conflit applicable, que la situation juridique du demandeur pourrait être modifiée. C'est donc ce droit étranger qui, sans modifier les caractères, nature ou définition française de l'intérêt à agir, doit être pris en compte pour évaluer ces derniers dans le cas concret. Ainsi, pour reprendre l'hypothèse de l'immeuble mexicain, le droit applicable aux questions de droit réel étant le droit du lien de situation du bien, c'est bien en fonction des solutions mexicaines que l'on évaluera l'existence, pour le demandeur, d'un intérêt à agir.

**791. Prise en considération de l'ordre juridique dans son entier.** La prise en considération du droit étranger ne saurait toutefois s'arrêter aux seules règles substantielles, même agrémentées de règles de conflit. Il est nécessaire de s'interroger sur l'ensemble des règles qui permettront d'évaluer précisément l'impact concret d'une décision française sur la situation juridique du demandeur. Si, par exemple, l'État étranger considère que la demande en question rentre dans le champ de compétence exclusive de ses juridictions, il ne faudra pas rechercher la solution substantielle de la loi de cet État pour apprécier l'intérêt à agir. Ses règles de reconnaissance des jugements, mais aussi peut-être ses règles de procédure ou d'enregistrement des actes publics pourront être pertinentes si elles permettent au jugement de constituer un titre ou une preuve. On rejoint ainsi, dans le champ que nous avons déterminé, une proposition doctrinale de prise en compte de l'ordre juridique de référence émise par M. PICONE. L'auteur italien, notamment par deux cours en langue française<sup>1778</sup>, a proposé d'interroger l'ordre juridique avec lequel la situation se rattache de manière prépondérante afin de s'assurer de l'effectivité de la décision à venir. Si la méthode elle-même, dans sa globalité et son incertitude face à

---

<sup>1776</sup> Dans le dernier état de sa pensée, Mme NIBOYET ne remet ainsi pas en question l'application de la *lex fori* à ce qui définit le pouvoir juridictionnel, v. « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », *op. cit.*, spéc. p. 367.

<sup>1777</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1990, *RCDIP* 1991, p. 558, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; *JDI* 1991, p. 371, note D. Bureau et *Grands Arrêts* n° 76.

<sup>1778</sup> P. PICONE, « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent », *RCADI* 1986-II, t. 197, p. 229 et « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 1999, t. 276.

plusieurs ordres juridiques de référence, peut être sujette à critique<sup>1779</sup>, l'idée fondamentale paraît juste : consulter l'ordre juridique dans son entier permet de déterminer dans quelle mesure l'intervention du for étranger est pertinente.

792. **Critère du lieu d'exécution nécessaire.** Reste que cette mise en œuvre, par principe, nécessite de pouvoir déterminer un État d'exécution *nécessaire*. Le fondement même de l'effet réflexe, faut-il le rappeler, est en effet une revendication de compétence exclusive de l'État dans lequel *devront* se développer les effets de la décision. Que l'on prenne en effet les droits réels immobiliers, les partages de succession immobilière ou les voies d'exécution, la règle de conflit ne pourra s'épargner de désigner l'ordre juridique sans lequel il n'y aura pas d'effectivité de la décision : inscription au registre, mainlevée de saisie sont à exécuter par des agents locaux. En l'absence de leur intervention, la décision relève du vœu pieux.
793. **Pertinence du critère.** Un tel critère est à même de dépasser la critique habituelle faite à la prise en compte du devenir international de leurs décisions par les juridictions françaises. Georges HOLLEAUX justifiait ainsi cet aveuglement en relevant les difficultés auxquelles les juridictions seraient confrontées s'il fallait leur demander d'envisager le problème, en particulier du fait que l'on ne saurait *a priori* où le jugement pourrait être exécuté<sup>1780</sup>. BATIFFOL, avec une remarquable lucidité, remarquait que cet argument ne fonctionnait plus dès lors que le lieu d'exécution était unique, comme en matière immobilière justement<sup>1781</sup>. On pourra ajouter, par ailleurs, que la charge d'une telle démonstration pèserait sur le demandeur à l'exception, et non sur le juge<sup>1782</sup>.

---

<sup>1779</sup> V. les critiques de P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, t. 327, p. 9, spéc. p. 138s.

<sup>1780</sup> G. HOLLEAUX, note sous *Rougeron*, Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 mai 1959, *D.* 1959, p. 378.

<sup>1781</sup> H. BATIFFOL, note sous *Rougeron*, Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 mai 1959, *RCDIP* 1959, p. 501, spéc. p. 504. Mais l'auteur justifiait alors la solution de la Cour de cassation en l'espèce par le fait que, saisi sur le fondement de l'article 14 du Code civil, les tribunaux doivent justice à leurs ressortissants quel que soit le sort de leur décision. Outre que ce serait alors transformer le sens des articles 14 et 15 du Code civil de règles de compétence en règles sur l'intérêt à agir, on peut douter que le devoir de rendre la justice aux seuls ressortissants évoqué par l'auteur ait encore aujourd'hui une telle valeur qu'il suffise à justifier de transformer le juge français en expert juridique gratuit pour les nationaux français.

<sup>1782</sup> Selon l'article 123 du Code procédure civile, les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause. Il est donc à craindre que, soit par mauvaise foi du demandeur, soit par méconnaissance temporaire du droit, cette question soit traitée bien après toutes les autres questions de pure compétence et soulevée en milieu d'instance ou même en appel. D'une part, il faut noter que la partie qui s'abstiendrait sciemment de repousser ainsi le moment de relever la fin de non-recevoir est susceptible d'être condamnée à des dommages et intérêts. L'article 123 du Code de procédure civile fulmine ainsi d'ailleurs, dans son second paragraphe, les actes manqués des litigants trop mal intentionnés. D'autre part, on doit observer que la Cour de cassation n'a pas hésité, lorsqu'il s'est agi d'encadrer l'incompétence internationale, d'employer à cet effet toutes les règles limitatives dans le temps employées pour les exceptions de procédure, et ce alors même qu'elle qualifiait cette incompétence, on l'a vu, d'irrecevabilité pour absence de pouvoir de juger (Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mai 2012, *Terrasses du Levant*, *RTD Civ.* 2012, p. 566, obs. Ph. Théry ; *Procédures* 2012, n° 7 p. 8, obs. R. Perrot ; *RLDA* 2012, n° 95, p. 73, note L. Raschel). De la même manière, on pourrait proposer de noter que, si, en l'absence de règle de compétence, la question de la revendication de compétence ne soulève que des questions de procédure et non de compétence, le problème de l'absence d'intérêt à agir du demandeur soit traitée de même comme un problème de compétence internationale (catégorie dont il relève dans l'abstrait) et, qu'ainsi, lui soit appliqué les règles correspondant à une exception de procédure. Cette dernière catégorie, par ailleurs, n'est pas considérée par la Cour de cassation comme limitative. On pourra cependant considérer qu'une telle solution n'est pas intellectuellement



794. **Souplesse du critère.** Enfin, il est un dernier intérêt à cette méthode. Malgré le caractère normatif et peu discrétionnaire que peut sembler avoir la prise en considération du droit étranger, la notion d'intérêt à agir commande en réalité une certaine appréciation du juge qui pourrait permettre de ne retenir que les revendications de compétence se justifient par une certaine réalité, une certaine efficacité concrète, voire même une certaine opportunité.

Reprenons ainsi l'exemple costaricain de la revendication de compétence exclusive si le domicile du *de cuius* se trouve sur son territoire<sup>1783</sup> et admettons l'hypothèse de l'ouverture en France d'un procès sur la succession d'un Français décédé à son domicile à San José, la capitale, pour des biens essentiellement sis en France et en Europe. Bien que les juridictions costaricaines revendiquent une compétence exclusive sur sa succession, le demandeur aura un intérêt certain à saisir le juge français, que ce soit pour les biens sis en France ou dans le reste de l'Europe. Dans cette hypothèse, la revendication de compétence exclusive est en effet assez inoffensive : l'ordre juridique costaricain ne dispose pas des moyens de mettre en œuvre cette exclusivité. L'affirmation est particulièrement vraie en matière immobilière, où le lien entre droit, juge et emprise matérielle est très important<sup>1784</sup>. Mais elle ne l'est pas qu'en cette matière. On pense en particulier aux contentieux liés à la validité d'inscription sur des registres, que ce soit en matière de marque, d'état civil, ou de société par exemple. S'il est normal, en opportunité, de considérer que le juge français ne saurait être saisi de tels contentieux lorsque le registre n'est pas du ressort de l'État français, c'est bien au travers de l'intérêt à agir et de la prise en compte de l'ordre juridique étranger que l'on saura si, oui ou non, il est utile de le laisser intervenir. On pourrait d'ailleurs imaginer que le juge enjoigne le demandeur à l'exception de procéder aux démarches qui suffiraient à lever l'obstacle à l'étranger<sup>1785</sup>. Rien n'empêche par ailleurs un État étranger de considérer qu'un juge tiers (ici le juge français) puisse intervenir sur de telles questions en précisant le cadre dans lequel le juge français pourrait intervenir et coordonner son intervention avec celle d'une autorité locale<sup>1786</sup>. Pour illustrer le

---

très satisfaisante et regretter simplement que le problème de l'ineffectivité de la décision puisse être soulevée en tout état de cause. Il s'agit simplement, là encore, d'un problème plus large des fins de non-recevoir que la jurisprudence et les textes n'ont en effet pas réussi à traiter. En tout état de cause, il paraît difficile d'obliger le juge à le soulever au titre d'une fin de non-recevoir d'ordre public. Si la jurisprudence a en effet admis ce traitement pour pallier les difficultés causées par la recevabilité des fins de non-recevoir à tout stade de la procédure, nous devons admettre une certaine réticence à considérer que le juge doive, de lui-même, étudier d'entrée toute la procédure pour rechercher si une partie dispose véritablement d'un intérêt international à agir au sens où nous l'avons étudié ici.

<sup>1783</sup> Cité par D. FERNÁNDEZ ARROYO, *op. cit.*, p. 102.

<sup>1784</sup> V. sur ce sujet la thèse de L. d'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en matière de droit des biens*, Economica 2006 et spéc. p. 291s.

<sup>1785</sup> Ce que le juge français a déjà fait, par exemple, dans le cadre de l'affaire *Banque Worms*, Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 nov. 2002, *RCDIP* 2003, p. 631, note H. Muir Watt ; *JDI* 2003, p. 132, note Ph. Roussel Galle ; *JCP* 2002, II, 10201, concl. J. Sainte-Rose et note S. Chaillé de Néré ; *D.* 2003, p. 797, note G. Khairallah ; *Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2003, p. 29, obs. M.-L. Niboyet.

<sup>1786</sup> S'il existe nécessairement un principe d'auto-organisation de l'Etat qui devrait empêcher cette intervention extérieure, rien n'empêche en effet un État d'y renoncer individuellement, par exemple au profit d'un Etat protecteur. On pourra alors toujours s'interroger sur l'appellation d'Etat pour un tel organisme sous contrôle. Mais ce serait beaucoup demander au juge français, dans le cadre du traitement de la recevabilité d'une demande, d'analyser cette notion de droit international public...

mécanisme ainsi proposé, on voudrait alors montrer comment, dans le cadre du droit international privé des successions immobilières, la jurisprudence a suivi un chemin qui l'a rapprochée d'une telle méthode.

## **2. Une jurisprudence convergente : des arrêts Ballestrero à Tassel**

**795. Exemple de la liquidation et partage de la succession immobilière : l'arrêt Tassel.** Si les successions internationales sont en passe d'être entièrement réglées par le droit européen<sup>1787</sup>, la jurisprudence a opté en cette matière pour une prise en compte de l'ordre juridique de référence dans un sens approchant celui que nous préconisons. Les successions sur des immeubles sis à l'étranger étaient traditionnellement exclues de la compétence de la loi et des tribunaux français<sup>1788</sup>. Depuis l'an 2000, une série d'arrêts étaient cependant venus tempérer cette exclusion de principe. Les arrêts *Ballestrero*<sup>1789</sup>, *Wildenstein*<sup>1790</sup>, puis *Riley*<sup>1791</sup>, pour ne citer que les plus importants, ont ainsi accueilli le renvoi de la loi de la situation de l'immeuble à la loi de la succession. La solution laissait cependant perplexe quant à la compétence. Le renvoi d'une loi étrangère à la loi française ou à une autre loi était un phénomène connu. Mais dans ces arrêts, la Cour de cassation semblait considérer, implicitement, que le juge devenait ainsi compétent pour traiter de l'immeuble sis à l'étranger. On avait ainsi pu parler « d'absorption » de la question de la compétence par la loi applicable. La confirmation est venue par l'arrêt *Tassel* du 23 juin 2010<sup>1792</sup>. En l'espèce, un Français était décédé à Madrid, son dernier domicile, laissant entre autres à ses deux filles un appartement à Madrid et un à Montpellier. En conflit dans la succession, l'une d'elles saisit le TGI de Montpellier en liquidation et partage de la succession de leur père. L'occasion est alors donnée à l'autre sœur d'évoquer l'incompétence du juge français pour la part immobilière de la succession, et à la Cour de cassation, après recours, de statuer sur la réponse à apporter. On reproduira ici l'attendu de rejet :

*« Mais attendu qu'ayant retenu, par motifs adoptés, que les juridictions françaises étaient compétentes pour connaître partiellement des opérations de liquidation et partage de la succession, tant mobilière en vertu de l'article 14 du Code civil, qu'immobilière en raison de la situation d'un immeuble en France, la*

<sup>1787</sup> Le règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012, dit « Rome IV » s'appliquera aux successions de personne décédant le 17 août 2015 ou postérieurement à cette date.

<sup>1788</sup> Civ., 5 juil. 1933 (*Nagaligampoulé*, *D.* 19344, I, 133, note *Silz*; *S.* 1934, I, 337, note Niboyet) qui traitait justement de la dévolution successorale.

<sup>1789</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2000, *RCDIP* 2000, p. 399, note B. Ancel ; *JDI* 2001, p. 505, note M. Revillard ; *D.* 2000, p. 539, obs. F. Boulanger ; *JCP* 2000, II, 10443, note T. Vignal ; *Gaz. Pal.* 30 oct. 2000, p. 17, note C. Brière ; *Dr. et pat.* Juil. 2000, p. 97, note F. Moneger ; *Dr. fam.* mai 2000, p. 25, obs. E. Fongaro.

<sup>1790</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juin 2006, *JDI* 2007, p. 125, note H. Gaudemet-Tallon ; *RCDIP* 2007, p. 383, note B. Ancel ; *D.* 2007, p. 1710, note P. Courbe ; *Dr. et pat.* 2006, n° 154, p. 83, note M.-E. Ancel.

<sup>1791</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 févr. 2009, *JDI* 2009, p. 567, note H. Péroz ; *RCDIP* 2009, p. 515, note B. Ancel ; *D.* 2009, p. 1658, note G. Lardeux ; *JCP* 2009, II, 10068, note F. Boulanger ; *Dr. fam.* 2009, comm. 39 par E. Fongaro ; *Deffrénois* 2009, p. 1705, note Meyzeaud-Garaud ; *Dr. et pat.* 2009, n° 107, note M.-E. Ancel.

<sup>1792</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 juin 2010, *Tassel*, *RCDIP* 2011, p. 53, note B. Ancel (deux arrêts) ; *JDI* 2010, p. 1263, note H. Péroz ; *D.* 2010, p. 2955, note L. d'Avout ; *JCP* 2010, n° 748, obs. E. Cornut ; *JCP N* 2010, n° 1308, obs. A. Devers ; *Gaz. Pal.* 2010, p. 13, avis P. Chevalier ; *Deffrénois* 2010, n° 1805, note P. Callé ; *Dr. et pat.* 2010, n° 198, p. 118, obs. M.-E. Ancel).

*cour d'appel, constatant que la loi espagnole applicable aux dites opérations relatives aux meubles et à l'immeuble situés en Espagne, renvoyait à la loi française, loi nationale du défunt, en a exactement déduit que les juridictions françaises étaient, par l'effet de ce renvoi, compétentes pour régler l'ensemble de la succession à l'exception des opérations juridiques et matérielles découlant de la loi réelle de situation de l'immeuble en Espagne »*

796. **Opportunité de la décision.** Ainsi le juge français « récupère » sa compétence, pourtant en principe exclut en ce domaine, par l'effet du renvoi de la loi étrangère. La figure n'a pas manqué de surprendre les commentateurs, mais ces derniers ont globalement apprécié l'effet obtenu, celui du retour à l'unité successorale. Il y a sans conteste un intérêt notable à la solution. D'une part, sur le plan des sources, l'amputation de la compétence textuelle du juge était une solution prétorienne. Ce que la Cour de cassation avait fait, par le biais des arrêts *Nagalingampoulé* puis *Weiss*, il lui était donc possible de le défaire et de redonner aux textes leur plein sens. D'autre part, l'amputation originelle n'était que d'opportunité et, sur un plan de politique juridique, l'évolution internationale est clairement pour une meilleure coordination transfrontière.

Dès 1934, NIBOYET avait déjà pu remarquer que la solution de l'arrêt *Nagalingampoulé* ne se justifiait que par la prise en compte de la compétence étrangère<sup>1793</sup>. Il n'y avait donc qu'un pas à faire au-delà de la seule prise en compte abstraite d'une potentielle compétence exclusive étrangère pour vérifier, concrètement, si le droit étranger revendiquait cette exception de compétence. Ce dernier arrêt, en affirmant donc le jeu de l'effet réflexe, posait aussi les prémices d'une exception de *forum non conveniens* à la française<sup>1794</sup>.

797. **Critique du fondement de la solution.** Si la solution est opportune, son fondement est assez mystérieux. En obligeant à prendre en compte la localisation de l'immeuble, l'arrêt *Nagalingampoulé* avait ajouté à la règle de l'article 14 du Code civil un rattachement secondaire spécifique à la matière immobilière dont l'objet était paradoxalement de limiter son jeu ainsi que, par voie de conséquence, la matière du litige que le juge pouvait trancher. Avec l'arrêt *Tassel*, ce rattachement se mêlait à celui de la règle de conflit de lois pour vérifier si, par l'effet global d'un renvoi, la règle de conflit de loi étrangère ne permettait pas de récupérer tant l'application de la *loi* française que la *compétence* du juge français. La béquille est ici aussi tortueuse et fragile que le handicap : le renvoi n'étant opéré que par la règle de conflit de lois, *quid* de la situation dans laquelle, par exemple, l'État du lieu de situation de l'immeuble renverrait à la loi du dernier domicile pour l'ensemble de la succession mais conserverait la compétence juridictionnelle exclusive de ses juridictions pour les immeubles sis sur son territoire ? La solution de l'arrêt *Tassel* autoriserait dans ce cas le juge français à se reconnaître compétent, mais ce dernier empièterait sur la compétence exclusive du juge étranger précisément de la manière que la jurisprudence *Nagalingampoulé* souhaitait éviter. Il est vrai qu'il a été démontré que le lien très particulier entre *for* et *jus* en matière de droits réels immobiliers

<sup>1793</sup> J.-P. NIBOYET, note sous *Nagalingampoulé*, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>1794</sup> L. d'AVOUT, note précitée.

justifie d'attribuer à la règle de conflit de lois un rôle bien plus large que ce qu'on lui prête habituellement, rendant impossible la dissociation que l'on vient d'évoquer<sup>1795</sup>. Distinguons cependant le politique du technique. Si cela explique parfaitement, en opportunité, la solution de la Cour de cassation, l'analyse nous semble moins à même de justifier la double torsion des concepts. L'intérêt à agir paraît, lui, plus fécond.

798. **Prise en considération souple sous l'angle de l'intérêt à agir.** Il serait certainement plus simple de considérer que le juge français est, comme les textes l'y invitent par ailleurs, compétent. Cela n'est pas étranger à son pouvoir de juger et ce n'est pas exclu par les textes qui peuvent fonder son intervention, que ce soient l'article 45 du Code de procédure civile ou les articles 14 et 15 du Code civil. On pourrait en revanche opposer à la demanderesse l'impossibilité pour le juge français de trancher utilement la question de la dévolution et du partage successoral de l'immeuble sis en Espagne. En fonction de ce que le droit applicable au lieu de situation de l'immeuble réserve au juge local, le juge français rendrait en effet une décision plus ou moins inutile. C'est cette inutilité qui priverait alors le demandeur, et dans une mesure égale à cette inutilité, d'intérêt à agir.
799. **Avantages de l'intérêt à agir sur la solution *Tassel*.** Sous cet angle, le juge aurait deux libertés bienvenues. D'une part, il serait libéré de la seule prise en compte de la règle de conflit de lois étrangère. Si des règles matérielles, et en premier lieu les règles de compétence, devaient être prises en compte, le cadre lâche de l'intérêt à agir le permettrait. En particulier, le flou substantiel qu'entretiennent les notions « d'opérations juridiques et matérielles », citées par la Cour de cassation comme une limite au renvoi possible dans l'arrêt *Tassel*<sup>1796</sup>, pourrait disparaître au profit de ce que le juge peut faire *dans l'espèce*. L'absence d'intérêt à agir ne s'opposerait qu'à l'intervention du juge sur ce qu'il *ne peut faire*, et notamment ces opérations telles qu'édictees par le droit local. D'autre part, le critère présente une flexibilité telle qu'il ne serait pas interdit au juge d'évaluer l'*opportunité* d'une décision de débouté, total ou partiel, par la voie de l'irrecevabilité. Il faudra procéder à une évaluation de son importance, à la manière de ce que le juge peut faire, en empruntant le même véhicule procédural, par la maxime *de minimis non curat praetor*<sup>1797</sup>. En ces matières où le contentieux semble être parfois particulièrement belliqueux, l'outil procédural serait en tout cas non négligeable.
800. **Conclusion.** Bien que l'exemple traité soit appelé à disparaître à l'entrée en vigueur prochaine du Règlement Rome IV sur les successions internationales, il démontre la possibilité pour le juge français de prendre ainsi en considération l'ordre juridique tiers pour effectuer un « renvoi de compétence ». Sans même qu'il y ait coopération internationale, la jurisprudence a ainsi depuis longtemps fait produire un « effet réflexe », abstrait et unilatéral, à certains rattachements du droit de la

---

<sup>1795</sup> Sur ce lien, v. L. d'AVOUT, *op. cit.*

<sup>1796</sup> V. les notes de L. d'AVOUT et d'H. PEROZ sur ce point.

<sup>1797</sup> J. CARBONNIER, « Vers le degré zéro du droit : *De minimis...* », *Flexible droit*, 10<sup>ème</sup> éd., LGDJ 2001, p. 74 et plus généralement F. OST, *Entre droit et non-droit : l'intérêt, Droit et intérêt*, vol. 2, Pub. Des fac. Univ. Saint Louis, 1990.

compétence. Il serait temps, au regard des autres évolutions transnationales de cette matière, de passer à une étape supplémentaire, plus concrète, souple et efficace, de prise en considération. L'intérêt à agir est pour cela un bon instrument. Parce qu'il permet de prendre en compte le droit étranger d'une part, à la manière d'une référence à l'ordre juridique compétent qu'une partie de la doctrine appelle justement de ses vœux<sup>1798</sup>, parce qu'il permet une flexibilité bienvenue, là encore recherchée par la doctrine et la jurisprudence<sup>1799</sup>, et parce que, enfin, il permet de donner un régime juridique à des exceptions jurisprudentielles peu stabilisées. Le droit français rejoindrait par là un mouvement plus vaste de coopération juridictionnelle internationale, qui, bien que tâtonnant, semble s'amorcer sous l'impulsion des juridictions américaines<sup>1800</sup>. On va en voir un exemple avec la question de la recevabilité des actions en incompétence.

## Paragraphe 2) PROPOSITION D'UNE ACTION EN (IN)COMPÉTENCE

**801. L'invitation américaine aux actions en incompétence.** La reconnaissance des décisions d'incompétence est importante et utile au bon fonctionnement des systèmes. Celle-ci l'est naturellement moins lorsque juge requis et juge d'origine ne participent pas d'un même système de compétence : le juge d'origine aura tranché sur sa propre compétence, peut être celle d'un système de compétence tiers, mais en tout cas sur le fondement d'une règle de droit public qui ne concerne pas l'organisation de l'État requis. Cette décision ne saurait donc avoir un effet dans des pays tiers<sup>1801</sup>. Toutefois, penser que le mouvement d'internationalisation du droit de la compétence s'arrête à la création de systèmes de compétence internationaux serait faire preuve de courte vue. L'arrêt *Nagalingampoulé* montrait déjà la voie d'une coopération extrasystème en 1933. Quelques quatre-vingts ans plus tard, alors que le mouvement de coordination internationale est manifeste et que la priorité semble être passée de la protection de la souveraineté aux facilités de circulation judiciaire<sup>1802</sup>, des tentatives de coordination extrasystémiques s'opèrent entre juges, même si cela se développe pour l'instant en hors de tout cadre adapté. La figure la plus marquante du point de vue de la compétence est sans doute celle qui est venue des affaires *Flash Airlines* puis *West Caribbean*. Dans ces affaires, les

---

<sup>1798</sup> En particulier dans une matière aussi sensible que la matière réelle immobilière, mais plus largement dans tous les cas de « litiges patrimoniaux qui nécessairement se résoudront sur une chose matérielle déterminée, tout juge extraterritorial saisi devrait en référer concrètement à l'ordre juridique étranger de situation physique de l'objet, dont les normes relatives à la réalisation forcée des droits réels sont en fait dotées de prééminence internationale », L. d'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en matière de droit des biens*, Economica 2006, spéc. p. 297.

<sup>1799</sup> V. les références *supra*, n° 766 et les notes.

<sup>1800</sup> Une méthode de référence à l'ordre juridique compétent a aussi été approchée dans certains arrêts français en matière de procédures collectives, v. Com., 21 mars 2006, *RCDIP* 2007, p. 105, note G. Khairallah ; *D.* 2006, p. 1466, note A. Henry ; *Bull. Joly* 2006, §185, note D. Bureau ; *Rev. soc.* 2006, p. 653, note S. Bollée et surtout Versailles 20 mars 2008, *RCDIP* 2008, p. 649 note L. d'Avout, *D.* 2008, p. 1660, note J.-L. Vallens.

<sup>1801</sup> V. *supra* n° 652s.

<sup>1802</sup> V. *supra* n° 96s.

demandeurs, déboutés aux États-Unis sur le fondement d'une décision de *forum non conveniens* désignant les juridictions françaises, ont en effet saisi en retour le juge français afin d'obtenir une décision d'incompétence, dans la perspective de pouvoir ensuite demander aux juges américains de se reconnaître compétent. Or, la figure procédurale ainsi décrite nécessitait d'intenter en France, à l'encontre du mécanisme habituel, non une exception, mais une *action* en incompétence.

Jusqu'à présent, seule l'affaire *West Caribbean* a vu la Cour de cassation recevoir (et faire droit à) une telle action. Or celle-ci se présentait dans un contexte *intrasystémique* (la convention de Montréal), un contexte dans lequel on a déjà proposé, au contraire, de reconnaître l'autorité de la décision étrangère. Il faut donc transférer cette solution aux hypothèses *extrasystémiques*, c'est-à-dire hors toute coordination internationale institutionnalisée, comme cela était le cas dans l'affaire *Flash Airlines*. Comme pour la figure précédente du renvoi par prise en compte des revendications de compétence étrangère, on envisagera d'abord la possibilité même de ce renvoi juridictionnel de compétence, qui achoppe en principe sur leur recevabilité (I), avant d'en voir les conditions (II).

## I) La recevabilité des actions en (in)compétence

802. La jurisprudence semble progressivement consacrer la recevabilité des actions sur la compétence (A), une solution parfaitement opportune dès lors que l'on se place hors système commun de compétence entre le juge interrogeant et le juge interrogé (B).

### A) Une jurisprudence en développement

803. **Weiller, l'action en déclaration d'inopposabilité d'un jugement étranger.** Les problèmes internationaux sont propices à des situations procédurales atypiques<sup>1803</sup>. On pourrait ainsi évoquer le double arrêt de l'affaire *Weiller*<sup>1804</sup>. Dans cette affaire, une reine de beauté d'origine grecque avait obtenu en 1943 du juge de Reno, au Nevada, un complaisant divorce. Son époux, le Français Paul Weiller, avait été assigné mais n'avait pu comparaître, embarrassé par les difficultés de l'époque. À la fin de celle-ci, Monsieur Weiller demanda et obtint de la Cour d'appel de Paris un arrêt en inopposabilité de la décision américaine. Il pouvait agir en conséquence en nullité du second mariage que son ex-épouse avait consommé avec Sir John Russel, un diplomate anglais. La Cour de cassation fut saisie par la suite de la question de l'opposabilité de l'autorité de chose jugée de la décision de la cour d'appel lors de la procédure d'exequatur proprement dite de la décision américaine. Dans cet arrêt célèbre, la Cour de cassation entérina alors la recevabilité d'une action déclaratoire en inopposabilité d'un jugement étranger.

---

<sup>1803</sup> M.-L. NIBOYET et G. GEOUFFRE de la PRADELLE, n° 761s.

<sup>1804</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 janv. 1951, *RCDIP* 1951, p. 167, note Ph. Francescakis ; *JCP* 1951, II, 6151, note S. et T. ; *D.* 1952, *Jur.* p. 35 ; *S.* 1951, 1, 187 ; *Gaz. Pal.* 1951, 1, 210 et Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 avr. 1957, *RCDIP* 1957, p. 491, note Ph. Francescakis. Sur l'ensemble, v. *Grands Arrêts*, n° 24-25.

804. ***Epoux Smith-Renson à Epoux Namyas, l'action en déclaration de loi applicable au régime matrimonial.*** Le tribunal de grande instance de Paris reprit le flambeau dans les années 1970 et 80 en accueillant au moins à quatre reprises des actions déclaratoires sur la loi applicable au régime matrimonial de couples internationaux. Que ce soit parce que le couple venait de déménager de Paris à Londres<sup>1805</sup> ou du Nicaragua à Paris<sup>1806</sup>, parce que, turcs et auparavant installés en Turquie, ils désiraient savoir dans quelle mesure la procédure collective de liquidation des biens de l'époux allait priver l'épouse de ses ressources<sup>1807</sup>, ou enfin à cause du statut de polygame du requérant<sup>1808</sup>, l'action fut à chaque fois déclarée recevable. Dans ces quatre espèces, l'action avait pourtant pour seul but d'éclairer les parties (ainsi que leurs créanciers) sur la loi applicable à leur régime matrimonial, hors toute prétention particulière au fond. Il n'y avait parfois même pas véritablement de contentieux. Si cette action n'a aujourd'hui plus lieu d'être, la Convention de la Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux permettant aux parties de choisir la loi applicable à leur régime dans une déclaration extrajudiciaire<sup>1809</sup>, elle montrait ainsi la sensibilité particulière de cette juridiction à l'incertitude causée par une situation internationale.

805. ***Flash Airlines, l'action déclaratoire en incompetence extrasystémique.*** Ce fut devant le tribunal de Bobigny, en 2006, que fut ensuite proposé, dans une affaire tristement célèbre, une action déclaratoire d'un type encore inconnu. Les familles des victimes du crash aérien de Charm-el-Cheikh, en Egypte, avaient en effet tenté d'assigner la société Boeing, ses sous-traitants et la société américaine propriétaire de l'appareil devant la Cour fédérale du district central de Californie. La Cour avait rejeté la requête sur le fondement du *forum non conveniens*, considérant qu'elle était bien moins bien placée pour statuer que les juridictions françaises<sup>1810</sup>. Cependant,

<sup>1805</sup> TGI Paris, 21 janv. 1970, *JDI* 1971, p. 566, obs. Ph. Kahn ; *Deffrénois* 1972, 30020, obs. Ph. Malaurie. V. aussi G. DROZ, « L'action déclaratoire en détermination de la loi applicable au régime matrimonial », *JCP N* 1972, 50357. Mariés en France sans contrat matrimonial, les Smith-Renson souhaitaient établir leur régime matrimonial postérieurement à leur déménagement à Londres. Assignant le Procureur de la République, ils demandèrent au tribunal de grande instance de Paris d'en préciser la loi applicable, dans leur intérêt comme ceux de leur créancier. Le tribunal de grande instance accueillit l'action et il ne semble pas que le procureur mit beaucoup de poids à s'y opposer.

<sup>1806</sup> TGI Paris 12 juil. 1972, *JDI* 1972, p. 855, obs. Ph. Kahn ; *RCDIP* 1972, p. 329, note H. Gaudemet-Tallon. Mme Gir assigna son époux, qui sera absent et non représenté à l'instance, pour voir déclarée la loi applicable à leur régime matrimonial. Si l'aspect contentieux de la procédure était ainsi plus marqué, la décision sera elle aussi purement déclaratoire, le dispositif ne portant que sur l'affirmation de la loi applicable.

<sup>1807</sup> TGI Paris, 25 mars 1981, *RCDIP* 1982, p. 329, note H. Gaudemet-Tallon. Les époux souhaitaient confirmation de leur mariage sous régime turc, dont le droit commun opère une séparation des biens. Le jugement du TGI fut très clair sur la recevabilité : « ...l'intérêt des époux Namyas –condition de recevabilité de leur action conjointe- résulte du fait que le mari a fait l'objet d'une procédure collective de liquidation de ses biens [...] et qu'ainsi tous deux ont, entre eux et vis-à-vis des tiers, un intérêt né et évident à connaître l'exacte composition de leurs patrimoines respectifs et l'étendue de leurs droits et prérogatives propres ».

<sup>1808</sup> TGI Paris 26 févr. 1986, *JDI* 1988, p. 420, note G. Wiederkehr. Les motifs étaient là encore très clairs : « il [était] de l'intérêt des époux Ojeb, condition de recevabilité de leur action conjointe, de connaître l'exacte composition de leurs patrimoines respectifs et l'étendue de leurs droits et prérogatives propres en raison du statut polygamique du requérant ».

<sup>1809</sup> Sur cette déclaration, v. M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, 6<sup>ème</sup> éd., Lextenso 2010, n° 388s.

<sup>1810</sup> USDC central Cal., *Gambra et a. c. International Lease finance et al.* 377 F.Supp.2d 810. La Cour y considère des éléments de fait et de droit selon les règles principalement posées par *Piper Aircraft Co. V. Reyno et Dole Food Co., Inv. v. Watts*, 303 F.3d 1104 (9th Cir.2002) selon lesquels le juge doit considérer d'une part s'il existe un for alternatif adéquat et que la balance des intérêts publics et

sa décision de rejet était conditionnée par plusieurs éléments. D'une part, les défendeurs devaient consentir un certain nombre de garanties pour assurer le bon déroulement de la procédure en France et, d'autre part, pour citer le juge Snyder, « *le dessaisissement de la Cour [était] sujet à [...] l'acceptation par une juridiction française de sa compétence sur les actions introduites devant cette Cour* »<sup>1811</sup>. C'est sur cette dernière condition que les demandeurs ont alors fondé leur espoir. Saisissant le tribunal de grande instance de Bobigny (en ajoutant la compagnie aérienne égyptienne, *Flash Airlines*, aux autres défendeurs), ils agirent principalement pour demander au juge français de reconnaître sa propre incompétence. Le juge de la mise en état renvoya la question devant la formation collégiale du tribunal lequel, déclarant irrecevable la demande, renvoya les parties devant le premier juge pour poursuite de l'affaire. Sur appel de cette décision, la Cour d'appel de Paris accueillit finalement l'action en incompétence dans un considérant qui mérite reproduction :

*« Considérant que le juge français n'est pas saisi par voie d'exception de son incompétence internationale mais par voie d'action, ce qui rend inopérantes les dispositions de l'article 75 du Code de procédure civile ; - Considérant que l'action ayant pour objet l'obtention d'une décision sur la compétence internationale française est inséparable du contexte judiciaire dans lequel la demande s'insère et qu'elle n'est pas contradictoire avec la saisine du juge pour qu'il se prononce ; [Considérant] que la décision californienne n'a pas réglé la question de la compétence juridictionnelle internationale puisque le juge*

---

privés en cause penche en faveur du dessaisissement. Dans cette espèce, le juge américain a considéré que, bien que les experts de chaque parties étaient très partagés sur la possibilité pour le juge français de se considérer compétent sur le fondement de l'article 46 NC.P.C. (dommage subi en France), de l'article 14 C.civ. (demandeurs français) ou des articles 42-2, 331 et 333 NC.P.C. (codéfendeurs, sachant que *Flash Airlines* avait d'abord été assigné à Bobigny), l'ensemble semblait plutôt conclure à l'existence d'une compétence des juridictions françaises. Le caractère adéquat n'a pas été discuté par les demandeurs. Quant à la balance des intérêts, la Cour considère que l'accessibilité des preuves (dont certaines se trouvaient en France, d'autres y était importables grâce à une convention bilatérale avec l'Égypte, et très peu se trouvaient en Californie), la possibilité de contraindre les témoins (la Cour n'a pas de pouvoir sur les résidents français tandis que la France peut faire venir des témoins d'Égypte), l'impossibilité pour la Cour de faire comparaître les représentants de *Flash Airlines* (qui n'était pas partie à la procédure américaine) sont autant de facteurs privés qui plaident en faveur du dessaisissement. Les facteurs d'intérêt publics, de leur côté, sont pour l'un neutre (le taux de congestion des juridictions françaises, qui n'est pas meilleur que celui de la Cour californienne), pour les autres en faveur, encore, du dessaisissement (fort intérêt, politique, médiatique et humain pour la résolution de l'affaire en France –alors qu'il n'y en a aucun en Californie- et difficulté d'application d'un droit étranger). On pourra regretter, au vu de ces éléments, que le *forum non conveniens* ait été pris en fonction d'éléments qui étaient parfois plus étatiques qu'internationaux : de nombreux éléments plaidaient pour un rejet de l'affaire hors des tribunaux californiens, mais pas hors des tribunaux américains. Quant à l'interprétation du poids des éléments de preuve de chaque côté de l'Atlantique, il est certainement discutable de réduire les éléments présents sur le sol américain au seul dossier de « 600 à 700 pages » du bailleur de l'avion et de considérer à rebours que les preuves quant aux dommages en France seraient « *difficiles, sinon impossibles, à obtenir en Californie* » s'agissant essentiellement de dossiers financiers et médicaux (« *Given that a large volume of relevant evidence is either located in France now or can be made available there by agreement, while much of the evidence located in France would be difficult, if not impossible to obtain in California* », p. 820).

<sup>1811</sup> « *The Court's dismissal is subject to the following conditions : (1) Defendant's agreement to (a) submit to the jurisdiction of a French court in actions refiled by plaintiffs there; (b) toll any statute limitations that might apply to such refiled actions for 120 days after dismissal by this Court; (c) make available in such refiled actions in the courts of France any evidence and witnesses in their possession, custody, or control in the United States that the French courts properly deem discoverable and relevant to the resolution of any issue before them; and (d) pay any damages awarded by the French courts in such refiled actions, subject to any right to appeal and (2) A French court's acceptance of jurisdiction over the claims of all plaintiffs presently before this Court* ».



*américain a seulement décidé de ne pas exercer sa compétence au regard de ses propres règles et analyses, mais a opéré matériellement un transfert du litige à la juridiction française ; [...] or considérant que le juge californien a invité le juge français à épuiser la question en subordonnant sa décision de rejet à la condition de la reconnaissance de sa compétence internationale par le juge français ; que ce dernier ne peut être le seul à être exclu du débat sur sa compétence internationale dès lors que la question s'inscrit, comme en l'espèce, dans un contexte de confiance mutuelle qui appelle à une coopération et une coordination des différents systèmes de droit ; qu'en conséquence, Mme S. et les autres appelants du groupe 2 ont un intérêt légitime et actuel à obtenir une décision française sur la compétence internationale en raison de la décision du juge californien qui vient d'être rappelée ; qu'ils sont donc recevables à agir ».*

La Cour d'appel décida donc d'accueillir l'action en incompetence pour ensuite en déclarer le bien fondé, renvoyant ainsi les parties devant le juge américain<sup>1812</sup>. Finalement, l'arrêt fut frappé d'un pourvoi en cassation puis de la cassation elle-même le 30 avril 2009 : les demandeurs auraient dû attendre la décision du TGI de Bobigny sur le fond pour faire appel, la décision portant sur l'irrecevabilité de l'action n'ayant pas mis fin à l'instance<sup>1813</sup>. Mais en l'absence d'une décision sur la recevabilité d'une telle action, pourtant évoquée par l'un des moyens au pourvoi, le doute restait permis.

**806. Vivendi Universal, l'action déclaratoire en « inopposabilité anticipée » d'une class action.** Quelques temps après, un nouveau type d'action déclaratoire fut encore proposé au juge français. Il ne s'agissait plus ici pour les demandeurs d'obtenir un renvoi, mais pour les défendeurs (Vivendi Universal et deux de ses dirigeants) de créer un contre-feu pour empêcher les demandeurs français (un groupe d'actionnaires) à une *class action* aux États-Unis d'y faire valoir leurs droits. Cette affaire, qui a fait couler beaucoup d'encre des deux côtés de l'Atlantique<sup>1814</sup>, opposait un ensemble cosmopolite d'actionnaires à l'encontre de Vivendi et de deux de ses principaux dirigeants sur une fraude aux obligations de transparence posée par le droit boursier américain<sup>1815</sup>. Cosmopolite car, outre quelques

<sup>1812</sup> Paris 6 mars 2008, *JDI* 2009, p. 171, note G. Cuniberti; *JCP* 2008, II, 10115, note C. Bruneau; *D.* 2008, p. 1452, note P. Courbe et pan. P. 1516, obs. F. Jault-Seseke ; *Gaz. Pal.* 21 févr. 2009, p. 48, note M.-L. Niboyet.

<sup>1813</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 30 avr. 2009, *JCP* 2009, comm. 162 par M. Attal.

<sup>1814</sup> V. entre autres, en France, J. LEMONTEY et N. MICHON, « Les « class actions » américaines et leur éventuelle reconnaissance en France », *JDI* 2009, p. 573 ; D. COHEN, « Contentieux d'affaires et abus de forum shopping », *D.* 2010, p. 975 ; L. d'AVOUT, « Vivendi déboutée par la cour de Paris : que dit le bon sens juridique ? », *Les Echos* 10 mai 2010 ; J.-F. DUBOS et F. CRÉPIN, « Affaire Vivendi - Quand le juge américain s'érige en défenseur de la souveraineté judiciaire française », *JCP* 2011, étud. 944 ; J.-L. NAVARRO et Kh. AKHZAM, « L'affaire *Vivendi Universal*, clap de fin ? », *JCP E* 2011, n° 25, doct. 1476. Quant à la littérature américaine, on pourra conseiller la lecture de J. COFFEE., *Securities Policeman to the World? The Cost Of Global Class Actions*, N.Y. L.J., Sept. 18, 2008, 5 ; H. BUXBAUM, *Multinational Class Actions Under Federal Securities Law: Managing Jurisdictional Conflict*, 46 *Colum. J. Transnat'l L.* 14, 55-56 (2007) ; S. CHOI & L. SILBERMAN, *Transnational Litigation and Global Securities Class-Action Lawsuits*, 465 *Wis. L. Rev.* 2009.

<sup>1815</sup> Il faut toutefois noter qu'à l'avenir, cette figure de coordination, ou du moins ce thème de nécessaire coordination, ne devrait plus voir le jour. La Cour Suprême a en effet décidé le 24 juin 2010 dans l'arrêt *Morrison v. Australia Bank Ltd.* que le §10(b) du Securities and Exchange Act, qui fondait l'action, ne pouvait permettre à des actionnaires étrangers d'assigner aux États-Unis une société cotée à l'étranger (*D.* 2010, p. 1624, obs. A. Astaix et p. 2323, obs. S. Bollée ; J.-L.

actionnaires américains, des actionnaires français, néerlandais, anglais, autrichiens et anglais avaient souhaité participer. Les demandeurs français étant les plus nombreux, les conseils de Vivendi firent feu de tout bois pour parvenir à les évincer de la class action, et leur tactique inclut une double action directement en France. D'une part, ils demandèrent au juge des référés parisien d'enjoindre sous astreinte les demandeurs français à se désister de la *class action*. D'autre part, ils agirent au fond pour obtenir la condamnation des actionnaires sur le fondement de l'article 1382 du Code civil pour abus de forum shopping et voir dit, surtout, que le jugement à venir du tribunal américain ne pourrait être reconnu en France. Vivendi avait déjà été débouté en référé quand, le 28 avril 2010, la Cour d'appel de Paris confirma le jugement au fond et rejeta les deux actions au fond<sup>1816</sup>. Il n'y avait manifestement aucun abus du droit d'ester en justice en l'espèce. De plus grand intérêt était l'autre aspect de la décision. Selon la Cour, il était impossible de statuer sur l'opposabilité du jugement américain à venir du fait même de sa virtualité. En déclarant recevable cette dernière demande –pour la rejeter ensuite sur le fond, la Cour d'appel de Paris acceptait ainsi le principe d'une autre action nouvelle, « l'action en inopposabilité anticipée »<sup>1817</sup>.

**807. West Caribbean (suite et fin), l'action en déclaration d'incompétence intrasystémique.** Une dernière affaire achève de compléter ce panorama des actions déclaratoires spécifiques aux procédures internationales, il s'agit de l'affaire *West Caribbean* déjà évoquée<sup>1818</sup>. On rappellera ici que les juridictions américaines s'étaient déclarées compétentes, sur le fondement de l'article 31 de la Convention de Montréal, mais aussi *forum non conveniens*, renvoyant les parties françaises au tribunal de grande instance de Fort-de-France également compétent, objectivement du moins. Devant les juridictions françaises, les demandeurs avaient cependant suivi l'exemple *Flash Airlines* et avaient agi en incompétence. On sait que la Cour de cassation elle-même a confirmé à la fois le bien-fondé de la demande et, surtout, la recevabilité de l'action<sup>1819</sup>.

---

NAVARRO et Kh. AKHZAM, *op. cit.* ; E. GAILLARD, mot de la semaine, *JCP* 2010, doct. 743 et *Bull. Joly bourse* 2010, p. 310 ; Th. CLAY, « Class actions or not class actions ? », *D.* 2010, p. 1776 ; M. DUBERTRET, « Affaire Morrison v. National Australia Bank Ltd : l'espoir d'un nouvel âge ? », *Rev. Dr. banq. et fi.* 2010, étud. 17). Mais il n'est pas certain qu'une telle figure processuelle ne voit pas le jour dans d'autres domaines, en particulier le droit de la concurrence.

<sup>1816</sup> Paris, 28 avr. 2010, *D.* 2010, p. 1224, obs. X. Delpech et p. 2323, obs. S. Bollée ; *JCP* 2010, chron. 1191 par E. Jeuland ; *Gaz. Pal.* 28-29 mai 2010, p. 11, obs. M. Audit et M.-L. Niboyet ; *Procédures* 2010, repère 7 par C. Nourissat ainsi que *JCP* 2010, chron. 886 ; *D.* 2010, p. 1224, obs. X. Delpech et p. 2323, obs. S. Bollée ; *Gaz. Pal.* 28-29 mai 2010, p. 11, obs. M. Audit et M.-L. Niboyet.

<sup>1817</sup> Selon la qualification proposée par les professeurs M. AUDIT et M.-L. NIBOYET, *op. cit.*

<sup>1818</sup> V. *supra*, n° 377 et 412 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 déc. 2011, *West Caribbean Airways*, *JDI* 2012, p. 1384, note S. Clavel ; *RCDIP* 2012, p. 138, Rapp. Maitrepierre ; *D.* 2012, p. 254, obs. X. Delpech et note Ph. Delebecq et p. 1237, obs. F. Jault-Seseke et 1439, note H. Kenfack ; *JCP* 2012, p. 414, note 264 par L. d'Avout ; *RTD Civ.* 2012, p. 367, note Ph. Théry ; *RDC* 2012, p. 957, note A. Lapart. V. aussi, O. DUBOS, « Juridictions américaines et juridictions françaises face à l'article 33 de la Convention de Montréal : un dialogue de sourd ? », *JDI* 2012, p. 1281.

<sup>1819</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 déc. 2011, *West Caribbean Airways* : « Mais attendu que, dès lors qu'ils ont été contraints de porter leur litige devant une juridiction qu'ils n'ont pas choisie, les demandeurs ont, sur le fondement de la Convention de Montréal, un intérêt actuel et légitime à agir, à titre déclaratoire, en constatation de l'existence et de la portée du droit d'option de compétence que celle-ci leur reconnaît ; que le moyen est recevable ».

808. **Synthèse.** Ainsi, dans deux décisions (*West Caribbean*, l'arrêt d'appel *Flash Airlines*), l'action en incompétence a été déclarée recevable. Dans une plus ancienne (*Weiller*), l'action en inopposabilité d'un jugement étranger l'a été tout autant. Enfin, une action en inopposabilité anticipée, avant même que la décision en cause ait été rendue, a même été accueillie par la Cour d'appel de Paris (*Vivendi Universal*). À l'évidence, la jurisprudence ne semble donc pas fondamentalement hostile à la reconnaissance de la recevabilité d'actions déclaratoires dans le contexte international<sup>1820</sup>. Cette jurisprudence s'oppose pourtant au principe du refus des actions déclaratoires, observé au paragraphe précédent, tiré de la condition du caractère actuel de l'intérêt à agir<sup>1821</sup>. Il est vrai que les seuls arrêts d'importance qui puissent vraiment servir de jurisprudence au sujet d'une action en compétence ou incompétence sont les deux premiers, dans les affaires *West Caribbean* et *Flash Airlines*. Par ailleurs, un seul d'entre eux, *West Caribbean*, a pu exposer la doctrine de la Cour de cassation, puisque le second avait été cassé par cette même Cour pour d'autres raisons. Enfin, dans *West Caribbean*, c'était l'interprétation de la règle de compétence uniforme d'un système transnational qui était en jeu, une hypothèse pour laquelle nous avons prôné l'admission de l'autorité de chose jugée sur la compétence<sup>1822</sup>. Il y a, cependant, une autre portée à ces arrêts. Par leur effet cumulé, malgré les maladroites et les sous-entendus de certains d'entre eux, un droit positif de l'action en (in)compétence apparaît ; il est centré, là encore, sur la notion d'intérêt à agir.

### **B) Une solution d'opportunité**

809. L'action en (in)compétence n'est pas opportune dans le cadre d'un système (1), en revanche, elle résoudrait des incertitudes lancinantes quant à des conflits de compétence entre systèmes (2).

<sup>1820</sup> D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. de GEOUFFRE de la PRADELLE, n°1020.

<sup>1821</sup> V. *supra*, n° 781s., en particulier n°786s.

<sup>1822</sup> V. *supra* n° 649s. On pourra être choqué par ce qui serait alors l'acceptation du point de vue américain. Toutefois, n'est-il pas paradoxal d'encourager le *forum shopping* des demandeurs français dans *Flash Airlines* et *West Caribbean* afin de leur permettre d'obtenir une meilleure compensation, et de refuser le *law shopping* aux familles qui pratiquent la gestation pour autrui ou le mariage homosexuel il y a peu (sur la gestation pour autrui, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 sept. 2013, *D.* 2013, p. 2349, chron. H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon ; p. 2377, avis C. Petit ; p. 2384, note M. Fabre-Magnan ; *JCP* 2013, note 985 par A. Mirkovic) ? Dans le premier comme dans le second cas, la raison de cet évitement correspond à ce qui est considéré par les justiciables comme une insuffisance du droit français. Si la violation des règles de ce droit est nette en ce qui concerne encore, peut-être pour un temps, la gestation pour autrui, il ne semble pas non plus parfaitement conforme à l'esprit du droit français de déclarer l'incompétence de ses juges à l'encontre de l'applicabilité de règles de compétence. Aux velléités de défense du système américain, qui n'assume peut être pas toutes ses responsabilités judiciaires, on opposerait donc volontiers un libéralisme français qui est d'autant plus facile qu'il n'a pas à en subir de conséquence (sinon, on l'a vu, de perdre l'occasion d'améliorer son droit, ce qui est fort dommage). Entre ces deux problèmes, il nous semble préférable de faire jouer la confiance des parties dans l'organisation internationale de la compétence, lorsqu'elle existe (c'est-à-dire lorsqu'il y a un système), et de tenter d'organiser un dialogue direct entre juge, préférablement plus apaisé, lorsqu'elle n'existe pas.

## 1. Le fondement erroné : la règle uniforme

810. **L'interrogation : l'incompétence comme prétention.** Le caractère polémique des décisions *West Caribbean* et surtout *Flash Airlines* provient en première analyse de l'interdiction des actions déclaratoires<sup>1823</sup>. En procédure civile, en vertu d'une jurisprudence constante, le demandeur ne saurait interroger sur sa compétence le juge qu'il a lui-même saisi<sup>1824</sup>. Dans les deux décisions précitées recevant la demande en incompétence, les deux cours s'appuient sur l'intérêt à agir des demandeurs. Cependant, en articulant principalement leurs réponses sur ce dernier point, elles escamotent une partie du problème. Une partie essentielle, par ailleurs, dont la source est en amont : il ne s'agit pas tant d'intérêt à agir, en effet, que de l'existence même d'une action en justice. L'action, et donc l'intérêt qui en est l'un des critères<sup>1825</sup>, ne porte que sur une prétention selon l'article 30 C.P.C., c'est-à-dire une demande au fond. L'incompétence ne devrait intervenir qu'en tant que moyen de défense pour faire obstacle à la procédure ainsi intentée. Comme pour le renvoi règlementaire, qui réclamerait la vérification de l'intérêt à agir du demandeur en France, la réponse au renvoi juridictionnel opéré par le juge américain devrait cependant être un nouvel exemple de l'adaptation des conceptions du droit français de la procédure face aux besoins de certaines situations internationales. La dichotomie fond/procédure n'est manifestement pas toujours adaptée à ces situations<sup>1826</sup>.

---

<sup>1823</sup> V. *supra*. n°786s. paragraphe précédent.

<sup>1824</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 avr. 1982, *Bull.* n° 150 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 déc. 2000, *Bull.* n° 163 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 29. avr. 2002, n° 00-20973. Cela ne vaut, cependant, que pour la demande originelle et non au sujet de la demande reconventionnelle, Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 févr. 2011, n° 10-16696.

<sup>1825</sup> Elle est aussi parfois rapprochée de la demande. Mais la demande ne pouvant avoir comme support que l'action en justice, l'analyse que nous allons proposer ne pourrait être modifiée par cette donnée.

<sup>1826</sup> Sur l'adaptation de la notion d'intérêt à agir pour permettre la prise en compte d'une revendication de compétence tierce, v. *supra* n° 785. D'aucuns ont abordé le problème en termes d'actualité de l'intérêt à agir. Or, agir devant un tribunal français pour obtenir une affirmation sur sa compétence ne soulève pas la même question. La raison en est simple : on ne saurait parler d'un futur contentieux sur la compétence, ce contentieux existe, et il va être justement vidé par la décision. En fait, il ne s'agit même pas d'une demande d'avis ou d'opinion juridique qui ne viserait qu'à constater que la situation entre ou n'entre pas dans le champ d'application d'une règle de compétence, puisque le juge français va prononcer une véritable décision sur sa compétence ou son incompétence, il va en tirer des effets (Selon une analyse éclairante, en effet, dans l'action déclaratoire, l'objet de l'action n'est pas d'obtenir l'effet juridique qui est attachée à la règle - condamnation à des dommages et intérêts, annulation du contrat, prononcé du divorce, etc. - mais seulement de vérifier qu'une ou plusieurs conditions en sont remplies (l'existence d'une faute du responsable allégué, d'une erreur quant à l'objet du contrat ou encore, pour reprendre les exemples données dans la parenthèse précédente, le fait que l'adultère ait été suffisamment répétée pour justifier un divorce pour faute... sans pour autant le demander), v ; J. HERON et T. LE BARS, n° 70). Le problème n'est donc pas dans le caractère anticipé de la demande, mais dans la demande elle-même.

Certains ont aussi évoqué le problème de la qualité pour agir : seul le défendeur aurait « qualité » à soulever la question de la compétence, le demandeur étant donc sans qualité pour soulever cette question (M.-L. NIBOYET, note sous Paris, 6 mars 2008, *Flash Airlines*, précité). Si une telle présentation est plus séduisante, elle pâtit peut-être d'un certain truisme. Dire, en effet, que l'incompétence du juge ne peut être soulevée que par le défendeur revient à dire que la question de la compétence ne peut être qu'un moyen de défense, et donc qu'elle ne saurait faire l'objet d'une action indépendante d'une autre action sur le fond. Cela n'apporte rien de plus. Au contraire, il semble que l'utilisation de la notion de qualité brouille un peu plus les choses. La qualité, en effet, bien que peu clairement définie, peut être globalement présentée comme une notion spécifique qui permet de réduire ou d'élargir le champ des personnes susceptibles d'agir en justice au-delà ou en-

**811. Réponse de la Cour de cassation : l'option offerte par le texte uniforme.**

Dans l'arrêt *West Caribbean*, la Cour de cassation a justifié la recevabilité de l'action par l'existence d'un droit subjectif du demandeur qui serait tiré de la Convention de Montréal : « *Mais attendu que, dès lors qu'ils ont été contraints de porter leur litige devant une juridiction qu'ils n'ont pas choisie, les demandeurs ont, sur le fondement de la Convention de Montréal, un intérêt actuel et légitime à agir, à titre déclaratoire, en constatation de l'existence et de la portée du droit d'option de compétence que celle-ci leur reconnaît* ». L'article 33 entame en effet la description des fors ouverts au demandeur par l'affirmation selon laquelle « *L'action en responsabilité devra être portée, au choix du demandeur [suit la description des différents fors disponibles]* ». Cependant, le lien entre le choix du demandeur et la recevabilité prouve trop. L'option ne crée pas un droit subjectif, au sens d'un droit *sur* la compétence<sup>1827</sup>. Surtout, elle limite la recevabilité de l'action en compétence ou incompétence aux hypothèses intrasystémiques, c'est-à-dire aux seuls cas de discussion sur la portée d'une règle uniforme aux deux juges successivement saisis. Si la Cour a cru sage, dans une opposition de style avec la Cour Suprême américaine, de s'appuyer sur un tel texte, elle n'en a pas moins ainsi créé un monstre juridique.

**812. Action en « conflit de décisions ».** En effet, la Cour ne s'est pas contentée de fonder l'ouverture de l'action sur cette option de compétence ouverte au demandeur. Elle indique, en outre, que les demandeurs ont un intérêt à agir en incompétence parce qu'ils ont été « *contraints de porter leur litige devant une juridiction qu'ils n'ont pas choisie* ». L'argument a le mérite de répondre à la présentation habituelle selon laquelle le demandeur ne saurait contester la compétence de la juridiction qu'il a lui-même saisie. S'il y a été contraint, on ne saurait lui faire cette critique de loyauté et de cohérence procédurale. Partant, à la prendre à la lettre, la Cour de cassation n'admet toutefois cette action qu'à la condition stricte qu'elle serve à *s'opposer* à l'interprétation donnée par la juridiction américaine (ou une autre) *dans un système de compétence* auquel elles participent toutes deux. On pourrait trouver meilleur esprit de coopération<sup>1828</sup>. En effet, puisque ces décisions ne sont, pour l'heure, que des décisions de *forum non conveniens*, le juge étranger – le plus souvent américain – se sera reconnu compétent sur le fondement du texte uniforme ; il aura néanmoins décliné sa compétence, à l'encontre du choix du demandeur. À suivre la décision de la Cour française, le juge français ne serait alors jamais compétent lorsqu'il recevrait ces actions : il ne pourrait intervenir que pour imposer ce choix au juge étranger, pour lui opposer son interprétation de la règle. On devrait alors moins parler d'« action en incompétence » que d'« action en provocation de

---

delà de ceux qui ont en principe un intérêt à le faire. Or, outre que l'on en revient alors au problème posé par la notion d'intérêt, le défendeur n'est, pas plus que le demandeur, une personne en soi. Ce n'est qu'une position procédurale, qui varie en fonction des questions et des différentes instances. En revanche, entre la première instance et la cassation, la qualité à agir d'une personne donnée sur une question donnée ne variera pas. Sauf, bien sûr, à considérer que la compétence est une question de fond et donc à en revenir à la question initiale : l'action en justice peut-elle porter une demande en incompétence ?

<sup>1827</sup> V. *supra*, n° 408s.

<sup>1828</sup> En fait, on a déjà proposée une alternative : l'octroi d'une autorité de chose jugée aux décisions de compétence fondée sur des règles uniformes, v. *supra*, n° 649s. Bien sûr, cela suppose que la coordination soit souhaitée. Le mouvement en faveur de cette dernière peut avoir des soubresauts.

conflit d'interprétations » et, sur le plan très concret des parties au litige, d'une « *action en provocation de conflit de décisions* »<sup>1829</sup>.

S'il y a bien une situation dans laquelle la compétence devrait être traitée plus efficacement et rapidement, c'est lorsque l'hésitation entre deux juridictions est règlementée par un système transnational de compétence<sup>1830</sup>. Il en va de la sécurité, de la rapidité et de l'efficacité de ce qui devrait être une question préliminaire et par ailleurs consensuelle : l'interprétation de règles uniformes<sup>1831</sup>. C'est d'ailleurs ce qui explique la réaction des juges américains dans les deux affaires évoquées. Dans *Flash Airlines*, le juge américain avait procédé avec précaution en l'absence d'un système de compétence transnational (et transatlantique) applicable en France et aux États-Unis, en envisageant clairement l'incompétence du juge français. Dans *West Caribbean*, cette condition était plus formelle, puisque le juge pensait pouvoir compter sur la règle uniforme.

**813. Exclusion du renvoi dans le cadre d'un système.** Si l'on doit critiquer le fait que les justiciables possèdent des voies d'action très diverses de par le monde pour faire réussir leur cause au détriment des défendeurs, que dire d'une action que l'on ouvre en France dont le seul objet est de créer un conflit négatif de compétence ? Ce ne sont pas les règles uniformes et, pire encore, les interprétations divergentes de ces règles, qui devraient ouvrir la voie à des actions en incompétence, mais bien plutôt toutes les hypothèses dans lesquelles, du fait de la disparité des réglementations de compétence, une juridiction tierce a un doute sur la compétence des juridictions françaises. L'insécurité, les lenteurs et les tâtonnements inhérents au caractère unilatéral des règles de compétence

---

<sup>1829</sup> Nombreux sont ceux qui ont parlé, à l'occasion de cette procédure, d'un véritable « dialogue des juges ». Le dialogue, cependant, suppose une écoute que l'on n'est pas sûr d'avoir trouvée dans ces arrêts (En ce sens, S. CLAVEL, note précitée). D'un côté, le juge américain emploie une procédure de renvoi international à une autre juridiction qui n'existe ni dans la Convention de Montréal, ni dans un quelconque traité bilatéral entre la France et les États-Unis. En l'absence d'un accord préalable, ce renvoi pouvait tout autant ressembler à la remise respectueuse à César de ce qui lui appartient que d'une patate chaude dont on souhaite se débarrasser... Tout dépendait en réalité de l'adéquation de l'interprétation américaine avec l'interprétation française de la règle. Ainsi que, accessoirement, des conditions substantielles ou procédurales que poserait la juridiction américaine pour son renvoi. (V., citant ces conditions dans l'affaire *Bhopal*, où le juge américain s'était désisté au profit des juridictions indiennes, D. BUREAU et H. MUIR WATT, n° 157). Les juridictions françaises auraient pu considérer qu'elles étaient compétentes ; elles l'étaient d'ailleurs au regard du dernier rattachement du paragraphe premier de l'article 33 : le lieu de destination de l'avion. Et elles étaient par ailleurs déjà saisies par d'autres demandeurs d'une demande conservatoire. Or, justement, la Cour de cassation a décidé, de l'autre côté de l'Atlantique, que l'article 33 posait une sorte de privilège de compétence au bénéfice des demandeurs, un privilège que le juge ne pouvait remettre en cause une fois exercé. Ce renvoi sur renvoi ne pouvait déjà plus autre, au mieux, être compris que comme une invitation à la juridiction américaine de revoir sa jurisprudence. Au pire, il pouvait être pris comme un camouflet. Il fut pris, simplement, pour une divergence d'interprétation. V. les développements de Mme le juge UNGARO, *op. cit.* Cette divergence d'interprétation n'est pas sans conséquence pour les parties. Il est en particulier intéressant de noter le paragraphe conclusif : « *In so concluding, the Court emphasizes that these non-United States citizens, all but one of whom are French nationals and residents, had a choice, even under their construction of the Montréal Convention, to pursue their claims in the French courts. And, they have had that choice since the inception of this litigation in 2007. To now reverse course in response to the Bapte Plaintiffs' persistent efforts to un-do the forum non conveniens dismissal would sanction Plaintiffs' disrespect for the lawful order of this United States court and encourage other litigants to engage in similar conduct. Neither Seven Elves nor any other controlling precedent requires that the Motion be granted and, in fact, the interests of justice demand that it be denied* ».

<sup>1830</sup> Sur lesquels v. *supra*, n° 565s.

<sup>1831</sup> Là encore, on a proposé quelques solutions d'harmonisation de ces interprétations, *supra*, n° 592s.

internationale sont dans cette hypothèse d'autant plus préjudiciables aux justiciables<sup>1832</sup>. Si l'on peut donc conserver le principe de l'action en (in)compétence, il faut lui trouver un autre fondement.

## 2. Le fondement retenu : la coopération internationale

814. **Adaptabilité de la procédure civile.** En l'absence de coordination internationale, le droit international privé n'est qu'affaire d'adaptation. Le meilleur exemple, en notre matière, serait sans doute le droit commun de la compétence dont on a montré qu'il s'appliquait parfaitement, en général, aux problèmes de compétence internationale sous réserve de quelques modifications et de la création de chefs de compétence *ad hoc* lorsqu'aucun d'entre eux ne permet de trouver un juge<sup>1833</sup>. Le test porte donc sur la possibilité d'utiliser la règle interne pour répondre à la problématique spécifique de droit international privé. Or, il est tout sauf certain que la limitation apportée à la recevabilité des actions en incompétence soit à ce point rigoureuse qu'elle l'empêche dans les situations internationales.
815. **Singularité de la situation.** La jurisprudence de droit interne n'a jamais spécialement rejeté l'action en incompétence lorsqu'elle est seule à être portée devant les tribunaux. Dans la plupart des arrêts, en effet, les demandeurs soulèvent l'incompétence *après* avoir agi au fond, par exemple à l'occasion d'un changement de parties, le demandeur initial étant décédé en cours d'instance. L'action en incompétence sert alors le plus souvent à remettre les parties devant un nouveau juge alors que le premier n'a pas fait droit à la demande au fond<sup>1834</sup>. Plus rarement, l'incompétence est soulevée par le demandeur mal orienté par un organe administratif<sup>1835</sup>, ou pour tenter de reprendre la main après avoir saisi un juge incompétent par inadvertance<sup>1836</sup>. Mais là encore, même soulevées *in limine litis* (ou presque) ces demandes étaient concurrentes d'une demande au fond. La singularité des demandes que l'on doit étudier ici tient dans ce qu'elles offrent de se prononcer à l'invitation de juridictions qui n'appartiennent, par hypothèse, à aucun système de compétence commun<sup>1837</sup>. Comme lorsque le juge judiciaire renvoie au juge administratif, ce dernier est bien saisi par le demandeur, mais suite à la

---

<sup>1832</sup> En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, « Les résistances à la technique du *forum non conveniens* », *IJPL-RIDP*, 2012, 1, p. 180, spéc. p. 191.

<sup>1833</sup> Il s'agit des hypothèses d'action en exequatur et pour cause de déni de justice, v. *supra*, n° 195s.

<sup>1834</sup> V. par exemple, Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 avr. 2002, n° 00-20973, Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 juin 1999, n° 97-17580, Soc., 27 mai 1999, n° 98-60309.

<sup>1835</sup> Ainsi, dans une espèce décidée le 7 décembre 2000, la Cour de cassation a dû répondre à la demande en incompétence soulevée par un demandeur mal aiguillé, semble-t-il, par les services de conciliation de l'URSSAF. Elle lui répondit, s'épargnant le fréquent détour de la justification de devoir présenter l'exception d'incompétence avant toute demande au fond, par cette simple affirmation : « les exceptions d'incompétence figurant au nombre des moyens de défense, le demandeur n'est pas recevable à contester la compétence territoriale de la juridiction qu'il a lui-même saisie » (Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 déc. 2000, n° 99-14902).

<sup>1836</sup> Il s'agit ici d'une affaire internationale, par ailleurs déjà citée : le 16 mai 2012, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel qui avait confirmé une ordonnance faisant droit à la demande de renvoi de l'affaire du TGI de Paris au TGI de Créteil, domicile des demandeurs à l'action. Ici, les demandeurs avaient cherché à « rattraper » une erreur de compétence évidemment soulevée par le défendeur en demandant au juge saisi de renvoyer l'affaire devant un juge compétent plus proche que celui proposé par le défendeur dans son exception. Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 2012, n° 11-16942.

<sup>1837</sup> On préfère rappeler ici au lecteur que l'on a écarté l'hypothèse *West Caribbean* comme un dialogue dilatoire et abusif, v. *supra* n° 571s.

décision d'un autre juge avec lequel il n'a pas de voie procédurale de communication directe. Dans cet exemple, il faudra peut-être d'ailleurs au juge judiciaire, *in fine*, récupérer le litige sur renvoi du Tribunal des conflits.

Les juges américains et français ne disposent pas d'une telle juridiction à même de les départager. La solution du problème est donc extrêmement incertaine pour les justiciables<sup>1838</sup>. Or, il n'est pas certain que l'action en justice soit si peu malléable que l'on ne puisse ici l'adapter. En effet, il est usuel de noter, en procédure civile interne, que l'ouverture d'une action en justice dépend grandement d'une certaine politique jurisprudentielle. Ainsi, si l'action est habituellement fermée dès l'instant où l'enjeu est trop faible selon le principe *de minimis non curat praetor*, ce principe ne vaut pas, en réalité, pour tous les contentieux. L'exemple célèbre du droit de propriété, pour lequel le plus insignifiant problème de bornage suffira pour que le juge soit intéressé, montre suffisamment cette tendance<sup>1839</sup>. C'est la raison pour laquelle, *in fine*, les commentaires de tous ces arrêts insistent à ce point sur l'intérêt à agir : il s'agit bien d'une question d'intérêt. Simplement, il s'agit d'un intérêt bien compris, celui des parties mais aussi, et surtout, celui du juge français. En d'autres termes, la question de l'ouverture d'une action, si elle devrait par principe être fermée à des problèmes procéduraux, pourrait bien relever d'une simple appréciation en opportunité.

**816. Absence de justification pertinente du refus.** Comme l'exequatur ou le déni de justice, voire en droit substantiel la question des institutions inconnues du for<sup>1840</sup>, l'interrogation levée par la juridiction américaine soulève un problème inconnu du droit interne, habitué à traiter seulement de situations intrasystémiques. Le silence du droit français face à une telle question pourrait par lui-même constituer une réponse négative à l'invitation étrangère. Mais il faudrait aussi la justifier, ce qui reste difficile face à une institution par hypothèse inconnue. On pourrait toutefois considérer, par principe, que les demandeurs s'étant vu débouter dans le pays tiers (pour cause de *forum non conveniens*), ils devraient s'en satisfaire. Agir en incompetence en France, c'est en effet parfois essayer de forcer la main du juge tiers et c'est d'ailleurs précisément ainsi que, dans l'affaire *West Caribbean*, la Cour fédérale de Miami l'a (mal) pris<sup>1841</sup>. On peut cependant sans difficulté faire le lit de

---

<sup>1838</sup> C'est bien la raison de la grande différence, ici, entre situations intrasystémiques (lorsque les juges de pays différents s'interrogent sur l'interprétation d'une règle de compétence uniforme : *West Caribbean*) et situations extrasystémiques (lorsque ces juges s'interrogent sur des règles propres à chacun : *Flash Airlines*). Non pas, bien sûr, qu'il existe toujours dans le premier cas une juridiction départitrice qui n'existerait pas dans le second. Seulement, au fil du temps, les règles de compétence administrative et judiciaire se sont relativement harmonisées grâce aux interprétations respectives des cours supérieures des deux ordres et surtout du Tribunal des conflits et, à un stade d'évolution plus achevé, il existe au sein des systèmes de compétence des règles bilatérales qui devraient permettre de coordonner l'intervention des juridictions sans autre forme de procès...

<sup>1839</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports privés internationaux*, *op. cit.*, n° 320s.

<sup>1840</sup> Dans le sens d'une assimilation de ces problèmes, v. M. ATTAL, note sous Civ. 2<sup>ème</sup>, 30 avr. 2009, *JCP* 2009, comm. 162.

<sup>1841</sup> Si « l'invitation » du juge américain au juge français à se prononcer sur sa compétence pouvait être envisageable dans l'affaire *Flash Airlines* (globalement, d'ailleurs, parce que le juge américain ne pouvait se fonder sur un droit unifié), elle était presque de pure forme dans la décision *West Caribbean Airlines*. Par ailleurs, dans les deux affaires, *West Caribbean* et *Flash Airlines*, il était parfaitement compréhensible que les juridictions américaines aient préféré se considérer *non convenient* : la plupart des éléments évoqués, publics comme privés, pragmatiques, favorisaient la France. Deux questions restaient en suspens : le problème des éléments de preuve technique qui



cet argument, car il a trait à l'espèce, et non à la règle. En effet, refuser l'ouverture de l'action en incompétence parce que les demandeurs devraient se satisfaire de la décision de *forum non conveniens*, c'est postuler que le juge américain (ou australien, entre autres) ne se trompera jamais dans l'interprétation de la règle française alors que, par hypothèse encore, il s'agit d'une règle qu'il ne partage pas avec le juge français<sup>1842</sup>. C'est aussi postuler, par ailleurs, que le « renvoi » à la juridiction française est ferme, sans espoir de retour. Or, on a pu constater, dans l'affaire *Flash Airlines* par exemple, que les décisions ne sont pas toujours aussi affirmatives. En bref, refuser par principe l'action en incompétence sur ce fondement, c'est se priver de vérifier la possibilité et même l'utilité de l'intervention du juge français dans le cas concret. Il suffit en réalité de transférer cette crainte, par ailleurs légitime, dans les *conditions de recevabilité* de l'action, sans en faire la justification de son impossibilité de principe. Par ailleurs, outre l'absence de véritable raison de refus par principe, il existe des raisons positives de justifier l'ouverture de cette action.

- 817. Justification par l'évolution collaborative du droit de la compétence internationale.** Il est en effet permis de penser que l'évolution même du droit de la compétence internationale légitime au contraire l'ouverture de l'action en (in)compétence. Au plus haut niveau d'abstraction, la désorganisation internationale des règles de compétence, si elle se justifie parfaitement d'un point de vue politique, n'en résout pas moins de façon insatisfaisante la question à laquelle elle cherche à répondre. L'analyse du droit de la compétence le prouve suffisamment : répondre à la question de compétence, c'est rechercher un juge compétent. Les règles de compétence attributives, qui délimitent les hypothèses d'intervention de groupes de juridictions, ne sont donc que des pis-aller, des filets jetés aveuglément à la mer. Elles ne sauraient avec certitude fournir des réponses cohérentes à la question globalement posée. Or le sens même de l'évolution du droit de la compétence internationale pousse dans le sens d'une prise en compte de l'activité tierce. Des conventions bilatérales du XIX<sup>e</sup> siècle à l'intégration européenne, en passant par les multiples conventions internationales spécialisées et la faveur à l'arbitrage international, le droit de la compétence internationale s'est éloigné de l'organisation purement unilatérale, aveugle, vers des éléments de coordination de plus en plus évolués. Il y a des raisons évidentes de traiter différemment les situations internationales intrasystémiques, c'est-à-dire grossièrement celles où il existe une coopération internationale institutionnelle, et les autres que l'on a appelé situations internationales extrasystémiques. Mais

---

n'auraient pu apparaître qu'à la suite d'une enquête approfondie, et le choix de politique juridique quant à la poursuite d'entreprises américaines devant le juge qui a le plus de lien avec leurs activités. Encore le dernier de ces éléments prêtait-il le flanc à la critique : dans l'affaire *Flash Airlines*, les demandeurs avaient choisi de saisir le juge fédéral du district central de Californie, Etat qui n'avait que peu de chose à voir avec les défendeurs constructeurs de l'avion (v. G. CUNIBERTI, note précitée). Sur le seul plan de l'opportunité, on pourra donc douter que ces affaires, et particulièrement l'affaire *West Caribbean Airlines*, aient été les plus pertinentes pour décider d'un renvoi aux Etats-Unis.

<sup>1842</sup> On se rappellera en effet que les juridictions américaines, pour ne citer qu'elles, font souvent montre de prudence dans leur renvoi à l'étranger lorsqu'elles ne disposent pas d'une règle de compétence uniforme.

l'absence de coopération institutionnelle pour ces dernières n'impliquent pas le refus de principe de toute collaboration. C'est même le contraire, puisque le besoin d'organisation et de prévisibilité, qui a fondé le passage à la coopération institutionnelle<sup>1843</sup>, se ressent encore plus dans les domaines dans lesquels il n'y a pas eu d'accord international. Si l'on veut bien reprendre la raison d'être du droit de la compétence, à savoir l'organisation de la concurrence<sup>1844</sup>, la situation extrasystème est une anomalie. Sans doute, cette anomalie ne se présente comme telle que si l'on adopte une perspective « organisatrice » de la compétence, une perspective différente de celle qui découle de la perspective traditionnelle qui amalgame compétence internationale et activité de l'État. Pour un État qui a depuis plus de cent ans amélioré sa coopération institutionnelle, qui a intégré ses juridictions dans des réseaux transnationaux sans avoir beaucoup d'égard pour une telle perspective, c'est toutefois l'organisation qui est devenu le maître-mot.

**818. Le fondement : prévisibilité et sécurité des justiciables.** La raison de ce modification du paradigme a d'ailleurs été en grande partie l'objectif d'offrir aux acteurs du commerce international une visibilité améliorée sur leur situation juridique. Ce n'est pas spécifique au droit de la compétence : les solutions spécifiques de « droit judiciaire international privé » ont toutes été prises dans le même objectif. Pour ne reprendre que les arrêts précédemment cités –*Weiller, Smith-Renson*, ou encore *Vivendi Universal*, le fondement est récurrent : permettre aux parties de sécuriser leurs situations juridiques et patrimoniales face à l'incertitude provoquée par le phénomène de la frontière.

L'action en incompétence voire même l'action en compétence pourrait aussi être très utile aux justiciables en ce qu'elle leur permettrait de faire le pont entre deux juges séparés par tout le reste. Il suffit d'envisager, par exemple, que le premier juge se trompe en supposant l'autre compétent. Dans tous les cas, le mouvement privatiste général en faveur des justiciables justifie l'accueil de cette action. Mais l'intérêt n'est pas seulement pour les parties. Il l'est aussi, et même peut-être surtout, pour le droit français lui-même.

**819. Une opportunité d'expression du droit français.** En effet, à l'heure où la compétence internationale fait l'objet de toutes les attentions, c'est bien le juge français qui a le plus à perdre à refuser d'entendre cette question. Comme l'a remarqué la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Flash Airlines*, il serait paradoxal qu'en conservant une vision traditionnelle et étatiste de la compétence internationale, le juge français soit dans l'incapacité d'intervenir dans le débat sur sa propre compétence :

*« ... considérant que le juge californien a invité le juge français à épuiser la question en subordonnant sa décision de rejet à la condition de la reconnaissance de sa compétence internationale par le juge français ; que ce dernier ne peut être le seul à être exclu du débat sur sa compétence internationale dès lors que la*

---

<sup>1843</sup> Sur ce mouvement, v. *supra* première partie et en particulier n°96s.

<sup>1844</sup> V. *supra*, n° 334s.

*question s'inscrit, comme en l'espèce, dans un contexte de confiance mutuelle qui appelle à une coopération et une coordination des différents systèmes de droit... »*

Sans doute, on ne saurait être dupe d'une telle « invitation » et des difficultés que l'on pourra rencontrer, à l'avenir, dans ce type de coordination par dialogue indirect<sup>1845</sup>. La seule véritable coordination ne saurait être élaborée, sur un plan procédural, que par les parties, non par les juges. Quant au plan plus substantiel du « dialogue » sur la compétence, il ne saurait aller sans rencontrer des difficultés : comment en effet « dialoguer » efficacement lorsque chaque juge ne peut rien faire d'autre qu'émettre « sa » solution définitive au problème<sup>1846</sup> ? Dès lors l'intérêt n'est peut-être pas tant, du point de vue des ordres juridiques intéressés, dans le dialogue en lui-même. Il s'agit simplement de permettre au juge français et, avec lui, à l'État français, de se prononcer dans ce débat et, au travers des réponses fondées sur ses propres règles de compétence, d'influer un peu sur la mise en place d'une coopération transatlantique, peut-être plus largement globale, afin d'y poser sa marque. On sait que nombre de contentieux internationaux sont tranchés par des juridictions arbitrales, empêchant le juge français de se confronter à certaines questions et de développer, par leur jurisprudence, la finesse du droit français. Mais il faut rajouter à cet effet d'appauvrissement les contentieux, riches en questions de principe, qui restent sur les rives américaines<sup>1847</sup>. Un tel « dialogue » favoriserait, ne serait-ce qu'à moyen et long terme, une meilleure prévisibilité des solutions entre les différents systèmes juridiques impliqués, une meilleure organisation. Il permettrait aussi aux juges français d'intervenir peut être plus fréquemment dans certains types de contentieux internationaux et, en conséquence, d'améliorer le droit français par sa jurisprudence et de faire rayonner les raisonnements et la culture juridique française<sup>1848</sup>.

---

<sup>1845</sup> Il nous semble ainsi que l'analyse de la Cour d'appel dans *Flash Airlines* est, au mieux, une fiction idéaliste lorsqu'elle énonce encore : « ... que la décision américaine n'a pas réglé la question de la compétence juridictionnelle internationale puisque le juge américain a seulement décidé de ne pas exercer sa compétence au regard de ses propres règles et analyses mais a opéré matériellement un transfert du litige à la juridiction française... » (nous soulignons).

<sup>1846</sup> V. aussi, dans les deux espèces ici exposées, les critiques de S. CLAVEL sous *West Caribbean* et de G. CUNIBERTI sous *Flash Airlines*, *op. cit.*

<sup>1847</sup> V. les décisions citées dans *Flash Airlines*, *West Caribbean*, et les exemples données par A. LOWENFELD, *International litigation and the quest for reasonableness*, Clarendon Press 1996, qui évoque notamment l'affaire *Amoco Cadiz*, sur laquelle l'État français lui-même est allé plaider aux États-Unis pour éviter l'application de la Convention pollution hydrocarbure de 1969. Si la décision américaine a eu un impact que n'aurait certainement pas eu une décision française (un grand nombre de groupes pétroliers ayant des intérêts très importants aux États-Unis, la décision amena ces groupes à modifier la structure de leur organisation du transport pétrolier), il n'est en revanche pas interdit de penser qu'une décision française aurait permis de faire avancer bien plus rapidement le droit de l'environnement français, notamment quant au préjudice écologique.

<sup>1848</sup> Quant à savoir si cet impact sera positif ou négatif, cela dépendra en revanche des décisions des tribunaux français dont la fonction principale n'est pas la diplomatie juridique. La possibilité même d'intervenir dans l'affaire et de faire connaître au juge américain la conception française de la compétence permettrait ainsi de participer plus directement aux échanges de vues concrets que la doctrine américaine elle-même appelle de ses vœux. Selon plusieurs auteurs, en effet, l'utilité politique du *forum non conveniens* est de permettre de provoquer une amélioration des législations ou jurisprudences étrangères (auteurs). Bien sûr, il est évident que la réponse ne sera pas toujours améliorative ou reconnaissante, à preuve les lois de blocage latino-américaine.

## II) Les conditions de recevabilité des actions en (in)compétence

820. **Introduction.** Exceptionnellement, l'action en compétence ou incompétence devrait donc être ouverte. L'intérêt tant des parties (certitude et justice concrète) que de la justice française (coordination, confiance mutuelle et surtout précision de son propre droit) le requièrent. Il faut maintenant voir à quelles conditions, et pour quels enjeux.
821. **Conditions et enjeux.** L'action en (in)compétence aurait pour objet de voir le juge se déclarer incompétent en faveur d'un juge étranger. Sur le bien-fondé de l'action, donc, seules des règles de compétence seraient invoquées. L'action n'aurait donc sur ce point rien de particulier. En revanche, une question plus délicate se pose quant à la recevabilité de l'action. Puisque le problème est d'action en justice, les critères de son admission seront ceux de l'action elle-même et en particulier de nouveau celui de l'intérêt à agir. Le problème, lui, est d'adaptation. Jusqu'où peuvent ces critères seront-ils adaptés à une situation internationale ? A admettre un contrôle libéral, on risque de soumettre aux juges des questions de pure forme et de faire de ce dernier l'instrument d'une fraude ou d'une fantaisie ; à choisir au contraire un contrôle strict, on pourrait faire perdre toute utilité à cette action en la rendant impossible à mettre en œuvre. Entre ces deux extrêmes, il y a tout un champ des possibles que le juge français, s'il en venait à admettre l'action en (in)compétence, pourra étayer au fil des espèces qui se présenteraient. On ne saurait donc trop insister sur l'humilité avec laquelle les propositions qui vont suivre seront exposées. On essaiera de poser des limites minimales au contrôle, sachant que seul un contentieux fourni permettra vraiment de les évaluer. En particulier, il est certainement possible d'envisager la possibilité, bien qu'elle sera sans doute moins opportune, d'une action visant à préciser non l'incompétence, mais bien la compétence du juge français (B). Avant d'entrer dans ces conditions techniques, il faut toutefois écarter un problème de mise en œuvre déjà dépassé, les conditions de voies de recours (A).

### A) Le problème des recours

822. **Exemple de l'affaire *Flash Airlines*.** L'exemple de l'affaire *Flash Airlines* est de ce point de vue assez éloquent. Alors que la Cour d'appel avait accueilli l'action en incompétence, la Cour de cassation a cassé la décision sur un point technique : le tribunal de grande instance de Bobigny ayant statué collégalement sur la seule *recevabilité* de l'action en incompétence, n'ayant ni statué au fond, ni tranché une partie du principal en prononçant une mesure provisoire ou d'instruction, ni en quoi que ce soit mis fin à l'instance, la voie de l'appel était fermée et le recours irrecevable<sup>1849</sup>. Les articles 544 et 545 C.P.C., comme les articles 607 et 608 pour le

---

<sup>1849</sup> « Vu les articles 544 et 545 du Code de procédure civile ; - Attendu que pour déclarer l'appel recevable, l'arrêt retient que les demandeurs du groupe 2 ayant, à titre principal, exclusivement sollicité de la juridiction qu'elle statue

pourvoi en cassation, n'ouvrent en effet en principe le recours en appel qu'aux décisions définitives, c'est-à-dire celles qui, soit sur le fond, soit par application d'une exception de procédure ou d'un fin de non-recevoir, clôturent au moins partiellement le litige, ainsi qu'aux décisions mixtes, c'est-à-dire celles qui, ne se prononçant que partiellement sur une prétention, ordonnent par ailleurs une mesure provisoire ou d'instruction<sup>1850</sup>. Or, dans cette affaire, l'ensemble des demandeurs en incompetence, qualifiés de « Demandeurs du Groupe 2 », avaient subsidiairement requis du tribunal de grande instance de Bobigny qu'il statue sur le fond du litige en indemnisation de leurs préjudices tirés du crash aérien. Ces mêmes demandeurs n'avaient pas attendu la décision sur la demande subsidiaire pour former appel du jugement décidant de l'irrecevabilité de l'action en incompetence. S'agissant d'une action en incompetence, et non d'une exception, la Cour d'appel avait considéré que cette partie du litige formait une demande autonome et que le TGI, en l'écartant pour irrecevabilité, avait épuisé le débat au fond sur ce point. C'est sur cette interprétation que la Cour de cassation considère qu'il y a eu violation des articles 544 et 545 C.P.C.

823. **Indifférence quant à l'action en (in)compétence.** Il faut toutefois rappeler que cette décision de la Cour de cassation date du 30 avril 2009. Elle devait décider un an plus tard, le 7 mai 2010, qu'une décision de compétence internationale d'une juridiction du fond peut-être contestée par un recours immédiatement recevable au titre de « l'excès de pouvoir ». Le régime de l'action en (in)compétence internationale suivrait ainsi la logique globale de l'évolution récente du droit de la compétence internationale et l'on ne devrait plus craindre la jurisprudence *Flash Airlines* de la Cour de cassation en ce qui concerne les actions en incompetence internationale : quelle que soit la décision du juge du fond, le recours sera immédiatement possible<sup>1851</sup>. On peut regretter qu'elle ait attendu un an pour ce faire : le recours devant la Cour de cassation dans cette dernière affaire aurait pu permettre d'évoquer les conditions de recevabilité de l'action et notamment l'affectation de l'intérêt à agir.

### ***B) L'affectation de l'intérêt à agir***

824. **Conditions générales de l'action.** L'action en (in)compétence admise, il reste à en voir les conditions. Au fond, celle-ci ne peut que reposer sur ses trois piliers traditionnels : capacité, qualité et intérêt. De ces trois, c'est l'intérêt qui sera de nouveau au cœur des difficultés. La capacité des justiciables n'a rien de spécifique

---

*sur sa compétence internationale et qu'elle condamne les défenderesses à des dommages-intérêts pour abus du droit d'ester en justice, les premiers juges, en déclarant irrecevable la première demande et en rejetant la seconde, ont tranché tout le principal ; - Qu'en statuant ainsi, alors que le jugement ne s'était pas prononcé sur le fond du litige et n'avait pas mis fin à l'instance, et que la demande en dommages-intérêts pour abus de procédure, qui constituait une demande accessoire, n'était pas afférente au fond du litige, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».*

<sup>1850</sup> S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, n° 1137s. ; J. HERON et T. LE BARS, n° 728s. ; L. CADIET et E. JEULAND, n° 818.

<sup>1851</sup> V. *supra*, n° 623s.

dans cette configuration procédurale<sup>1852</sup>. On peut s'interroger plus amplement sur la qualité<sup>1853</sup>. Cependant, sachant que la qualité vient soutenir ou au contraire borner l'intérêt à agir, on ne pourra juger de sa pertinence qu'en dernier lieu. L'essentiel du filtrage de ces actions reposera donc sur l'intérêt.

**825. Affectation de l'intérêt : proposition de M. D'AVOUT.** À définir l'intérêt comme l'avantage ou le profit que l'on peut tirer de la modification de sa situation juridique, l'action serait-elle acceptée, il n'y aurait intérêt à agir en incompétence que si cela devait modifier concrètement la situation du demandeur. Ce serait manifestement le cas lorsqu'il pourrait tirer un bénéfice concret à l'étranger de la déclaration d'incompétence du juge français puisque rien ne pourrait alors se faire sur un plan judiciaire en France. On pourra ainsi approuver (sous l'angle de l'action) la solution générale de M. D'AVOUT qui a offert de considérer exceptionnellement l'intérêt comme légitime lorsqu'un « *droit subjectif du demandeur rend nécessaire l'appui du juge français par voie d'intervention déclaratoire* », c'est-à-dire « *lorsque le règlement du litige est entravé à l'étranger et que l'intervention anticipée du juge français peut contribuer à la levée des blocages* »<sup>1854</sup>. Cette proposition générale, qui vaudrait aussi selon l'auteur pour d'autres actions aux fins d'interroger le juge français, reposerait donc sur deux critères dont le second est dédoublé : un « droit subjectif » et une intervention du juge français nécessitée, d'une part, par une « entrave à l'étranger » que le juge français pourrait, d'autre part, « contribuer à lever ». Pris dans le cadre de l'action en (in)compétence, ces éléments semblent féconds.

**826. Première condition : l'intérêt à l'action devant le juge étranger.** Tout d'abord, il apparaît ici nécessaire pour justifier l'intérêt à agir en incompétence que le demandeur puisse se prévaloir, en outre, d'un intérêt substantiel<sup>1855</sup>. S'il apparaît en effet tant dans l'intérêt des parties que dans l'intérêt de la justice française d'accepter de répondre à des interrogations sur la compétence, encore faut-il que, au moins indirectement, l'interrogation ait pour objet de défendre une action dont le juge français jugerait lui-même qu'elle est pertinente. Le fait que s'interpose ici l'intérêt à l'action en (in)compétence, ne doit pas empêcher de contrôler qu'au regard de ce dernier juge, l'action au fond intentée à l'étranger ait une réelle raison d'être. Partant, le critère de l'intérêt (né et actuel, direct et personnel voire légitime) devrait s'appliquer à ce que le demandeur revendique, au fond. En outre, le juge étranger disposera ainsi en tout état de cause d'une information sur la manière dont le juge français considère le litige. En effet, si ce dernier n'appréhende pas l'action intentée devant le juge étranger comme recevable selon les critères du droit français, il est possible que la solution du juge étranger ne produise pas les mêmes effets en France. On pense en particulier à l'action de groupe de l'affaire *Vivendi*

---

<sup>1852</sup> Certains n'en font d'ailleurs pas une condition de l'action en justice mais simplement de la demande, v. R. PERROT, note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 févr. 1997, *Procédures* 1997, comm. n° 82. *Adde.* S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, n° 121.

<sup>1853</sup> V. notamment M.-L. NIBOYET, note sous Paris, 6 mars 2008, *Flash Airlines*, précité

<sup>1854</sup> L. D'AVOUT, *JCP* 2012, note 241 sous l'arrêt *Vivendi Universal* précité, spéc. p. 417 (les italiques, ici renversées, sont de l'auteur).

<sup>1855</sup> On préférerait ici écarter le terme « droit subjectif », dont les difficultés de définition ainsi que l'aspect plus juridique que concret risquent de compliquer l'emploi, v. *supra*, n° 408s.

*Universal* dont certains auteurs contestaient la possible reconnaissance<sup>1856</sup>. Pour en rester à l'action en (in)compétence, toutefois, on ne voit pas pourquoi le juge français devrait prêter son appui à l'action du ou des demandeurs à l'étranger alors qu'il n'en aurait pas accepté la raison d'être. Pour prendre un exemple extrême, il n'y aurait pas lieu pour lui de répondre à la question de sa compétence si l'action au fond était d'une importance si faible qu'elle pourrait se voir opposer la maxime *de minimis non curat praetor*. Cette condition aurait la vertu, par ailleurs, de permettre d'évaluer l'absence de fraude par le biais de la question de sa légitimité<sup>1857</sup>.

827. **Deuxième condition : l'entrave à l'étranger.** Il est en revanche bien plus délicat de cerner la condition de l'entrave à l'étranger avec certitude, ne serait-ce que parce que nous ne disposons que d'un véritable exemple en la matière : celui de l'affaire *Flash Airlines*. Dès lors que le juge étranger aura rendu une décision formellement conditionnée à l'incompétence du juge français, cette entrave ne fera pas de doute. Mais on peut imaginer d'autres occasions de s'interroger sur ce point : l'action en incompétence préalable (avant ou juste après la saisine étrangère), pour faire pression sur le juge étranger<sup>1858</sup> ; la même, pour faire pression sur l'autre partie<sup>1859</sup> ; l'action en incompétence qui vise en réalité à faire déclarer nulle une clause attributive<sup>1860</sup> ou l'action en simple compétence, déjà évoquée, pour obliger le demandeur à porter son action devant une juridiction précise<sup>1861</sup>, etc.

828. **La nécessité d'un jugement étranger d'invitation à statuer.** En réalité, cependant, il semble nécessaire qu'une véritable décision ait été produite à l'étranger<sup>1862</sup>. Sans elle, en effet, il ne saurait y avoir qu'un intérêt purement virtuel et hypothétique. C'est la raison pour laquelle l'admission des actions déclaratoires internationales a souvent fait l'objet de propositions doctrinales restrictives : situations présentant une véritable complexité au fond<sup>1863</sup>, un litige imminent sous-jacent<sup>1864</sup> ou plus largement un intérêt concret, matériel et immédiat<sup>1865</sup>. Dans un tel contexte, il semble préférable que la déclaration d'incompétence du juge vienne

<sup>1856</sup> J. LEMONTEY et N. MICHON, « Les « class actions » américaines et leur éventuelle reconnaissance en France », *JDI* 2009, p. 573.

<sup>1857</sup> La question de la loi applicable à cette vérification peut paraître plus difficile. Faudrait-il suivre la logique de la jurisprudence *Coveco*, et appliquer globalement le droit français du for, ou bien prendre en compte l'objet même de la saisine de ce juge, le renvoi à un juge étranger, et l'envisager au regard de ce droit ? Si l'on veut, toutefois, permettre au juge français de savoir si le droit français devrait appuyer l'action à l'étranger, il semble nécessaire de faire, là encore, application de ce droit.

<sup>1858</sup> Un peu de diplomatie et de psychologie judiciaire sera cependant requise, v. la réaction du juge Ungaro à la suite de la décision de la Cour de cassation dans l'arrêt *West Caribbean*, *supra* n°377.

<sup>1859</sup> Ici, on peut d'ailleurs l'imaginer dans de multiples circonstances : devant le juge français pour lui faire dire que, les éléments du litige révélant l'existence d'une clause compromissaire, le demandeur sera contraint de la porter devant un tribunal arbitral. On peut aussi l'imaginer devant un juge étranger qui accepterait une telle action, pour empêcher toute action-torpille en amont.

<sup>1860</sup> Il est en effet fréquent d'observer des contentieux dont le premier objet est de contester la validité de la clause attributive de juridiction ou compromissaire (sur cette observation, E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.* 2007, p. 697).

<sup>1861</sup> On pourra hésiter, toutefois, à admettre cette justification. Outre qu'elle relève assez de l'action de jactance, qui oblige le demandeur à justifier du droit dont il se prétend titulaire, l'action aurait pour conséquence de lier les droits du demandeur à choisir son tribunal.

<sup>1862</sup> En ce sens, M. AUDIT et M.-L. NIBOYET, *op. cit.*, n° 24.

<sup>1863</sup> H. GAUDEMET-TALLON, note sous *Eponx Gir*, *RCDIP* 1972, p. 329.

<sup>1864</sup> P. HEBRAUD note sous Paris, 15 déc. 1948, *Weiller*, *RTD Civ.* 1949, p. 113, J. HERON et T. LE BARS, n° 74, M. BANDRAC.

<sup>1865</sup> G. DROZ sous *Smith-Renson* (*JCP N* 1972, 50357, spéc. p. 14).

en réponse à l'interrogation, non des parties, mais du juge étranger. Comment s'assurer autrement, par exemple, qu'elle aura un véritable impact sur la procédure étrangère et qu'en son absence la juridiction étrangère entravera l'action ?

On dispose d'ailleurs d'un exemple concret des risques qu'il peut y avoir à anticiper. Un certain nombre d'États latino-américains ont souhaité décourager des décisions de *forum non conveniens* des tribunaux nord-américains par des lois de blocage spécifiques<sup>1866</sup>. Ces lois, assez variés dans leur forme et leurs effets, contraignent globalement leurs juges à refuser systématiquement leur compétence dans les litiges opposant des plaignants locaux à des défendeurs nord-américains dès lors qu'ils étaient saisis en retour d'une décision de *forum non conveniens* d'une juridiction américaine, le plus souvent dans le cadre d'action en responsabilité pour des produits défectueux<sup>1867</sup>. Les juridictions américaines ont sans surprise assez peu, ou assez mal réagi à cette opposition législative qui leur retire leur pouvoir d'évaluer leur propre compétence et il semble qu'elles ont jusqu'à présent refusé de prendre en compte ces réponses législatives<sup>1868</sup>.

L'ouverture d'actions anticipées en (in)compétence devant le juge français, offrant potentiellement le même type de réponse par la voie judiciaire, pourrait provoquer la même réaction. Elles perdraient ainsi une bonne partie de leur utilité. N'ouvrir l'action en (in)compétence qu'en aval d'une décision étrangère aurait le mérite d'obliger tant les parties que le juge français à discuter de cas concret et donc d'évaluer l'opportunité de l'ouverture de l'action en (in)compétence de façon bien plus éclairée. En revanche, il n'y a ici pas de raison de limiter l'ouverture de l'action aux demandes se prévalant d'une décision de *forum non conveniens*. Il pourrait tout autant s'agir, par exemple, d'une décision de sursis à statuer ou une décision intermédiaire qui attende justement la réponse du juge français<sup>1869</sup>. De même, il

---

<sup>1866</sup> BORN et RUTLEDGE, p. 447s. *Adde.*, D. FIGUEROA, Conflicts of jurisdiction between the United States and Latin America in the Context of *Forum non conveniens* Dismissals, 37 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 119; W. HEISER, *Forum non conveniens* and Retaliatory Legislation: The Impact on the Available Alternative Forum Inquiry and on the Desirability of *Forum non conveniens* as a Defense Tactic, 56 U. Kan. L. Rev. 609; J. SAMUELS, When is an Alternative Forum Available? Rethinking the *Forum non conveniens* Analysis, 85 Ind. L.J. 1059 (2010).

<sup>1867</sup> D. FIGUEROA, p. 156s.

<sup>1868</sup> G. BORN et P. RUTLEDGE, *International civil litigation in United States Courts*, 5<sup>th</sup> éd., Wolters Kluwer 2011, p. 447s.

<sup>1869</sup> M. le professeur G. CUNIBERTI a par ailleurs proposé il y a quelques années d'accepter l'action déclaratoire en compétence qui permettrait au juge français, en déclarant liminairement sa compétence, de s'opposer à la mise en œuvre d'autres procédures, par exemple par l'effet des règles de litispendance du système de Bruxelles (G. CUNIBERTI, « Action déclaratoire et droit judiciaire européen », *JDI* 2004, p. 77). Il note en effet que la compétence devant être étudiée *in limine litis*, elle devrait être examinée avant même la question de la recevabilité de l'action (Pour le développement d'armes procédurales à même de défendre la compétence des juridictions françaises, v. aussi D. COHEN, « contentieux d'affaire et abus de *forum shopping* », *D.* 2010, p. 975). Une telle tactique, toutefois, ne saurait trouver à s'épanouir sans difficulté.

D'une part, la compétence d'un juge français pourrait bien sûr être établie si les règles de compétence applicable s'y prêtent. Cette décision n'aurait toutefois qu'une valeur propre à la règle de compétence appliquée. Dès lors, le jeu des compétences alternatives persisterait tant que le litige au fond ne serait pas vidé et permettrait de saisir un autre juge potentiellement compétent sur ce fondement. D'autre part, le litige n'en serait pas plus vidé au fond par une déclaration en irrecevabilité pour absence d'intérêt né et actuel. Si en effet l'objet du litige (considéré comme l'ensemble des moyens en demande et en défense) serait suffisamment proche pour créer une situation de litispendance avec un juge étranger saisi en second (Pour en rester avec l'exemple européen, la jurisprudence *Guben Maschnefabrik* l'interprète comme la situation dans laquelle les décisions envisagées...), il n'est rien moins que certain que la décision d'irrecevabilité de l'action



n'est pas forcément nécessaire d'envisager la seule action en incompetence. On peut tout à fait imaginer qu'un défendeur français à l'étranger ait intérêt à ce que le juge français se déclare compétent pour obtenir, *a contrario* de la situation précédente, une décision de *forum non conveniens*.

**829. Troisième condition : participer à lever un blocage.** En matière d'action en incompetence, la dernière étape ne devrait pas soulever trop de question. Il ne saurait y avoir intérêt à agir en incompetence (ou en compétence) dès lors que la décision du juge français ne modifierait rien à la situation à l'étranger. À titre d'exemple, cette action se justifierait dès lors que le juge étranger aurait effectivement conditionné sa décision de *forum non conveniens* à la compétence française. En revanche, une décision d'incompétence étrangère non conditionnée ne devrait pas le permettre. Si le juge français ne peut rien modifier à la situation procédurale à l'étranger, il n'y a aucun intérêt, au sens public comme privé du terme, à ouvrir l'action en justice.

**830. Remarque sur le chef de compétence pour déni de justice.** À ce sujet, une remarque de logique s'impose : il ne faudrait à aucun moment prendre en compte le fait que l'ordre juridique requis, comme dans celui du juge à l'origine de l'entrave, ouvre exceptionnellement au demandeur un chef de compétence lorsque ce dernier ne dispose d'aucun autre recours. Prendre en compte le déni de justice aboutirait en effet à la constatation systématique de la compétence française, si ce n'est même de la compétence étrangère. Cependant, sauf à ce que le juge étranger ait rendu une décision particulièrement aberrante qui ferme définitivement l'accès à ce for, le besoin de ce chef de compétence ne devrait en réalité jamais se produire. Par ailleurs, le déni de justice ne se justifie que pour la raison de l'incertitude inhérente à l'organisation unilatérale, aveugle, des règles de compétence ordinaires des États. Dès l'instant où l'on organise un dialogue aussi concret entre leurs juridictions un tel chef de compétence n'a plus sa raison d'être.

C'est ainsi que l'on peut comprendre la condition posée par la Cour de cassation dans l'arrêt *West Caribbean*. Cette dernière énonce en effet dans son dispositif qu'elle « déclare l'indisponibilité actuelle du for français »<sup>1870</sup>. Le caractère

---

déclaratoire du responsable allégué empêche l'ouverture d'un second procès par la victime : l'autorité de chose jugée allouée à la décision d'irrecevabilité de la demande de la première de ces parties ne sauraient jouer sur l'action de la seconde.

Plus généralement, une action déclaratoire de compétence ne serait pas très opportune. Si la jurisprudence française et même certains textes semblent développer une certaine ouverture à de telles actions, on a pu montrer que c'était pour protéger le demandeur contre de graves incertitudes particulièrement préjudiciables (v. les références citées *supra*). La compétence, en ce qu'elles ne touchent pas directement aux droits subjectifs, ne semblent pas pouvoir relever d'une telle catégorie. Si urgence il devait y avoir, ce ne pourrait vraisemblablement être que par rapport à une situation au fond qui justifierait elle-même de connaître le tribunal et c'est donc par rapport à cette dernière qu'il faudrait s'interroger, par rapport à la compétence.

<sup>1870</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 déc. 2011, *West Caribbean Airways*, *JDI* 2012, p. 1384, note S. Clavel ; *RCDIP* 2012, p. 138, Rapp. Maitrepierre ; *D.* 2012, p. 254, obs. X. Delpech et note Ph. Delebecque et p. 1237, obs. F. Jault-Seseke et 1439, note H. Kenfack ; *JCP G* 2012, p. 414, note 264 par L. d'Avout ; *RTDCiv.* 2012, p. 367, note Ph. Théry ; *RDC* 2012, p. 957, note A. Lapart et O. DUBOS, « Juridictions américaines et juridictions françaises face à l'article 33 de la Convention de Montréal : un dialogue de sourd ? », *JDI* 2012, p. 1281.

provisoire qui semble résulter de cette décision résulte de la nécessité, pour la Cour de cassation, de conditionner à son tour sa décision à la réponse des cours américaines. Comme ces dernières, la Cour est contrainte, dans son « dialogue » transatlantique, de rendre une décision, c'est-à-dire de statuer en tranchant sur l'interprétation de l'article 33 de la Convention de Montréal qu'elle détermine unilatéralement. Toutefois, l'effet de sa décision était hasardeux. La suite de l'affaire l'a prouvé : quel sera en effet la solution juridictionnelle pour les parties s'il devait être confirmé que les juridictions américaines persistent dans leur refus d'être saisies ? Les juridictions françaises ne disposeraient plus d'aucun chef de compétence à même de justifier leur saisine, puisque l'interprétation officielle qu'en a donné la Cour les en prive au bénéfice des juridictions américaines. Il faut donc laisser accès, dans tous les cas, au chef de compétence tiré du déni de justice, et l'évincer réciproquement de l'analyse de la compétence au moment de la mise en œuvre d'une telle action<sup>1871</sup>.

**831. Refus de la condition supplémentaire de reconnaissance potentielle de la future décision.** On pourrait enfin considérer nécessaire d'envisager la décision étrangère à venir comme on le fait en matière de litispendance. On pourrait en effet arguer qu'il ne servirait à rien que le juge français se dessaisisse si les parties ne pouvaient ensuite se prévaloir de la décision étrangère à venir. Dans la mesure où cette action permettrait au juge français de se reconnaître incompétent pour permettre au demandeur de saisir une juridiction étrangère, la condition d'évaluation du jugement à venir de cette dernière juridiction pourrait avoir sa place<sup>1872</sup>. Cependant, un argument de poids milite dans le sens contraire : il paraît bien peu raisonnable de demander au juge une vérification beaucoup plus approfondie de l'intérêt à agir du demandeur que du bien-fondé de son action. Une telle condition exigerait en effet du demandeur d'exposer les éléments de faits et de droit qu'il développera au soutien de sa prétention devant le juge étranger, et d'évaluer l'éventuelle décision que ce juge étranger pourrait en tirer. L'exercice serait en outre bien inutilement complexe : l'affirmation unilatérale de l'incompétence française n'a rien à voir, sauf rares exceptions de compétence exclusive (mais alors pourquoi cette action ?) avec la reconnaissance du jugement étranger. La différence de l'action et du fond est ici manifeste et cette condition ne devrait pas être opposée au demandeur à une telle action<sup>1873</sup>.

**832. Qualité à agir.** Une fois ces différents éléments posés, il faut revenir brièvement sur la qualité à agir. Faudrait-il étendre ou restreindre les types de demandeurs à cette action ? La réponse dépendra surtout, semble-t-il, de la bonne qualification de l'intérêt à agir. Il est difficile d'envisager une situation dans laquelle une personne intéressée à agir au sens proposé précédemment *ne devrait pas* avoir accès au juge français pour le voir déclarer son incompétence. Ainsi, il n'est pas nécessaire que ce

---

<sup>1871</sup> Sans compter, bien sûr, qu'il serait nécessaire de démontrer l'indisponibilité d'autres fors, comme les fors égyptiens dans l'arrêt *Flash Airlines*, pourtant sûrement compétents, et vénézuéliens dans *West Caribbean*, dont on peut encore douter de la fermeture.

<sup>1872</sup> V. aussi, pour l'action en inopposabilité anticipée, M. AUDIT et M.-L. NIBOYET, *op. cit.*, n° 27.

<sup>1873</sup> Comp., pour la proposition d'action déclaratoire en inopposabilité du jugement étranger, M. AUDIT et M.-L. NIBOYET, *Gaz. Pal.* 29 mai 2010, p. 11.

soient le ou les demandeurs à l'action dans un pays tiers qui agissent. Le défendeur à l'action peut avoir un intérêt à voir le juge français se déclarer compétent.

Une autre question est de savoir s'il faudrait élargir le champ des demandeurs potentiels au-delà de ceux disposant d'un intérêt à agir, en particulier ceux n'étant pas partie à la procédure étrangère. On pense par exemple aux tiers intervenants et aux *amici curiae* de la procédure étrangère, aux associations ou groupements protecteurs d'intérêts particuliers et surtout au ministère public. Il semble toutefois difficile d'ouvrir la voie d'une action à ce dernier du moins, celle-ci étant limitée, en principe, aux cas d'atteinte à l'ordre public<sup>1874</sup>. Quant aux syndicats, associations et autres groupements qui pourraient être intéressés, au fond, au litige considéré, l'attribution de la qualité à agir en compétence ou incompétence leur permettrait de plaider pour le « rapatriement » de certains contentieux en France. Dans la mesure où l'on a fait de l'intérêt à agir *au fond* un des éléments de l'intérêt à agir *en (in)compétence*, il serait logique, réciproquement, qu'un intérêt à participer à un procès puisse justifier d'un intérêt à agir sur la compétence. En revanche, puisqu'il s'agit d'un intérêt général, non individualisé, on voit mal comment celui-ci pourrait ouvrir une action en compétence ou en incompétence, qui aurait pour but d'empêcher que le débat ait lieu en France.

833. **Conclusion.** Quoi qu'il en soit, quant à la qualité comme quant à l'intérêt à agir, il n'y a pas lieu de fermer quelque porte que ce soit. Seule la pratique permettrait vraiment de déterminer avec précision les conditions d'ouverture du type d'action envisagé.

---

<sup>1874</sup> Art. 423 C.P.C. : « *En dehors de ces cas, [le ministère public] peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci* ». En revanche, sa participation comme partie jointe sera souvent utile, en particulier pour définir les conditions de recevabilité de l'action (Art. 424 C.P.C. « *Le ministère public est partie jointe lorsqu'il intervient pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a communication* ».)

## HUITIEME CONCLUSION : PROPOSITIONS DE THESE

834. Ce dernier titre a été l'occasion de mettre à l'épreuve les systèmes de compétence, en particulier les systèmes transnationaux, pour voir ce que leur mise en œuvre pouvait apporter à la compétence. On a ainsi pu développer différentes conséquences, d'analyse et de méthode. La multiplicité de ces innovations potentielles pourrait cependant perdre le lecteur. On les rassemblera donc ici sous la forme de quelques propositions normatives.

a. Règle spéciale *ad hoc*.

*Si, d'après les règles de compétence territoriale interne, il n'existe pas en France de tribunal spécialement compétent pour connaître d'un litige attribué à l'ordre juridictionnel français, le demandeur peut valablement saisir le tribunal qu'il choisit en raison d'une extension à l'ordre interne du rattachement de la règle de compétence générale, à défaut d'un lien de rattachement pertinent de l'instance au territoire français ou, très subsidiairement, selon les exigences d'une bonne administration de la justice en fonction des parties et du litige.*

b. Interprétation des règles uniformes

*Dans l'interprétation des règles uniformes de compétence, le juge a l'obligation de tenir compte des jurisprudences étrangères.*

*Dans l'application des règles uniformes de compétence, les questions préalables doivent être résolues par application de la loi compétente au titre de la règle de conflit de lois pertinente.*

c. Désignation du juge compétent par les parties  
(article 75 C.P.C. modifié)

*Article 75 : S'il est prétendu que la juridiction saisie est incompétente, la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée dès lors que la règle de compétence applicable s'impose au juge ainsi désigné.*

d. Désignation du juge compétent par le juge saisi  
(articles 96 et 97 C.P.C. modifiés)

*Article 96 : Lorsque le juge estime que l'affaire ne relève pas de la compétence d'une juridiction qu'il saurait désigner, qu'il s'agisse d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir.*

*Dans tous les autres cas, le juge qui se déclare incompétent désigne la juridiction compétente aux regards des règles applicables dans l'ordre juridique français, y compris lorsqu'elle est étrangère.*

*Article 97, alinéa 5 : Lorsque le renvoi est fait à une juridiction étrangère, les alinéas 1 à 4 sont sans effet.*

e. Reconnaissance des décisions d'incompétence étrangère

*Les décisions d'incompétence rendues par un juge étranger sur le fondement d'une règle uniforme de compétence peuvent être reconnues en France. Le juge saisi est alors lié tant par l'incompétence du juge d'origine que par l'éventuelle désignation du juge compétent.*

*L'autorité d'un tel jugement n'est pas soumise aux considérations de forme de l'article 480 du Code de procédure civile.*

f. Conflits de règles de compétence

*A défaut d'articulation expresse, la règle de compétence applicable est celle dont le champ d'application est le plus précis, en ce compris celui du système dont elle dépend.*

*Le juge incompétent selon le système applicable doit s'interroger sur la nature de ce système. Si ce dernier présente des règles d'effet attributif, il doit désigner le juge compétent, et à défaut rechercher sa compétence sur le fondement d'un système subsidiairement applicable. Dans le cas contraire, il doit seulement rechercher le juge compétent.*

*Dans le silence des textes, le régime de la compétence est régi par le droit national. Ce dernier ne peut toutefois porter atteinte à l'effet utile des règles uniformes.*

*Dans le silence des textes, le régime des conventions de juridiction est régi par renvoi à la loi nationale applicable comme en matière de question préalable.*

g. Prise en compte d'une revendication de compétence étrangère

*L'action qui vise à obtenir une décision dont l'exécution nécessite qu'elle soit reconnue à l'étranger n'est ouverte que si et dans la mesure où l'État étranger ne revendique pas unilatéralement sa compétence exclusive, en ce compris celle de ses tribunaux comme de ses agents publics.*

h. Action en (in)compétence

*L'action qui vise à obtenir, par voie principale, une décision du juge français sur sa compétence est ouverte au demandeur qui justifie d'un intérêt. Cet intérêt doit s'apprécier au regard d'un blocage subi par le demandeur à l'étranger du fait d'une incertitude sur la compétence ou l'incompétence du juge français.*



## CONCLUSION GENERALE

---

835. **La compétence comme organisation de la concurrence juridictionnelle internationale.** La compétence internationale est intrinsèquement liée à la concurrence internationale des juridictions, celle qu'elle résout entre les juridictions nationales, celle qu'elle organise *ab initio* avec certaines juridictions internationales, comme celle dont elle permet même le développement avec l'arbitrage. Le droit de la compétence internationale est ainsi, fondamentalement, la première des organisations de la justice internationale de droit privé économique. Sous cet aspect, c'est cependant une organisation complexe, en ce sens qu'elle prend plusieurs formes et plusieurs voies. Les règles de compétence *stricto sensu*, règles de rattachement, ne sont en effet pas les seules à pouvoir résoudre le problème du choix de la juridiction. Si ces règles sont au cœur de sa résolution, les règles substantielles ayant trait à la validité et à la portée des conventions de juridictions, élection de for et arbitrage, participent également à la résolution de cette concurrence. Par ailleurs, plus subtilement, certaines règles de procédure en intervenant soit sur la règle de rattachement, soit même sur l'action des parties, permettent aussi de prendre en compte cette concurrence.
836. **Une organisation émancipée de l'État.** Il faut au demeurant abandonner la conception publiciste héritée d'Etienne BARTIN. Si l'État est toujours nécessairement présent dans le problème même de la concurrence internationale des juridictions, ne serait-ce que par son organisation unilatérale, il a délaissé une part importante de son autonomie pour se consacrer au développement d'une organisation internationale de la justice, par conventions internationales, par participation à des organisations régionales (au premier rang desquelles l'Union européenne), ou même en laissant plus de place à cette justice particulière qu'est l'arbitrage international.
837. **Une organisation éclatée en systèmes de droits spéciaux.** Chacune de ces participations a donné lieu à la création de nouveaux réseaux juridictionnels par le biais de règles de compétence, certains qui incluent même de nouvelles juridictions internationales. On a proposé de les appeler « systèmes de compétence », parce qu'ils développent chacun un droit spécial de la compétence. Ils trouvent néanmoins leur identité dans une fonction commune : réaliser une répartition des affaires entre les juridictions concernées, de manière que ce qui pourrait être l'occasion de choix anarchiques se transforme en une véritable organisation.
838. **Transnationalité et normalisation de la compétence.** Réglementée unilatéralement par l'État, la compétence internationale est donc tronquée ; réglementée dans le cadre d'un système de source internationale, la compétence internationale retrouve une certaine normalité. Paradoxalement, l'internationalisation de ses sources rapproche ainsi la compétence internationale de la compétence interne : l'une comme l'autre gomme les frontières internes aux systèmes qui les établissent. Dans une certaine mesure, les frontières cloisonnant

les Etats participant aux systèmes internationaux ne devraient donc plus être perçues comme telles. Les juges dont l'activité est articulée par ces règles de compétence sont en effet placés dans des rapports de compétence directs, comme ils le sont en droit interne. La transnationalité qui sous-tend ces systèmes, c'est-à-dire la minimisation de l'effet du phénomène de la frontière, commence d'ailleurs à être reconnue directement par la jurisprudence qui exige, par exemple, la reconnaissance des décisions étrangères d'incompétence. La logique intégrative poursuivie par le législateur et l'exécutif français dans la création de systèmes transnationaux de compétence est ainsi prolongée par l'interprète de ces systèmes. La raison finale est pragmatique : le contentieux sur la compétence internationale peut, au sein de ces systèmes, être purgé dès la première instance.

**839. Les limites des systèmes : le retour au fonctionnement unilatéral.** Ces systèmes toutefois, ne lient jamais qu'un certain nombre d'États, et souvent pour des matières particulières. Ils ne sauraient constituer une législation globale de la compétence. Comme tout ensemble de normes, il faut donc les replacer dans leur champ d'application, et ne pas en faire une lecture trop expansive. Ce sont des instruments négociés, qui ne réglementent pas au-delà de ce qui a été accepté. Si la logique de l'intégration implique de donner le meilleur effet à leurs normes, elle n'implique pas de faire produire effet à leur norme au-delà de ce champ.

**840. L'ouverture des systèmes : les possibilités de coopération transnationale.** Nous n'en sommes peut-être encore, toutefois, qu'au début du mouvement d'internationalisation de la compétence<sup>1875</sup>. Les signes se multiplient qui montrent à quel point la tendance est forte. Pour ne pas reproduire avec les systèmes internationaux de compétence ce que la théorie classique avait été amenée à défendre avec l'État, il est important de les ouvrir à la prise en considération des autres réglementations de compétence, celles d'État ou de groupes d'État tiers. Les quelques propositions évoquées aux pages précédentes démontrent que l'on peut aujourd'hui répondre à cet enjeu par l'emploi souple et concret de règles de procédure. Sans rien changer au droit positif, il est ainsi possible de pratiquer un *forum non conveniens* restrictif, mais adapté aux conceptions de notre droit et il n'en faudrait pas beaucoup, non plus, pour admettre le principe de l'action permettant d'interroger le juge sur sa compétence.

**841. Les silences de la thèse : la globalisation des procédures.** Arrivé au terme de cette recherche, le lecteur pourra cependant être frustré qu'elle ne réponde pas à d'autres interrogations. D'une part, la logique privatiste de la compétence internationale n'a pas été poussée jusqu'à son terme. Le lecteur n'aura pas trouvé dans ses lignes la possibilité de prise en compte d'une « meilleure » compétence étrangère par exemple, mais seulement celle de la compétence exclusive de l'ordre juridique de référence, offrant un mécanisme procédural à l'effet réflexe proposé par Georges Droz et à l'exception prévue par l'arrêt *Nagalingampoulé* puis l'arrêt *Weiss*. Il n'y aura pas trouvé non plus de proposition de mécanisme procédural

---

<sup>1875</sup> Sur l'intégration progressive du droit judiciaire international, v. E. JEULAND, « La théorie relationniste du droit à l'épreuve de la mondialisation de la justice civile », *La science du droit dans la globalisation*, J.-Y. CHEROT et B. FRYDMAN (dir.), Bruylant 2012, p. 229.



pour une communication plus informelle, plus souple entre les juridictions. Cela fera peut être l'objet d'autres travaux<sup>1876</sup>. On n'aurait pu, en tous les cas, en discuter ici : ces propositions ne relèvent pas seulement de l'internationalisation de la compétence, mais aussi d'une altération de l'office du juge dans le concert des juridictions. Elles ne nous paraissent pas se déduire de l'évolution du droit positif, qui n'offre pas encore cette perspective universaliste dans laquelle le juge serait l'acteur indépendant d'un monde juridique pluraliste et ordonné<sup>1877</sup>. Peut-être seront-elles réalisables ; à terme, toutefois.

**842. Les silences de la thèse : concurrence internationale et fonction politique de la justice.** À l'inverse, le lecteur pourra être saisi, d'autre part, par l'impression de « perte de contrôle » qui se dégage de cette internationalisation<sup>1878</sup>. L'État ne semble plus maître de ses propres juridictions et son rôle de censeur, s'il se réalise par ses choix de participations à des systèmes de compétence, peut paraître bien mince face aux contraintes internationales et européennes qui l'ont imposé. Les importantes conséquences induites par cette évolution – et que la jurisprudence plus que la doctrine a déjà commencé d'assimiler – pourraient renforcer ces appréhensions. Il est vrai que les juges étatiques ont aussi pour rôle de participer à l'équilibre des pouvoirs et sont les garants des libertés individuelles, en France du moins. Ce rôle politique, toutefois, ne saurait être globalement altéré par la détermination des hypothèses d'intervention dans les affaires internationales. L'État est encore toujours à la source de l'investiture des tribunaux et de la réglementation de leur activité dans la majorité des hypothèses : les affaires purement internes. Quant au lien parfois relevé du juge avec l'organisation politique – démocratique – qui l'a investie, il ne saurait non plus être mis en cause par l'internationalisation de la compétence<sup>1879</sup>.

**843. Une prise de conscience nécessaire.** Une autre inquiétude, toutefois, sous-tend l'ensemble de ces recherches : celle de l'aveuglement. La participation à ces systèmes internationaux de compétence, à ces solutions transnationales, est presque toujours intervenue pour conforter un certain libéralisme à l'endroit de la

---

<sup>1876</sup> V. déjà, pour la première question de l'affinement des rattachements des règles de compétence internationale, et à la prise en compte plus générale de la compétence des juridictions tierces chez L. USUNIER, *la régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica 2008. Pour une proposition de coordination, v. par exemple, M.-L. NIBOYET, « La globalisation du procès civil international », *JDI* 2006, p. 937

<sup>1877</sup> M. DELMAS-MARTY, *Un pluralisme ordonné*, Seuil 2006.

<sup>1878</sup> V. notamment les critiques de V. HEUZE, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice », *JCP* 2011, I, 358 et 397 et plus largement, du même auteur, *Dictionnaire Joly Pratique des contrats internationaux*, tome 2 Livre IX, « Conflits de juridictions et contrats internationaux », spéc. p. 17 et 26.

<sup>1879</sup> On pourra d'ailleurs relever que si le lien est juridiquement intrinsèque, il est parfois nécessaire que le juge s'en détache pour écarter certaines dérives que la démocratie peut engendrer, L. HEUSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz 2002, spéc. p. 573s. ; J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, Montchrestien 1992. C'est d'ailleurs aussi sous cet angle que le Conseil de l'Europe aborde le problème v. son Rapport, *Le rôle du pouvoir judiciaire dans un Etat de droit*, Ed. du Conseil de l'Europe, 1996. V. aussi le colloque de Limoges du 21-22 novembre 2002 des entretiens d'Aguesseau, *Justice et Démocratie*, S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), Pulim 2003, spéc. le rapport introductif de S. GABORIAU, « L'enjeu démocratique de la Justice », p. 19. La *Rule of law*, d'ailleurs, postule plutôt un droit hors l'Etat où le juge ne saurait être un simple fonctionnaire. F. HAYEK, *La Constitution de la liberté*, Litec 1994, défend ainsi dans la pensée libérale l'idée que le pouvoir issu du peuple doit lui-même être contrôlé.

réglementation du commerce international. L'idée n'est pas seulement dans l'arbitrage international, mais aussi dans toute la réglementation internationale de la concurrence internationale des juridictions, dont l'esprit est très largement privatiste ; les intérêts des États sont très souvent absents de la formulation des rattachements, et le penchant civiliste à considérer la désignation qu'ils entraînent comme obligatoire accentue cette tendance. Or ce choix libéral, s'il est assumé, n'est certainement pas entièrement compris : il implique souvent de laisser d'autres juridictions que des juridictions nationales se saisir de problème de régulation ou de réglementation qui auraient pourtant un intérêt important pour le droit français. Il y a d'une part, l'effet pernicieux de la possibilité pour les justiciables d'échapper à certaines réglementations impératives. On peut alors s'interroger sur l'opportunité de légiférer pour encadrer certaines pratiques, alors que les personnes visées en premier lieu par ces législations pourront en éviter les effets le plus légalement du monde. Mais ce risque, souvent évoqué<sup>1880</sup>, n'est pas le seul pour le droit français. Il y a d'autre part celui, plus vaporeux mais pourtant très important, d'appauvrir ce droit. La force du droit français, et l'une des raisons de son rayonnement international, a été la valeur de ses jurisprudences et de ses jurisconsultes. La France est sans doute depuis longtemps saisie par « la passion du droit »<sup>1881</sup>. Mais cette passion ne peut que s'émousser, et la valeur de son droit s'éroder, si juge et doctrine ne sont pas confrontés aux problèmes juridiques contemporains. Droit des dommages de masse, droit financier, droit des transports internationaux, de la bioéthique et des nouvelles technologies sont autant d'enjeux pour l'affinement et, en définitive, l'utilité même du droit français. Les moyens et les incitations à la fuite vers des juridictions plus favorables sont alors autant d'occasions perdues. Ces moyens pourtant, l'État français les a développés, point par point, texte par texte, sans que l'on ait jusqu'ici mesuré combien, à force d'exceptions, la porte s'était ouverte. Il serait utile d'en prendre au moins conscience.

\* \* \*

---

<sup>1880</sup> V. entre autres R. WAI, *Transnational Lift-Off and Juridical Touchdown : The Regulatory Function of Private International Law in a Global Age*, 40 *Colum. J. Transnat'l L.* 209 (2002) ; L. RADICATI di BROZZOLO, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *RCDIP* 2003, p. 1 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, « L'impérativité désactivée », *RCDIP* 2009, p. 1. *Adde.* H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI* 2005, p. 27, spéc. p. 140s. Pour quelques remarques supplémentaires sur l'intérêt juridique de l'Etat, v. *supra* n° 383.

<sup>1881</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion 2006.

## Bibliographie

---

Les liens internet proposés ont été vérifié au 1<sup>er</sup> sept. 2013. Seules les sources les plus importantes de la recherche ont été ici reportées.

### OUVRAGES GENERAUX : TRAITES ET MANUELS

- ARMINJON (P.)**, *Précis de droit international privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz 1927.
- ANCEL (B.)** et **LEQUETTE (Y.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2006.
- AUDIT (B.)** et **d'AVOUT (L.)**, *Droit international privé*, 7<sup>ème</sup> éd., Economica 2013.
- BARTIN (E.)**, *Principes de droit international privé*, t. I, Domat-Montchrestien, 1930.  
- *Aubry et Rau, Leçons de droit civil*, 6<sup>ème</sup> éd., 10 vol., Marchal et Billard 1935-1958
- BATIFFOL (H.)** et **LAGARDE (P.)**, *Droit international privé*, 2 vol. LGDJ, t. 1, 8<sup>ème</sup> éd. 1993, t. II, 7<sup>ème</sup> éd., 1983.
- BEGUIN (J.)** et **MENJUCQ (M.)**, *Droit du commerce international*, Lexisnexis 2005.
- BORN (G.)** et **RUTLEDGE (P.)**, *International civil litigation in United States Courts*, 5<sup>th</sup> ed., Wolters Kluwer 2011.
- BLUMANN (C.)** et **DUBOUIS (L.)**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5<sup>ème</sup> éd., Litec 2013.
- BRIGGS (A.)**, **REES (P.)**, *Civil jurisdiction and judgments*, 5<sup>th</sup> ed., Informa 2009.
- BROCHER (Ch.)**, *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, Paris-Genève 1885.
- BUREAU (D.)** et **MUIR-WATT (H.)**, *Droit international privé*, 2<sup>ème</sup> éd. PUF, 2010.
- CADIET (L.)** et **JEULAND (E.)**, *Droit judiciaire privé*, 8<sup>ème</sup> éd., Litec 2013.
- CADIET (L.)**, **NORMAND (J.)** et **AMRANI-MEKKI (S.)**, *Théorie générale du procès*, 2<sup>ème</sup> éd. PUF 2013.
- CHAPUS (R.)**, *Droit administratif général*, t. 1, 15<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2001.
- CLAVEL (S.)**, *Droit international privé*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2012.
- COMBACAU (J.)** et **SUR (S.)**, *Droit international public*, Montchrestien 10<sup>ème</sup> éd., 2012.
- CORNU (G.)** et **FOYER (J.)**, *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> éd., PUF 1996.
- COURREGES (A.)** et **DAËL (S.)**, *Contentieux administratif*, 4<sup>ème</sup> éd., PUF 2013.
- CROZE (H.)**, **MOREL (Ch.)** et **FRADIN (O.)**, *Procédure civile*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec 2008.
- CUNIBERTI (G.)**, **NORMAND (C.)**, **CORNETTE (F.)**, *Droit international de l'exécution*, LGDJ, 2011.
- DAILLIER (P.)**, **FORTEAU (M.)** et **PELLET (A.)**, *Droit international public*, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ 2009.
- DESPAGNET (F.)**, *Précis de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> éd. par Ch. DE BOECK, Paris 1886.
- FAVOREU (L.)**, **GAÏA (P.)**, **GHEVONTIAN (R.)**, **MESTRE (J.-L.)**, **PFERSMANN (O.)**, **ROUX (A.)** et **SCOFFONI (G.)**, *Droit constitutionnel*, 16<sup>ème</sup> éd. Dalloz 2013.
- FLETCHER (I.)**, *Insolvency in private international law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford Uni. Press, 2005.
- FÆLIX (J.)**, *Traité du droit international privé*, Paris 1840.
- FOUCHARD (Ph.)**, **GAILLARD (E.)**, **GOLDMAN (B.)**, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.
- GARSONNET (E.)** et **CEZAR-BRU (Ch.)**, *Traité Théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3<sup>ème</sup> éd., t. VIII, Sirey 1925.
- GAUDEMET (J.)**, *Les institutions de l'Antiquité*, 7<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2003.
- GAUDEMET-TALLON (H.)**, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ 2010, 4<sup>ème</sup> éd., n°182s.
- GLASSON (E.)** et **TISSIER (A.)**, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Sirey, 3<sup>ème</sup> éd. 1925.
- GOHIN (O.)**, *Contentieux administratif*, 7<sup>ème</sup> éd., Litec 2012.

- GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.)**, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31<sup>ème</sup> éd., 2012.
- GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), DELICOSTOPOULOS (C.), DELICOSTOPOULOS (I.), DOUCHY-LOUDOT (M.), FERRAND (F.), LAGARDE (X.), MAGNIER (V.), RUIZ-FABRI (H.), SINOPOLI (L.) et SOREL (J.-M.)** *Droit processuel*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2013.
- HERON (J.) et LE BARS (Th.)**, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2012.
- HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et GEOUFFRE de LA PRADELLE (G.)**, *Droit international privé*, Masson 1987.
- ISAMBERT (F.-A.), DECRUSY, JOURDAN (A.)**, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Lib. Plon frères, 1822-1827.
- JEULAND (E.)**, *Droit processuel général*, 2<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2012.
- de JUGLART (M.), du PONTAVICE (E.) et MILLE (G.)**, *Traité de droit aérien*, LGDJ 1989.
- KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, LGDJ 1999.
- LAINÉ (A.)**, *Introduction au droit international privé*, t. I, Paris 1888.
- LEQUETTE (Y.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2007.
- P. LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.)**, *Précis de droit international privé*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz 1947.
- LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et de VAREILLES-SOMMIERES (P.)**, *Droit international privé*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2013.
- MAGNUS (U.) et MANKOWSKI (P.)** (eds.), *Brussels I Regulation*, 2<sup>nd</sup> ed., Sellier ELP. 2012.
- MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.)**, *Analyse économique du droit*, Dalloz 2008.
- MAYER (P.)**, *Droit international privé*, 1<sup>ère</sup> éd., Montchrestien 1977.
- MAYER (P.) et HEUZE (V.)**, *Droit international privé*, 10<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2010.
- MOREL (R.)**, *Traité élémentaire de Procédure civile*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1949.
- NIBOYET (J.-P.)**, *Traité de droit international privé français*, Sirey, 8 tomes, 1938-1950, spécialement les tomes I (1938) et VI (1948).
- NIBOYET (J.-P.)**, *Manuel de droit international privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey 1928.
- NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE de LA PRADELLE (G.)**, *Droit international privé*, 4<sup>ème</sup> éd. 2013.
- ODENT (R.)**, *Contentieux administratif*, t. I, Dalloz, réed. 2007.
- PEREZNIETO CASTRO (L.) et ALBERTO SILVA (J.)**, *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*, Oxford Uni. Press. 2000.
- PERROT (R.)**, *Droit judiciaire privé*, Les cours de droit, fasc. I, 1980.
- PERROT (R.)**, *Institutions judiciaires*, 15<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2012.
- PERROT (R.) et THERY (Ph.)**, *Procédures civiles d'exécution*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2005.
- POUDRET (J.-F.) et BESSON (S.)**, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ, Schulz, 2002.
- PRADEL (J.), COORSTENS (G.), VERMEULEN (G.)**, *Droit pénal européen*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2009.
- QUADRI (R.)**, *Lezioni di diritto internazionale privato* 5<sup>ème</sup> éd., Liguori Editore 1969.
- REVILLARD (M.)**, *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, 6<sup>ème</sup> éd., Lextenso 2010.
- RIGAUX (F.)**, *Droit international privé*, t. I, Larcier 1977.
- ROBERT (J.)**, *Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne*, Sirey 1937.
- ROCHFELD (J.)**, *Les grandes notions de droit privé*, PUF 2012.
- RODIERE (R.)**, *Droit des transports terrestres et aériens*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey 1977.
- ROUBIER (P.)**, *Théorie générale du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey 1951.
- SAVIGNY (F.C.)**, *Traité de droit romain*, t. VIII, trad. Ch. Guénoux, Paris 1860, réed. Ed. Panthéon-Assas, Avant-propos H. Synvet, 2002.
- SANTULLI (C.)**, *Droit du contentieux international*, 2<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2010.
- SCELLE (G.)**, *Précis de droit des gens*, Sirey, 1932, réimp. CNRS 1984.
- SCHREUER (Ch.), MALINTOPPI (L.), REINISCH (A.) et SINCLAIR (A.)**, *The ICSID Convention, a Commentary*, 2<sup>nd</sup> éd. Cambridge Uni. Press, 2009.
- SERAGLINI (Ch.) et ORTSCHIEDT (J.)**, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien 2013.
- SIMON-DEPITRE (M.)**, *Droit international privé*, Armand Colin, 1964.
- SOLUS (H.) et PERROT (R.)**, *Droit judiciaire privé*, 3 vol., Sirey 1961-1990, spéc. t. I, 1961 et t. II, 1973.
- SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ADRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.)**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 5<sup>ème</sup> éd., PUF 2009.
- SZASZY (I.)**, *International civil procedure, A comparative study*, Sijthoff Leyden, 1967.
- VIGNAL (T.)**, *Droit international privé*, Armand Colin 2005.
- VINCENT (J.)**, *Procédure civile*, 19<sup>ème</sup> éd., Dalloz 1977.
- WALINE (J.)**, *Droit administratif*, 24<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2012.
- WOLFF (M.)**, *Private international law*, Oxford Uni. Press 1945.

**OUVRAGES SPECIAUX : MONOGRAPHIES, THESES, OUVRAGES  
COLLECTIFS**

- AGNEW (J.)**, *Globalization and Sovereignty*, Rowman and Littlefield 2009.
- d'AMBRA (D.)**, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Préface G. Wiederkehr, LGDJ 1994.
- ARRUE-MONTENEGRO (C.)**, *L'autonomie de la volonté dans les conflits de juridictions*, Préface B. Ancel, LGDJ 2011.
- ATIAS (Ch.)**, *Epistémologie juridique*, Dalloz 2002.
- AUDIT (B.)**, *La fraude à la loi*, Dalloz 1974.
- AUDIT (M.)**, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Préface P. Mayer, LGDJ 2002.
- D'AVOUT (L.)**, *Sur les solutions du conflit de lois en matière de droit des biens*, Préface H. Synvet, Economica 2006.
- BADIE (B.)**, *Un monde sans souveraineté, les Etats entre ruse et responsabilité*, Fayard 1999.
- BARCELO (J.)** et **CLERMONT (K.)** (eds), *A Global Law of Jurisdiction and Judgments: Lessons from The Hague*, Kluwer Law International 2002.
- BATIFFOL (H.)**, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, rééd. Dalloz 2002, Présentation Y. Lequette.
- BAUER (H.)**, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils et allemands*, Dalloz 1965.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.)** (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica 2001.
- BENTHAM (J.)**, *An introduction to the principles of morals and legislation*, New York, 1789, rééd. Blackwell 1960, Introd. W. Harrison.
- *Of Laws in General*, 1782, rééd. par H.L.A. Hart, Univ. Of London/Athlone Press, 1970.
- BERGE (J.-S.)**, *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz 2013.
- BERGER (K.-P.)**, *International Economic Arbitration*, Kluwer 1993.
- BILLARANT (S.)**, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales, Réflexions sur la méthode conflictuelle*, Préface P. Lagarde, Dalloz 2004.
- BLERY (C.)**, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Sous la dir. J. Héron, Préface P. Mayer, LGDJ 2000.
- BOLARD (G.)**, *Essai sur l'application judiciaire du droit international privé*, Thèse Dijon, 1968.
- BODEN (D.)**, *L'ordre public : conditions et limites de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris I, 2002.
- BOLLEE (S.)**, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Préface P. Mayer, Economica 2004.
- BONNOT de CONDILLAC (E.)**, *Traité des systèmes*, La Haye, 1749.
- BORE (J.)** et **BORE (L.)**, *La cassation en matière civile*, Dalloz Action, 2003.
- BOUCARON-NARDETTO (N.)**, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Thèse Nice, 2011.
- BOUTIN (A.)**, *Les traités de paix et de commerce avec la Barbarie*, Pedone 1902.
- BREEN (E.)** (dir.), *Evaluer la justice*, PUF 2002.
- BRIERE (C.)**, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, Préface P. Courbe, LGDJ 2001.
- BRIGGS (A.)**, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, Oxford Uni. Press 2008.
- BROCHER (Ch.)**, *Commentaire pratique et théorique du traité franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements*, Genève 1879.
- BUCHER (A.)**, *Droit international privé suisse*, t. I/1, Helbing & Lichtenhahn 1998.
- BUREAU (D.)**, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse Paris II, 1992.
- CADIET (L.)**, **JEULAND (E.)**, **AMRANI-MEKKI (S.)** (dir.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, LexisNexis 2011.
- CAMPBELL (J.)**, *The lives of the Chief Justices of England*, Londres 1849.
- CARBONNIER (J.)**, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion 2006.
- CARRE de MALBERG (R.)**, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris 1920, rééd. Dalloz 2004.
- CHALAS (Ch.)**, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Préface H. Muir Watt, PUAM 2000.
- CHANTEBOUT (V.)**, *Le principe de non révision au fond des sentences arbitrales*, thèse Paris II, 2007.
- CHEVALLIER (B.)**, *La motivation des actes juridictionnels*, thèse Rennes, 1974.
- CHEVALLIER (J.)**, *L'Etat post-moderne*, 3<sup>ème</sup> éd. 2008
- *L'Etat de droit*, Montchrestien 1992.
- CHODKIEWICZ (C.)**, *L'urgence en matière de conflits de juridictions*, thèse Paris I, 2000.
- CLAVEL (S.)**, *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, thèse Paris I, 2001.
- CLAY (T.)**, *L'arbitre*, Dalloz 2001.

- COIN-DELISLE (J.)**, *De la jouissance et privation des droits civils*, Paris 1835.
- COIPEL-CORDONNIER (N.)**, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Préface M. Fallon, Avant-propos de P. Mayer, LGDJ 1999.
- CORBION (L.)**, *Le déni de justice en droit international privé*, Préface Y. Lequette, PUAM 2004.
- CORNU (G.)**, *Linguistique juridique*, 3<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2005.
- CORNUT (E.)**, *Théorie critique de la fraude à la loi, Etude de droit international privé de la famille*, Defrénois 2006.
- COSNARD (M.)**, *La soumission des Etats aux tribunaux internes*, Pedone 1996.
- CUNIBERTI (G.)**, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, Préface H. Muir Watt, LGDJ 2000.
- DANET (D.)**, *La nature juridictionnelle du Conseil de la concurrence*, thèse Rennes 1, 1990.
- DAVID (R.)**, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica 1982.
- DEBOURG (C.)**, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, Préface F.-X. Train, LGDJ 2012.
- DEDEURWAERDER (G.)**, *Théorie de l'interprétation et droit fiscal*, Préface G. Gest, Dalloz 2010.
- DELICOSTOPOULOS (C.)**, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droits français et communautaire, (contentieux de la concurrence et de la bourse)*, Préface S. Guinchard, Avant-propos A.-M. Slaughter, LGDJ 2002.
- DEZALAY (Y.) et GARTH (B.)**, *Dealing in virtue : International Commercial Arbitration and the Emergence of a New International Legal Order*, University of Chicago Press, 1996.
- DROZ (G.)**, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun (étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Dalloz 1972.
- DUBOS (O.)**, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz 2001.
- DUPIN (M.) et LABOULAYE (E.)**, *Institutes coutumières d'Antoine Loisel*, Paris 1846
- ELIAS (N.)**, *La dynamique de l'Occident*, Calmann Levy 1975.
- ESPINASSOUS (V.)**, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, Préface P. Mayer, LGDJ 2010.
- FABRIES-LECEA (E.)**, *Le règlement insolvabilité, Apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne*, Préface de Corinne Saint-Alary-Houin, Bruylant 2012.
- FALLON (M.), LAGARDE (P.) et POILLOT PERUZZETTO (S.) (dir.)**, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Peter Lang, 2011.
- FARJAT (G.)**, *L'ordre public économique*, LGDJ 1963.
- FERAUD-GIRAUD (L.-J.-D.)**, *De la juridiction française dans les échelles du Levant et de la Barbarie*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris 1871.
- FOHRER-DEDEURWARDER (E.)**, *La prise en considération des normes étrangères*, Préface B. Audit, LGDJ 2008.
- FOUCHARD (Ph.)**, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz 1965.
- FOYER (J.)**, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*, thèse Paris 1954.
- FRANDESCAKIS (P.)**, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes*, Sirey 1958.
- FRISON-ROCHE (M.-A.)**, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse Paris II 1988.
- FRYDMAN (B.)**, *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3<sup>ème</sup> éd., LGDJ Bruylant 2011.
- GAILLARD (E.)**, *La jurisprudence du CIRDI*, 2 vol., Pedone 2004 et 2010.
- *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff 2008.
  - *Le pouvoir en droit privé*, préface G. Cornu, Economica, 1985.
- GARAPON (A.) et PAPAPOPOULOS (I.)**, *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob 2003.
- de GARDEN (G.)**, *Histoire générale des Traités de paix et autres transactions principales entre toutes les puissances de l'Europe*, t. I, Amyot, Paris 1848, p. 185.
- GARNETT (R.)**, *Substance and procedure in private international law*, Oxford Uni. Press 2012.
- GARSONNET (E.) et CEZAR-BRU (Ch.)**, *Traité Théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3<sup>ème</sup> éd., t. VIII, Sirey 1925.
- GAUDEMET (J.)**, *Les institutions de l'Antiquité*, 7<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2003.
- GAUDEMET-TALLON (H.)**, *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil, Contribution à l'histoire de la compétence judiciaire internationale*, préface P.-Cl. Timbal, PUF 1964.
- *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz 1965.
- GAUTHIER (Ph.)**, *Symbola, Les étrangers et la justice dans les cités grecques, Annales de l'Est*, Nancy 1972.
- F. GENY**, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Sirey 1914.
- GIORGINI (G.C.)**, *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale*, Préface D. Vidal, Dalloz 2006.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.)**, *La motivation des décisions de justice*, thèse Poitiers, 1979.
- GOTHOT (P.) et HOLLEAUX (D.)**, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, éd. Jupiter 1985.
- GOYARD-FABRE (S.)**, *Jean Bodin et le droit de la République*, PUF 1989.
- *Pufendorf et le droit naturel*, PUF 1994
- GRISEL (F.)**, *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique*, Préface L. Cadet, LGDJ 2012.

## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

- GROTIUS (H.)**, *Le droit de la guerre et de la paix*, 1625, trad. P. Pradier-Fodéré (1827), rééd. D. Alland et S. Goyard-Fabre, PUF 1999.
- GUEZ (Ph.)**, *L'élection de for en droit international privé*, thèse Paris X-Nanterre, 2000.
- GUICHARD (J.)**, *Traité des droits civils*, Paris 1821.
- GUILLAUME (J.)**, *L'affaiblissement de l'Etat-nation et le droit international privé*, Préface C. Grare, LGDJ 2010.
- GUILLERMET (C.-J.)**, *La motivation des décisions de justice, La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan 2006.
- HAFTEL (B.)**, *La notion de matière contractuelle en droit international privé*, Thèse Paris II, 2008.
- HALPERIN (J.-L.)**, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF 1999.
- HART (H.L.A.)**, *Le concept de droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.
- HAYEK (F.)**, *La Constitution de la liberté*, Litec 1994.
- HENRY (A.)**, *La qualification en matière de conflit de juridiction*, Thèse Reims, 2005.
- HEUSCHLING (L.)**, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz 2002.
- HEUZE (V.)**, *La réglementation française des contrats internationaux*, Préface P. Lagarde, Joly Ed. 1990.
- HEYMANN (J.)**, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Préface H. Muir Watt, Economica 2010.
- HOBBS (Th.)**, *Le Léviathan*, Sirey, 3<sup>ème</sup> éd., 1983.
- HOLLEAUX (D.)**, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz 1970.
- HURT (P.)**, *Les hypothèses juridiques*, thèse Paris I, 2007.
- JARROSSON (Ch.)**, *La notion d'arbitrage*, Préface B. Oppetit, LGDJ 1987.
- JESSUP (Ph.)**, *Transnational law*, Yale University Press, 1956.
- KESSEDJIAN (C.)** (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, éd. Panthéon-Assas 2011
- KLEIN (F.-E.)**, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Helbing et Lichtenham, 1955.
- KOUO KIN YAO**, *La Chine et les capitulations*, Thèse Nancy 1938.
- KRYNEN (J.)**, *Idéal du prince et pouvoir royal à la fin du Moyen-Age*, Ed. Picard 1981.
- *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard 2009.
  - *L'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, Gallimard, 2010.
- LAZOUZI (M.)**, *Les contrats administratifs à caractère international*, Préface P. Mayer, Economica 2008.
- LAMBERT (F.)**, *La représentation diplomatique française en Russie dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle*, Thèse Ecole Nationale des Chartes, 2006.
- LE BOS (Y.-E.)**, *Renouveau de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Préface H. Muir Watt, Dalloz 2010.
- LEBIGRE (A.)**, *La justice du roi*, Albin Michel 1988.
- LEGAT (B.)**, *Code des étrangers*, Paris 1832.
- LEGRAND (P.)**, *Le droit comparé*, PUF 2011.
- LOPEZ de TEJADA (M.)**, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, Préface B. Ancel, LGDJ 2013.
- de LOYNES de FUMICHON (B.)**, *Recherches sur l'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, Thèse Paris II, 2002.
- LOWENFELD (A.)**, *International litigation and the quest for reasonableness*, Clarendon Press 1996.
- MAJOROS (F.)**, *Les conventions internationales en matière de droit privé, Abrégé théorique et traité pratique*, 2 t., Pedone 1976.
- MANCIAUX (S.)**, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, préface Ph. Kahn, Litec 2004.
- MANN (F.)**, *Interpretation in a national and international context*, UGA Publisher, Bruxelles, 1973.
- MARCHADIER (F.)**, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant 2007.
- MATHIEU-IZORCHE (M.-L.)**, *Le raisonnement juridique*, PUF 2001.
- MAYER (P.)**, *La distinction des règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz 1973.
- McBRYDE (W.), FLESSNER (A.) et KORTMANN (S.)** (edrs.), *Principles of European Insolvency Law*, Kluwer Legal Pub. 2003.
- McLACHLAN (C.)**, *Lis Pendens in International Litigation*, Martinus Nijhoff Pub. 2009.
- MELIN (F.)**, *Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, Bruylant 2008.
- MENURET (J.-J.)**, *Le contentieux du Conseil de la concurrence*, LGDJ-PUCF 2002.
- MORIN (E.)**, *La méthode*, t. 1., *La nature de la nature*, Seuil 1977.
- MOURALIS (M.D.)**, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, Thèse Aix-Marseille, 2008.
- MOISSINAC-MASSENAT (V.)**, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, Préface H. Muir Watt, LGDJ, 2007.
- MOTULSKY (H.)**, *Ecrits*, t. II, Dalloz 1974.
- *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey 1948, rééd. Dalloz 2002.
- MUIR WATT (H.)**, *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse Paris, 1985.

- NABET (P.)**, *La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire*, Litec 2010.
- NIBOYET-HOEGY (M.-L.)**, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Préface B. Goldman, Economica 1986.
- NIOCHE (M.)**, *La décision provisoire en droit international privé européen*, Bruylant 2012.
- NUYTS (A.)**, *L'exception de forum non conveniens. Etude de droit international privé comparé*, Bruylant-LGDJ 2003.
- OPPETIT (B.)**, *Théorie de l'arbitrage*, PUF 1998.
- OST (J.-F.)**, *Entre droit et non-droit : l'intérêt, Droit et intérêt, vol. 2*, Pub. Des fac. Univ. Saint Louis, 1990.
- PANOU (Ch.)**, *Le consentement à l'arbitrage. Etude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, IRJS éd. 2011.
- PARROT (K.)**, *L'interprétation des conventions de droit international privé*, préface P. Lagarde, Dalloz 2006.
- PATAUT (E.)**, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, préface P. Lagarde, LGDJ 1999.
- PAULSSON (J.)**, *Denial of justice in international law*, Cambridge Uni. Press 2005.
- PERELMAN (Ch.) et VAN DER ELST (R.) (dir.)**, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant 1984.
- PEROZ (H.)**, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ 2005.
- PERROUD (T.)**, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz 2013.
- PERROT (R.)**, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Thèse Paris, 1947.
- PICQ (J.)**, *Une histoire de l'Etat en Europe*, Presses de Sc. Po. 2009.
- PILLET (A.)**, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements, (Traité franco-sarde du 24 mars 1760, franco-badois du 16 avril 1846, franco-suisse du 15 juin 1869, franco-belge du 8 juillet 1899)*, Sirey 1913.
- *Le droit international privé considéré dans ses rapports avec le droit international public*, Paris 1892.
- PINGEL-LENUZZA (I.)**, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruylant 1998.
- PITTON (M.-C.)**, *Le rôle du jugement étranger dans l'interprétation du droit conventionnel uniforme*, Thèse Paris I, 2007.
- RAIMON (M.)**, *Le règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, LGDJ 2007.
- REMY (B.)**, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz 2008.
- RIGAUX (F.)**, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Larcier 1956.
- ROCCATI (M.)**, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruylant 2013.
- ROMANO (S.)**, *L'ordre juridique*, trad. P. Gothot et L. François, Dalloz 1975, réed. Dalloz 2002.
- ROUBIER (P.)**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963.
- *Théorie générale du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey 1951.
- SASSEN (S.)**, *Losing control ? Sovereignty in the Age of Globalization*, Colum. Uni. Press 1996.
- SERAGLINI (Ch.)**, *Loi de police et arbitrage*, Dalloz 2001.
- SERIAUX (A.)**, *Droit naturel*, PUF 1999.
- SINAY-CYTERMANN (A.)**, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, thèse dactyl. Strasbourg, 1980.
- SINDRÉS (D.)**, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ 2008.
- SINOPOLI (L.)**, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux, Recherche sur le champ d'application de l'article 6, §1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme en droit international privé*, thèse Paris I, 2000.
- SLAUGHTER (A.-M.)**, *A New World Order*, Princeton Uni. Press 2004.
- TAUPIAC-NOUVEL (G.)**, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, LGDJ 2011.
- THERY (Ph.)**, *Pouvoir juridictionnel et compétence, Etude de droit international privé*, thèse Paris II, 1981.
- TOMASIN (D.)**, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ 1975.
- TRIBUNAL RUSSELL**, *le jugement de Stockholm*, 2 vol., Gallimard 1967.
- TUSSEAU (G.)**, *La norme d'habilitation*, Préface M. Troper, Dalloz 2006.
- USUNIER (L.)**, *La régulation de la compétence internationale*, Economica 2008.
- de VAREILLES-SOMMIERES (P.)**, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, LGDJ 1997.
- VILLEY (M.)**, *Histoire de la pensée juridique moderne*, 2<sup>ème</sup> éd., PUF 2013.
- VUILLEMIN (Ch.)**, *Jugement et sentence arbitrale*, Imp. Chabloz 1987.
- WAUTELET (P.)**, *Les conflits de procédure, étude de droit international privé comparé*, thèse Univ. Catho. de Louvain, 2002.
- WEBER (M.)**, *Le savant et le politique*, introd. R. Aron, Plon 1959.
- *Essai sur la théorie de la science*, Plon 1965.
- WYLER (E.) et PAPAUX (A.) (éds.)**, *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pedone 1999.



## PUBLICATIONS DE SERIE

### Cours

- AUDIT (B.)**, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI* 2003, t. 301, p. 28.
- « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la "crise" des conflits de lois) *RCADI* 1984-III, t. 186, p.221.
- BALLADORE-PALLIERI (G.)**, « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *RCADI* 1935-I, t. 51, p. 287.
- BASEDOW (J.)**, « The law of open societies, private ordering and public regulation of international regulations », *RCADI* 2012, t. 360, p. 9.
- BATIFFOL (H.)**, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* 1973-II, t. 139, p. 75.
- BURDEAU (G.)**, « L'exercice des compétences monétaires par les Etats », *RCADI* 1988-V, t. 212, p. 211.
- FERNANDEZ-ARROYO (D.P.)**, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *RCADI* 2006, vol. 323, p. 9.
- FRAGISTAS (Ch.)**, « La compétence internationale en droit privé », *RCADI* 1961-III, t. 104, p. 159.
- GAUDEMET-TALLON (H.)**, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *RCADI* 2005, t. 312, p. 9.
- HILAIRE (J.)**, *Histoire des institutions judiciaires*, Cours polycop. Paris II, 1990-1991, Les Cours de Droit, t. II, p. 142.
- JODLOWSKI (J.)**, « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile », *RCADI* 1974-III, t. 143, p. 475.
- KEGEL (G.)**, « The crisis of conflict of laws », *RCADI* 1964-II, t. 112, p. 91.
- LAGARDE (P.)**, « Le principe de proximité », *RCADI* 1986-I, t. 196, p. 9.
- « La réciprocité en droit international privé », *RCADI* 1977-I, t. 154, p. 101.
- LAGRANGE (E.)**, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI* 2011, t. 356, p. 239.
- LALIVE (P.)**, « Tendances et méthodes en droit international privé », *RCADI* 1977-II, t. 155, p. 1.
- MANN (F.)**, « The doctrine of jurisdiction in international law », *RCADI* 1964-I, vol. 111, p. 1.
- MAYER (P.)**, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, t. 327, p. 9.
- « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI* 1989-V, t. 217, p. 319.
- von MEHREN (A.)**, « Theory and practice of adjudicatory authority in private international law : a comparative study of the doctrine, policies and practices of common and civil-law systems », *RCADI* 2003, t. 295, p. 9.
- MUIR WATT (H.)**, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI* 2004, t. 307, p. 25.
- NIBOYET (J.-P.)**, « La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé », *RCADI* 1935-II, t. 52, p. 253.
- OPPETIT (B.)**, « Le droit international privé, droit savant », *RCADI* 1992-331, t. 234, p. 331.
- PAMBOUKIS (Ch.)**, « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *RCADI* 2007, t. 330, p. 9.
- PICONE (P.)**, « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent », *RCADI* 1986-II, t. 197, p. 299.
- « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 1999, t. 276, p. 9.
- RIGAUX (F.)**, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI* 1989-I, vol. 213, p. 9.
- SPERL (H.)**, « La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers », *RCADI* 1931-II, t. 36, p. 385.
- VERHOEVEN (J.)**, « Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation », *RCADI* 1985-III, vol. 192, p. 9.
- de VISSCHER (Ch.)**, « Le déni de justice en droit international », *RCADI* 1935-II, t. 52, p. 369.

## Articles, communications

- ALLEGRET (M.)**, « les nouvelles règles uniformes CIM », in *Etudes offertes à Barthélémy Mercadal*, Francis Lefebvre 2002, p. 395.
- ANCEL (B.)**, « L'objet de la qualification », *RCDIP* 1980, p. 277.
- « La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles », *Riv. dir. int. priv. e proc.* 1991, p. 263.
- ANCEL (B.) et MUIR-WATT (H.)**, « Annotation sur la consultation 53 de du Moulin traduite en français », in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica 2008, p. 1.
- « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis », *RCDIP* 2001, p. 569.
  - « La désunion européenne : le règlement dit 'Bruxelles II' », *RCDIP* 2001, p. 419.
- ANCEL (M.-E.)**, « L'internationalité à la lumière de la convention d'*electio fori* », in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica 2008, p. 21.
- ASCENCIO (H.)**, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone 2003, p. 163.
- ATTAL (M.)**, « Union européenne et Convention de la Haye de 2005 sur les accords d'élection de for : vers un droit communautaire de source non-communautaire », *D.* 2009, p. 2379.
- J.-B. AUBY**, « Globalisation et droit public », in *Gouverner, Administrer, Juger, Liber Amicorum Jean Waline*, Dalloz 2002, p. 135.
- AUDIT (B.)**, « Le juge, l'arbitre et la Convention de Bruxelles », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz 1993, p. 15.
- « Le critère d'application des conventions judiciaires multilatérales », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, p. 19.
  - « Vers la consécration du caractère facultatif du for de la nationalité française du demandeur (article 14 du Code civil) ? », *D.* 2007, p. 2548.
  - « Observations sur la Convention de la Haye du 30 octobre 2005 relative aux accords d'élection de for », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 171.
  - « Compétence internationale des tribunaux français : Règlement Bruxelles II bis, droit commun français et litispendance », *D.* 2010, p. 58.
- AUDIT (B.) et G. BERMAN**, « The Application of Private International Norms to 'Third Countries': the Jurisdiction and Judgments Example », in *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, A. Nuyts et N. Watté (Eds.), Bruylant 2005, p. 55.
- AUDIT (M.)**, « Les autorités de régulation : La confrontation des autorités nationales de régulation à la transnationalité des marchés », in *Conflits de lois et régulation économique*, M. Audit, H. Muir-Watt et E. Pataut (dir.), LGDJ 2008, p. 3.
- « L'interprétation uniforme du droit international privé communautaire », *JDI* 2004, p. 789.
  - « La loi applicable à l'autorité de chose jugée », *Procédures* 2007, Etude 16.
- d'AVOUT (L.)**, « La refonte du Règlement Bruxelles I », *D.* 2013, p. 1014.
- « Vivendi déboutée par la cour de Paris : que dit le bon sens juridique ? », *Les Echos* 10 mai 2010.
- d'AVOUT (L.) et LOPEZ de TEJADA (M.)**, « Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer », *RCDIP* 2007, p. 717.
- AZZI (T.)**, « 'Bruxelles I', 'Rome I', 'Rome II' : regards sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.* 2009, p. 1621.
- AZOULAI (L.)**, « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », *LPA* n°199, oct. 2004, p. 9.
- BAISSUS (J.-M.)**, « Langue des pièces et langue du procès », *JCP* 2010, doct. 742.
- J. BART**, « La féodalité au secours du capitalisme », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Ed. Frison-Roche 1999, p. 3.
- BATIFFOL (H.)**, « L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'ouest », *JDI* 1973, p. 24.
- « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », in *De conflictu legum Mélanges offerts à R.D. Kollenijn et J. Offerhaus*, 1962, p. 55.
  - « Points de contact entre le droit international privé et le droit international public », *Mélanges Yanguas Messia, Rev. esp. der. int.* 1972, p. 77.
- BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.)**, « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », *RCDIP* 1972, p. 1.
- BAUDESSON (T.)**, « Le contentieux international devant les juridictions françaises », *D.* 2012, p. 2232.
- BEAUD (O.)**, « Compétence et souveraineté », in *La compétence, Travaux de l'AFDA*, Litec 2010, p. 5.

## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

**BELLET (P.)**, « La jurisprudence du tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers », *TCFDIP* 1962-1964, p. 251.

- « La détermination du tribunal compétent en droit international privé », *Études de droit contemporain Travaux de l'Institut de Droit comparé*, t. XXX, 1966.

**BERAUDE (J.-P.)**, « Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2013, comm. n°6.

**BERMAN (P. S.)**, *The Globalization Of Jurisdiction*, 311 U. Penn. L. Rev. 151 (2002).

**BERMANN (G.)**, *The UK Supreme Court speaks to international arbitration: learning to the Dallah case*, 1 Am. Rev. Int. Arb. 22 (2011).

**BODEN (D.)**, « Le pluralisme en droit international privé », *APD* 2005, p.275.

**BODIN (J.)**, « Les Six Livres de la République », 10<sup>ème</sup> éd., 1593, in *Corpus des œuvres de philosophie en langue française*, Fayard 1986.

**BOGDAN (M.)**, « Some Nordic Reflections on the Desirability of an EU Code of Private International Law », in *Quelle architecture pour un Code européen de droit international privé ?*, M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), P.I.E Peter Lang, 2011, p. 253.

**BOLARD (G.)**, « L'appel nullité », *D.* 1988, chron. p. 177 et *Justices* 1996, n°1, p. 119.

- « Les voies de recours » in *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire*, *RTDCom.* 1986, n°spécial, t. II, p. 55.

**BOLLEE (S.)**, « la concurrence des justices (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », in *L'efficacité économique en droit*, S. Bollée, Y.-M. Laithier et C. Pérès, *Economica* 2010.

- « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *L'efficacité économique en droit*, S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir.), *Economica* 2010, p. 121.

**BORE (L.)**, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2002, I, 104.

**BOURNE (R.)**, « Trans-National America », *Atlantic Monthly*, 118 (July 1916) 86-97.

**BOYER (L.)**, « A propos du domaine d'application de l'article 169 du Code de procédure civile », *JCP* 1965, I, 162.

**BROCHER (Ch.)**, « Théorie du droit international privé », *Rev. dr. int. et de légis. comp.* 1871, p. 412, 1872, p.540 et 1873, p. 137 et 390.

**BROWN SCOTT (J.)**, *The Closing of the Central American Court of Justice*, 380 *Am. J. of Int. Law* 10 (1918).

**BUREAU (D.)**, « les conflits de conventions », *TCFDIP* 1998-2000, Pédone 2001, p. 201.

**BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.)**, « L'impérativité désactivée ? (à propos de Cass. civ. 1re, 22 oct. 2008) », *RCDIP* 2009, p. 1

**BUXBAUM (H.)**, *Multinational Class Actions Under Federal Securities Law : Managing Jurisdictional Conflict*, 46 *Colum. J. Transnat'l L.* 14, 55-56 (2007).

**CACHARD (O.)**, « *Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire* », *Rev. arb.*, 2006, p. 893.

- « la Convention des Nations-Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) », *JDI* 2012, p. 533.

**CADIET (L.)**, « Ordre concurrentiel et justice », *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Ed. Frison-Roche 2003, p. 109.

- « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* n°636, 15 mars 2006, p. 3.

**CARABIBER (Ch.)**, *Les juridictions internationales de droit privé*, Ed. de la baconnière, 1947, spéc. p. 182.

**CARBONNIER (J.)**, « La justice saisie par son ombre », reproduit in *Flexible droit*, 10<sup>ème</sup> éd., LGDJ 2001, p. 446.

- J. CARBONNIER, « Vers le degré zéro du droit : *De minimis...* », *Flexible droit*, 10<sup>ème</sup> éd., LGDJ 2001, p. 74.

**CHABANOL (D.)**, « L'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme, une réponse dangereuse à un problème à la mode », *AJDA* 2001, p. 216.

**CHALAS (Ch.)**, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du Règlement Bruxelles I », *RCDIP* 2013, p. 359.

**CHANTREL (E.), GIRAUD (R.), GUIBAUD (S.)**, « Quelques pistes d'analyse économique », in *Evaluer la justice*, E. Breen (dir.), PUF 2002.

**CHARRUAULT (Ch.)**, « L'excès de pouvoir du juge civil », *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 857.

**CHEVALLIER (J.)**, « La mondialisation de l'Etat de droit », in *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardat*, LGDJ 1999, p. 325.

**CHEYETTE (F.)**, « La justice et le pouvoir royal à la fin du Moyen-Age français », *Rev. Hist. Dr. Fr. et Etr.* 1962, p. 373.

**CHILDRESS (D.)**, *Forum Non Conveniens: The Search for a Convenient Forum in Transnational Cases*, 157 *Va. J. Int. L.* 53-1 (2012).

**CHOI (S.) et SILBERMAN (L.)**, Transnational Litigation and Global Securities Class-Action Lawsuits, 465 Wis. L. Rev. 2009.

**CLAVEL (S.)**, « Les mutations de l'office du juge à l'aune du développement des règles de droit international privé supranationales », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Ed. 2013, p. 57.

**CLAY (T.)**, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2010, Pan. p. 2933.

- « 'Liberté, Egalité, Efficacité' : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage, Commentaire article par article », *JDI* 2012, p. 443 et 815.

**COFFEE (J.)**, Securities Policeman to the World? The Cost Of Global Class Actions, N.Y. L.J., Sept. 18, 2008, 5.

**COHEN (D.)**, « Contentieux d'affaire et abus de *forum shopping* », *D.* 2010, p. 975.

**COMBACAU (J.)**, *Pouvoirs* 1993, n°67, p. 47.

- « Conclusions générales », *Les compétences de l'Etat en droit international*, Pédone 2005, p. 306.

**CORNUT (E.)**, « *Forum shopping* et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*, 2007, p. 27.

**COSNARD (H.)**, « La compétence territoriale en matière contractuelle », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Uni. Sc. soc. de Toulouse, 1981, p. 207.

**COUCHEZ (G.)**, « Les nouveaux textes de la procédure civile et la compétence internationale », *TCFDIP* 1977-1979, p. 124.

**CHRISTAKIS (Th.)**, « Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine ? », *RGDIP* 2007, 879.

**CUNIBERTI (G.)**, « *Forum non conveniens* and the Brussels Convention », 973 ICLQ (2005).

- « Le principe de territorialité des voies d'exécution », *JDI* 2008, p. 963.

**DAMMANN (J.) et HANSMANN (H.)**, Globalizing Commercial Litigation, 94 Cornell L. Rev. 1, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1113217>.

- « A global market for judicial services », *RIDC* 1998, p. 421, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=976115>.

**DANET (D.)** « Le Conseil de la concurrence, juridiction incomplète ou juridiction innommée », *RID éco.* 1992, n°1, p. 3.

**DEGOUY (R.)**, « Remarques sur le contredit d'incompétence », *Gaz. Pal.* 1960, 1, doct. p. 39.

**DELATTRE (Ch.)**, *Rev. proc. coll.* 2009, étude n°11.

**DELISLE**, Lex Americana ? United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond, 179 U. Penn. J. Int'l Eco. L. 20 (1999).

**DELVOLVE (J.-L.)**, « L'influence des conventions internationales sur le droit français de l'arbitrage », *Etudes Plantey*, Pedone 1995, p. 95.

**DEMPSEY (P.)**, All Along the Watchtower: *Forum Non Conveniens* in International Aviation, XXXVI Annals of Air & Space Law 323-75 (2011).

**DIMOLITSA (A.)**, « L'extension de la clause compromissoire à des non-signataires : rien de neuf », *Bull. ASA* 2012, p. 516.

**DRAGO (R.)**, « Le Conseil de la concurrence », *JCP G* 1987, I, 3300.

**DROZ (G.)**, « L'action déclaratoire en détermination de la loi applicable au régime matrimonial », *JCP N* 1972, 50357.

- « La Convention de San Sebastián alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano », *RCDIP* 1990, p. 1.
- « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP* 1993-1994, p. 97.

**DUBOS (J.-F.) et CREPIN (F.)**, « Affaire Vivendi - Quand le juge américain s'érige en défenseur de la souveraineté judiciaire française », *JCP* 2011, étud. 944.

**DUBOS (O.)**, « Juridictions américaines et juridictions françaises face à l'article 33 de la Convention de Montréal : un dialogue de sourd ? », *JDI* 2012, p. 1281.

**DUPONT (N.)**, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTDCiv.* 2010, p. 459.

**EISENMANN (Ch.)**, « Sur la compétence des juridictions », *D.* 1948, Chron. p. 49.

**EL HOUEISS (J.-L.)**, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI* 2003, p. 39.

**FERRARI (F.)**, « Tendance insulariste et lex forisme malgré un droit uniforme de la vente », *RCDIP* 2013, p. 323.

**FALLON (M.)**, « L'applicabilité du Règlement Bruxelles I aux situations extérieures après l'avis 1/03 de la CJCE », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 241.

**FIGUEROA (D.)**, Conflicts of Jurisdiction between the United States and Latin America in the Context of *Forum non conveniens* Dismissals, 37 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 119.

**FOUCAULT (A.)**, « L'arbitrage dans le règlement des litiges économiques et commerciaux avec la Chine », *Rev. arb.* 1986, p. 131.

## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

- FOUCHARD (Ph.)**, « Introduction : spécificité de l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1981, p.449.
- J.-C. FOURGOUX**, « Quel rôle désormais pour les juridictions nationales dans le cadre du règlement 1/2003 sur les règles de concurrence ? », *Rev. Lamy concurrence* 2005, n°4, p. 123.
- D. FOUSSARD**, « Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2002, p. 579.
- FOYER (J.)**, « La Justice, histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs* 1981, p.5.
- « Tournant et retour aux sources en droit international privé (l'article 310 nouveau du Code civil) », *JCP* 1976, I, 2762.
  - « Les vicissitudes contemporaines de la règle de conflits de lois », in *Clés pour le siècle*, Dalloz 2000, p. 149.
- FRANCESCAKIS (Ph.)**, « Un bond de la jurisprudence anglaise en matière de reconnaissance des décisions étrangères », *RCDIP* 1969, p. 601.
- « Compte-rendu de la thèse de D. Holleaux », *RCDIP* 1972, p. 529.
  - « Perspectives du droit international privé français actuel », in *La pensée des autres en droit international privé, Annales*, t. I, Univ. Aristote de Thessalonique 1985, p. 126.
- FREYRIA (Ch.)**, « L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers », *RCDIP* 1950, p. 227 et p. 449.
- FRICERO (N.)**, « L'excès de pouvoir en procédure civile », *RGDP* 1998, n° 1, p. 17.
- FRISON-ROCHE (M.-A.)**, « Régulation et règlement des différends », *LPA* 22 oct. 2004, p. 6.
- GABORIAU (S.)**, « L'enjeu démocratique de la Justice », *Justice et Démocratie*, S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), (colloque de Limoges du 21-22 novembre 2002 des entretiens d'Aguesseau) *Pulim* 2003, p. 19.
- GAILLARD (E.)**, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.* 2007, p. 697.
- « L'effet négatif de la compétence-compétence », *Etudes en l'honneur de Jean-François Poudret*, Stampfli 1999, p. 387.
  - « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. arb.* 1985, p. 241.
- GAILLARD (E.) et de LAPASSE (P.)**, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.*2011, p. 175.
- GALANTER (M.)**, *When Legal Worlds Collide: Reflections on Bhopal, and Good Lawyer, and the American Law School*, 36 *J. Legal Educ.* 292 (1986).
- GALLOUX (J.-C.)**, « Le brevet européen à effet unitaire : un volapük juridique intégré ? », *D.* 2013, p. 520.
- GARDIES (J.-L.)**, « En quel sens un droit, un système de dispositions juridiques, peut-il être dit complet ? », *APD* 1979, t. 24, p. 285.
- GASNIER (J.-P.)**, « Le brevet unitaire et la juridiction unifiée », *Rev. Propriété industrielles* 2013, n°5, alerte n°34.
- GAUDEMET-TALLON (H.)**, « Quelques réflexions à propos de trois arrêts récents de la Cour de cassation française sur l'art. 5-1 et de l'avis 1/03 de la Cour de justice des Communautés sur les compétences externes des Communautés », in *la Convention de Lugano, Passé, présent et devenir*, Schultess 2007, p. 97.
- « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères », *E Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nijhoff, 1996, p. 85.
  - « Le 'forum non conveniens', une menace pour la Convention de Bruxelles ? », *RCDIP* 1991, p. 491
  - « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale », *RIDC* 1994, p. 423.
  - « Les résistances à la technique du *forum non conveniens* », *IJPL-RIDP* 2012, 1, p. 180.
- GAUDEMET-TALLON (H.) et DROZ (G.)**, « La transformation de la Convention de Bruxelles en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *RCDIP* 2001, p. 601.
- GAUDEMET (Y.)**, « Le médiateur est-il une autorité administrative indépendante ? », in *Mélanges en l'honneur de Robert-Edouard Charlier*, Emile-Paul 1981, p. 117.
- GAVALDA (C.)**, « Etat actuel du droit international de la faillite », *TCFDIP* 1962-1964, p. 213.
- GHESTIN (J.)**, « L'autorité de chose jugée des motifs d'une décision judiciaire en droit privé », in *Gouverner, Administrer, Juger, Liber Amicorum Jean Waline*, Dalloz 2002, p. 575.
- GLASSON (E.)**, « Le Roi, Grand Justicier », *Nouv. Rev. Hist. Dr. Fran. et étr.* 1902, p. 711 et 1903, p. 76.
- GOLDMAN (B.)**, « La situation en France », *Competition and arbitration law*, Pub. CCI n°480/3, 1993, p. 109.
- « Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1980, p. 323.
  - « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage international », *TCFDIP* 1966-1969, p. 119.

- GOTHOT (P.)**, « La place d'Henri Batiffol dans la doctrine », *TCFDIP* 1991-1992, p. 21.
- de GOUTTES (R.)**, « De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal pan européen, *Droit pénal, droit européen, Mélanges Lévassieur*, Litec 1992, p. 3.
- GRIERSON (J.)** et **TAOK (M.)**, « Dallah : conflicting judgments from the UK Supreme Court and Paris Cour d'appel », 407 *J. Int. Arb.* 28 (2011).
- GRZEGORCZYK (Ch.)**, « Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *APD* t. 31, 1986, p. 283.
- GUINCHARD (E.)**, « Réflexions autour de l'accueil de l'injonction *Mareva* par la Cour de cassation française », *Int'l Lis* 2005, 41.
- GUINCHARD (S.)**, « Le droit à un procès équitable, droit fondamental », *AJDA* 1998, n° spécial juil.-août, p. 119.
- HALPERIN (J. L.)**, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX<sup>e</sup> siècle », *Droits* 2001, p. 41.
- « L'Empire hérite et lègue » in *La Révolution de la Justice, Des lois du Roi au droit moderne*, Ph. Boucher (dir.), JP de Monza 1989, p. 211.
- HANOTIAU (B.)**, « L'arbitrage en République populaire de Chine après la ratification de la Convention de New York », *Rev. arb.* 1987, p. 541.
- HARTLEY (T.)**, The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws, 818 *ICLQ* (2005).
- HEBRAUD (P.)**, « La réforme de la procédure civile, le décret du 22 décembre 1958 », *Ann. Fac. droit de Toulouse*, t. X, 1961, fasc. 1, p. 3.
- HEISER (W.)**, *Forum non conveniens* and Retaliatory Legislation: The Impact on the Available Alternative Forum Inquiry and on the Desirability of *Forum non conveniens* as a Defense Tactic, 56 *U. Kan. L. Rev.* 609.
- HERON (J.)**, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité de la chose jugée ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz 1996, p. 131.
- « Existe-t-il des règles de non-imputation ? », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF 1994, p. 217.
- HESS (B.)**, « Abuse of Procedure in Germany and Austria », in *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, M. Taruffo (dir.), Kluwer Law International 1999, p. 151.
- HEUZE (V.)**, « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011, p. 2880.
- « La Reine Morte, la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice », *JCP* 2011, I, 359 et 397.
  - « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *RCDIP* 2000, p. 595.
  - « Recodifier le droit international privé ? », in *Le Code civil, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, p. 401.
- HUET (A.)**, « La marque communautaire : la compétence des juridictions des Etats-membres pour connaître de sa validité et de sa contrefaçon », *JDI* 1994, p. 623.
- HILAIRE (J.)**, « L'arbitrage dans la période moderne (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) », *Rev. arb.* 2000, p. 187.
- HUDAULT (J.)**, « Sens et portée de la compétence du juge naturel dans l'Ancien droit français », *RCDIP* 1972, p. 27s. et 249s.
- ISRAEL (J.-J.)**, « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », *Mélanges René Chapus, Droit Administratif*, Montchrestien 1992, p. 315.
- JACQUET (J.-M.)**, « Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale ? », *Rev. arb.* 2010, p. 445.
- JAHEL (S.)**, « Le rayonnement de la culture juridique française dans les pays arabes et du Moyen-Orient », *D.* 2013. 849.
- JALLAMION (C.)**, « Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle », *Rev. arb.* 2005, p. 3.
- JARROSSON (Ch.)**, « Arbitrage et juridiction », *Droits* 1989, p. 107.
- « Réflexions sur l'imperium », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, 1991, p. 245.
- JARROSSON (Ch.)** et **PELLERIN (J.)**, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5.
- JEANCLOS (Y.)**, « La pratique de l'arbitrage du XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle. Eléments d'analyse », *Rev. arb.* 1999, p. 417.
- JEULAND (E.)** et **EL CHAZLI (K.)**, « Règlement n°44/2001 » in *Droit processuel de l'Union Européenne*, L. Cadiet, E. Jeuland et S. Amrani-Mekki (dir.), Lexisnexis 2011, p. 3.
- JUENGER (F.)**, A Shoe Unfit for Globetrotting, 28 (1995) *U.C. Davis L. rev.* 1027.
- « La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la courtoisie internationale. Réflexions d'un Américain », *RCDIP* 1983, p. 37.
- KAHN (Ph.)**, « L'internationalité du point de vue de l'ordre transnational », in *L'internationalité, bilan et perspectives*, *Rev. Lamy dr. aff.* 2002, Supp. n°46, p. 23.

## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

- KHANNA (D.)**, Dallah : The Supreme Court's Positively Pro-Arbitration 'No' to Enforcement, 127 *J. Int. Arb.* 28 (2011).
- KERNALEGUEN (F.)**, « L'excès de pouvoir du juge », *Justices* 1996, n°3, p. 151.
- KESSEDJIAN (C.)**, « Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 », *RTDE* 2011, p. 117.
- « La Convention de la Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI* 2006, p. 813.
  - « Le droit entre concurrence et coopération », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 119.
  - Intervention au colloque CREDIMI des 15-16 mars 2013, « Ordre public et arbitrage » (à paraître).
- KOVAR (R.)**, « La notion de juridiction en droit européen », in *Gouverner, Administrer, Juger, Liber Amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 607).
- LACHAUME (J.-Fr.)**, « La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, F. Melleray, (dir.), LGDJ, 2004, p. 71.
- LAGARDE (P.)**, « Les interprétations d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de loi ? », *RCDIP* 1964, p. 235.
- « L'internationalité du point de vue de l'ordre international », *Rev. Lamy Droit des Aff.* 2002, Supp. n° 46, p. 17.
  - « Approche critique de la lex mercatoria », in *Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec 1982, p. 123.
- LAGARDE (P.)**, « L'internationalité du point de vue de l'ordre international », in *L'internationalité, bilan et perspectives*, *Rev. Lamy dr. aff.* 2002, Supp. n°46, p. 5.
- LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)**, « La prolifération des tribunaux parallèles pour la dénonciation des crimes internationaux : quelle leçon de justice ? », *RSC* 2006, p. 170.
- LAGHMANI (S.)**, « L'internationalité : antécédents, consécration et crise d'un concept », *Rev. Lamy Droit des Aff.* 2002, Supp. n°46,, p. 11.
- LALIVE (P.)**, « Problèmes spécifiques de l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1980, p. 341.
- LAZAREFF (S.)**, « De la qualité des arbitres », *Cahiers de l'arbitrage*, vol. III, Pedone 2006, p. 2.
- LE BARS (Th.)**, « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *Procédures* 2007, Etude n°12.
- LEBEN (Ch.)**, « La juridiction internationale », *Droits* 1989, p. 145.
- LEBOULANGER (Ph.)**, « La notion d' 'intérêts' du commerce international », *Rev. arb.* 2005, p. 487.
- LEGRAND (P.)**, « Sur l'analyse différentielle des jurisprudences », *RIDC* 1999, p. 1053.
- LEGROS (C.)**, « Les conflits de normes en matière de contrats de transport internationaux de marchandises », *JDI* 2007, p. 799 et p. 1081.
- LEMONTEY (J.)** et **MICHON (N.)**, « Les « class actions » américaines et leur éventuelle reconnaissance en France », *JDI* 2009, p. 573.
- LEMMENICIER (B.)**, « L'économie de la justice : du monopole d'Etat à la concurrence privée », *Justices* 1995, n° 1, p. 135.
- LESCOT (P.)**, « Interprétation judiciaire des règles du droit privé uniforme », *JCP* 1963, I, 1756
- LEQUETTE (Y.)**, « L'influence de l'œuvre d'Henri Batiffol sur la jurisprudence française », *TCFDIP* 1991-1992, p. 32.
- LIBCHABER (R.)**, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Oppetit*, Litec 2009, p. 505.
- LINDON (R.)**, « Les modifications du Code de procédure civile en matière de conflits de compétence », *JCP* 1959, I, 1468.
- « Pour diminuer et simplifier les conflits de compétence », *JCP* 1956, I, 1300.
- LOUIS-LUCAS (P.)**, « Vue simplifiée du renvoi », *RCDIP* 1964, p. 1.
- LUCAS DE LEYSSAC (C.)**, « Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ? », *Rev. jur. com.* 1992, p. 273.
- « Concurrence et compétition », *D.* 2004, p. 1722.
- MADIOT (Y.)**, « De l'autorité judiciaire au pouvoir judiciaire », *Les juges contre la République ?, Crises* 4/94, p. 77.
- MAJOROS (F.)** et **DUTOIT (B.)**, « Le laci des conventions en droit privé et leurs solutions possibles », *RCDIP* 1984, p. 565.
- MANCINI (P. S.)**, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les Etats, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI* 1874, p. 221 et 285.
- MANN (F.-A.)**, The Interpretation of Uniform Statutes », *LQR* 1946, p. 278
- « Lex Facit Arbitrum », in *International arbitration, Liber Amicorum for Martin Domke*, Martinus Nijhoff 1967, p. 157, spéc. p. 162.
- MARECHAL (C.)**, « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », *RTDCiv.* 2012, p. 167.
- MARGUE (T.-L.)**, « Les initiatives menées par l'Union dans la lutte antiterroriste dans le cadre du troisième pilier », *Rev. Dr. U.E.* 2002, p. 261.
- MARTIN (J.-Ch.)**, « L'affaire de l'usine Mox devant les tribunaux internationaux », *JDI* 2007, p. 437.

**MARTIN (R.)**, « La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence », *JCP* 1990, I, 3469.

- « Sur la notion de moyen », *JCP* 1976, I, 2768.

**MARTINEZ (A.)**, Dallah, a Tale of Two Judicature, 4 *Int. Arb. L. Rev.* 14 (2011).

**MAYER (P.)**, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979, p. 1, 341 et 537.

- « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? », *Rev. arb.* 2005, p. 361.
- « Existe-t-il des normes individuelles », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica 2006, p. 686.
- « *Forum non conveniens* et application uniforme des règles de compétence », in *Forum Shopping in the European Judicial Arena*, P. de Vareilles Sommières (dir.), Hart Publishing, 2007, p. 137.
- « Le mouvement des idées dans le conflit de lois », *Droits*, 1985, n°2, p. 129.

**von MEHREN (A. T.)**, « La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers : Le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir ? », *RCDIP* 2001, p.85.

**MEEUSEN (J.)**, « La priorité de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice et l'élaboration d'un code européen de droit international privé. Réponse à la contribution du professeur Sylvaine Poillot-Peruzzetto », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé*, P.I.E. Peter Lang 2011, p. 69.

**MIAJA de la MUELA (A.)**, « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI* 1972-I, t. 135, p. 1.

**MIKLISZANSKI (K.)**, « Le système de l'universalité du droit de punir et le droit pénal subsidiaire », *RSC* 1936, p. 331.

**MOHAMED MAHMOUD (M.)**, « Mondialisation et Souveraineté de l'Etat », *JDI* 1996, p. 650, reprod. in *Un siècle d'étude de droit international, Choix d'articles parus au Clunet (1874-2000)*, Litec 2006, p. 557.

**MONGIN (Ph.)**, « Le principe de rationalité dans les sciences sociales », *Rev. eco.* 2002, n°2, p. 301.

**MOTULSKY (H.)**, « Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale », *JCP* 1957, I, 1383, *Ibid.* p. 208.

- « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire », *JCP* 1954, I, 1194.
- « Le respect de la clause compromissoire », in *Etudes et notes sur l'arbitrage, Ecrits*, t. 2, Dalloz 1974, p. 176.

**MOULTON (J.-D.)**, « L'Etat selon le droit international, diversité et unité », in *L'Etat à l'aube du XXIème siècle*, Colloque SFDI de Rennes, Pedone, 1994, p. 79, spéc. p. 100.

**MUIR WATT (H.)**, « La régulation des services judiciaires en Europe, Concurrence interjuridictionnelle et mobilité des juges : vers des *riding circuits* ? », in *Conflits de lois et régulation économique*, M. Audit, H. Muir Watt et E. Pataut (dir.), LGDJ 2008, p. 231.

- « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, B. DEFFAINS (dir.), Ed. Cujas 2002, p. 37.
- « La codification en droit international privé », *Droits* 1998, p. 149.
- « Recension de l'ouvrage de M. COSNARD, *La soumission des Etats aux tribunaux internes* », *RCDIP* 1997, p. 202.
- « Recension de l'ouvrage collectif *Declining jurisdiction* », *RCDIP* 1995, p. 900, spéc. p. 902.
- « Pour l'accueil de l'estoppel en droit français », in *Mélanges Yvon Loussouarn*, Dalloz 1994, p. 303.

**MURRAY (P. L.)**, « The flight from public civil justice », *Essays in honour of Konstantin Kerameus*, Ant. N. Sakkoulas-Bruylant 2009, p. 847.

**MUTZ (G.)**, « La révision 1999 de la COTIF », in *Etudes offertes à Barthélémy Mercadal*, Francis Lefebvre 2002, p. 474.

**NAVARRO (J.-L.)** et **AKHZAM (Kh.)**, « L'affaire *Vivendi Universal*, clap de fin ? », *JCP E* 2011, n°25, doct. 1476.

**NIBOYET (J.-P.)**, « Un pas appréciable vers le respect des traités », *D.* 1936, chron. p. 431.

- « Problèmes de qualification en matière de traités », *RCDIP* 1935, p. 1.
- « Immunité de juridiction et incompétence d'attribution », *RCDIP* 1950, p. 139.
- « Les tribunaux pour la navigation du Rhin et la juridiction de la Commission centrale du Rhin », *RGDIP* 1923, p. 5.

**NIBOYET-HOEGY (M.-L.)**, « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel (incidences du droit des traités sur les pouvoirs du juge national) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz 1996, p. 313

**NIBOYET (M.-L.)**, « La globalisation du procès civil international », *JDI* 2006, p. 937.

- « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, p. 363.

**NIOCHE (M.)**, « Décision provisoire et autorité de chose jugée », *RCDIP* 2012, p. 277.



## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

- NORMAND (J.)**, chronique, *RTDCiv.* 1984, p. 781.
- NOURISSAT (C.)**, « Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne (à propos de la proposition de règlement du 14 octobre 2009) », *Dejrénois* 2010, art. 39072.
- « Petit manuel de séduction juridique à l'usage des affaires internationales », *JCP* 2011, 541.
- NUYTS (A.)**, « Bruxelles I bis : présentation des nouvelles règles sur la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », A. Nuyts (coord.), *Actualités en droit international privé*, Bruylant 2013, p. 77.
- « La théorie de l'effet réflexe », in G. De Leval et M. Storme (dir.), *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Charte, 2003, p. 73.
- OPPETIT (B.)**, « Justice arbitrale et justice étatique », *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec 1991, p. 415, reproduit in *Théorie de l'arbitrage*, PUF 1998, p. 22.
- PATAUT (E.)**, « Article 15 », in *Brussels II bis Regulation*, U. Magnus et P. Mankowski (eds.), Sellier ELP 2012, p. 164.
- « Remarques sur la compétence internationale », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), IRJS Editions 2013, p. 23.
  - « Compétence internationale et contentieux des marques : entre droit international privé et droit communautaire », *Gaz. Pal.* 28 oct. 2005, p. 5.
  - E. PATAUT, « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? » in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen*, Dalloz 2004, p. 31.
  - « Commentaire du décret n° 2000-462 du 29 mai 2000 », *RCDIP* 2000, p. 519.
- PAULSSON (J.)**, « Jurisdiction and Admissibility », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Pub. 2005, p. 601.
- PELLERIN (J.)**, « Le décret de procédure du 28 décembre 2005 et le droit de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2006 p. 287.
- « Monisme ou dualisme de l'arbitrage, le point de vue français », *Cab. arb.* 2006, p. 2 ;
- PERREAU (E.)**, « De la validité de la clause compromissoire insérée dans un contrat conclu à l'étranger », *JDI* 1910, p. 787.
- PERRET (F.)**, « Arbitrage interne/arbitrage international ou arbitrage tout court : dualisme ou monisme. La situation en Suisse » *Cab. arb.* 2006, n°2.
- PERROUD (J.)**, « Principes de compétence pour les procès entre étrangers », *JDI* 1927, p. 561.
- PESCATORE (P.)**, « L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté Européenne et dans ses Etats-membres », *Etudes de droit des communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Pedone 1984, p. 355.
- PICARDI (N.)**, « Le juge naturel en Europe », *RIDC* 2010, p. 27
- « Le bicentenaire du Code de procédure civile napoléonien et le monopole étatique de la juridiction », *Essays in honour of Konstantin Kerameus*, Ant. N. Sakkoulas- Bruylant 2009, p. 1025.
- PLAISANT (R.)**, « Projets de lois relatifs aux ententes et aux trusts », *D.* 1952, Chron. p. 93.
- PLUYETTE (G.)**, « la jurisprudence du tribunal de Paris en matière d'exequatur des jugements étrangers (1964-1988) », *TCFDIP* 1988-1990, p. 29.
- RACINE J.-B.**, « La sentence d'incompétence », *Rev. arb.* 2010, p. 727.
- RADICATI di BROZZOLO L.**, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *RCDIP* 2003, p. 1.
- de RAULIN A.**, « L'épopée judiciaire de l'Amoco-Cadiz », *JDI* 1993, p. 41.
- RAUSTIALA (K.)**, *The Architecture of International Cooperation, Transgovernmental Networks and the Future of International Law*, 43 Va J. Int. L. 1.
- REMERY (J.-P.)**, « La compétence juridictionnelle pour ouvrir une faillite internationale : l'exemple du droit français », *DPCI* 1994, p. 553.
- RETORNAZ (V.) et VOLDERS (B.)**, « Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif », *RCDIP* 2008, p. 225.
- RENOUX-ZAGAME (M.-F.)**, « La disparition du droit des gens classique », *Rev. hist. fac. dr. sc. jur.* 1987, p. 39.
- RIGAUD (L.)**, « La conception nationaliste de la compétence judiciaire en droit international privé : sa persistance et ses origines », *RCDIP* 1938, p. 605.
- ROBERT (J.)**, « Bilan d'une réforme », *Rev. arb.* 1980, p.704, spéc. p. 706.
- ROUHETTE (G.)**, « L'ordre juridique processuel », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey 1985, p. 687.
- ROUSSEAU (Ch.)**, « Chron. des faits internationaux », *RGDIP* 1965, p. 490 ; 1971, p. 527 et 1974, p. 1147.
- « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP* 1932, p. 133.
- RYZIGER (P.-F.)**, « Existe-t-il un lien entre exequatur et appel des sentences arbitrales ? », *Rev. arb.* 1961, p. 210.

- SALLES (G.)**, « L'institution des consulats, origine et développements au Moyen-âge », *Revue d'hist. de la dipl.* 1897, pp. 161s., 409s. et 565s.
- SAMUELS (J.)**, When is an Alternative Forum Available? Rethinking the *Forum non conveniens* Analysis, 85 *Ind. L.J.* 1059. (2010).
- SANDROCK (O.)**, The UK Supreme Court Misses the Point: Estoppel Applies Without the Existence of a Common Intention, 175 *Am. Rev. Int. Arb.* 23 (2012).
- SANTA-CROCE (M.)**, « De la limitation des voies de recours à la délimitation de l'excès de pouvoir », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz 1999, p. 467.
- SASSIER (Y.)**, « *Honor regis judicium diligit*, l'exaltation de la fonction judiciaire du Roi », in *L'office du juge, part de la souveraineté ou puissance nulle*, O. Cayla et M.-F. Renoux-Zagamé (dir.), Bruylant-LGDJ 2001, p. 17.
- SAUSER-HALL (G.)**, « L'arbitrage en droit international privé », *AIDI* 1952-I, p. 472.
- SCHACHTER (O.)**, The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law, 36 *Colum. J. Transnat'l. L.* 7.
- SEGUR (L.)**, « L'action déclaratoire », *JCP* 1965, I, 1902.
- SIMON-DEPITRE (M.)**, « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *RCDIP* 1974, p. 591.
- SLAUGHTER (A.-M.)**, « The real New World Order », *Foreign Affairs* sept-oct. 1997, p. 183.
- « International Law in a World of Liberal States », *Europ. J. Int. L.* n°4, 1995, p. 503
- SMIT (H.)**, The Terms Jurisdiction and Competence in Comparative Law, 165 *Am. J. Comp. L.* 10 (1961).
- SOLUS (H.)**, « Compétence d'attribution et compétence territoriale », *JCP* 1947, I, 663.
- « Considérations sur la compétence des juridictions », *D.* 1949, p. 153.
- SOUBEYROL (J.)**, « L'interprétation internationale des traités et la considération de l'intention des parties », *JDI* 1958, p. 686.
- STEENHOFF (G. J. W.)**, « Asser et la fondation de la Conférence de la Haye de droit international privé », *RCDIP* 1994, p. 297.
- STERN (B.)**, « Changements de circonstances et clauses d'élection de for devant le Tribunal des différends irano-américains », *AFDI* 1983, p. 313.
- STOFFEL (W.)**, « Le rapport juridique international », in *Liber Amicorum Prof. Alfred von Overbeck*, Ed. Universitaire Fribourg, 1990, p. 421).
- STRAS (D. R.)**, Why Supreme Court Justices Should Rde Circuits Again, 91 *Minn. L. Rev.* 1710.
- TAMBOU (O.)**, « Le brevet européen à effet unitaire : un brevet tant attendu », *Europe*, 2013, Etude n°4.
- TAN (P.)**, Competing Priorities in International Arbitration, 67 *Int. Arb. L. Rev.* 14 (2011).
- TANSLEY (A. G.)**, The Use and Abuse of Vegetational Concepts and Terms, 284 *Ecology* 16, 3 (Jul. 1935), disponible sur [www.karljaspers.org/files/tansley.pdf](http://www.karljaspers.org/files/tansley.pdf).
- THERY (Ph.)**, « *Judex gladii* (des juges et de la contrainte en territoire français) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de René Perrot*, Dalloz 1996, p. 477.
- « La compétence » in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Ed. 2013, p. 45, spéc. p. 50.
- « La question des sources », *1806-1976-2006 : De la commémoration d'un code à l'autre, 200 ans de procédure civile en France*, L. Cadiet, G. Canivet (dir.), Litec 2006, p. 261.
- « Le litige en droit judiciaire privé. Petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz 2010, p. 853.
- TROPER (M.)**, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs* 1981, p. 5.
- TUSSEAU (G.)**, « Critique d'une métanotion fonctionnelle : la notion de « notion fonctionnelle », *RFDA* 2009, p. 641.
- « L'indisponibilité des compétences », *La compétence, Travaux de l'AFDA*, Litec 2010, p. 101.
- USUNIER (L.)**, « La compatibilité de l'article 14 du Code civil avec les droits fondamentaux, une question dépourvue de caractère sérieux ? », *RCDIP* 2012 p.775.
- « La Convention de la Haye sur les accords d'élection de for », *RCDIP* 2010, p. 37.
- VALLEE (Ch.)**, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 17 juillet 1980 », *RGDIP* 1980, p. 202.
- de VAREILLES SOMMIERES (P.)**, « La compétence internationale de l'espace judiciaire européen », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008 p. 397.
- « La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires », *RCDIP* 1996, p. 421.
- « The mandatory nature of Article 2 of the Brussels convention and derogation from the rule it lays out », in *Forum shopping in the European judicial area*, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Oxford Uni. Press 2007, p. 101.
- « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP* 2000-2002, p. 49.

## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

- VEDEL (G.)**, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP* 1948, I, 682.
- « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851.
- VERHOEVEN (J.)**, « Souveraineté et mondialisation : libre propos », in *La mondialisation du droit*, E. Loquin et C. Kessedjian (dir.), Litec 2000, p. 43.
- VIATTE (J.)**, « La demande en justice en matière contentieuse », *Gaz. Pal.* 1976, 2, doct. p. 565.
- VILLEVIEILLE (J.-F.)**, « La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme », *AFDI* 1973, p. 923.
- VINCENT (R.)**, « De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers », *Rev. prat. dr. inter. priv.* 1890-1891, 2, p. 66.
- VOULET (J.)**, « Le défaut de réponse à conclusions », *JCP* 1965, I, 1912.
- WAI (R.)**, *Transnational Lift-Off and Juridical Touchdown : The Regulatory Function of Private International Law in a Global Age*, 40 *Colum. J. Transnat'l L.* 209 (2002).
- WALKER (J.)**, « Canada's position on a Multilateral Judgments Convention », *Trilateral Perspectives on International Legal Issues: Conflict and Coherence*, C. Charmody (edr.), *Am. Soc. Int'l L.* 2003, p. 127.
- WALTER (H.)**, « La révision de la Convention de Mannheim pour la navigation du Rhin », *AFDI* 1965, p. 810.
- WENGLER (W.)**, « Evolution du droit international privé moderne et prévisibilité du droit applicable », *RCDIP* 1990, p. 657.
- C. WITZ**, « L'internationalité et le contrat », in *L'internationalité, bilan et perspectives*, *Rev. Lamy dr. aff.* 2002, Supp. n°46, p. 59
- ZEROUKI-COTTIN (D.)**, « L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen ou la perte du droit de ne pas punir », *RSC* 2011, p. 575.

## Entrées d'encyclopédie et dictionnaires

- ANCEL (B.)**, v° « Droit international privé », *Encyclopédie de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), Lamy, PUF 2003.
- AUTIN (J.-L.)** et **IDOUX(P.)**, « Droit national des communications électroniques », *J.-Cl. communication* fasc. 4600.
- BAILLY (J.)** et **LAUVERGNAT(L.)**, « Procédures particulières . – Reconstitution d'actes détruits », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 996.
- BART (J.)**, v° « Etranger », *Encyclopédie de la culture juridique*, Lamy-PUF 2003.
- BERAUDE (J.-P.)** et **BERAUDE (M.-J.)**, « Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Convention de Lugano du 16 septembre 1988. Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. – Compétence. – Règles de procédure ayant une incidence sur la compétence », *J.-Cl. Europe*, fasc. 3030.
- « Convention de Bruxelles, Conventions de Lugano et Règlement (CE) n° 44/2001. – Reconnaissance des décisions juridictionnelles », *J.-Cl. Europe*, fasc. 3040.
- BORE (J.)**, v° « Pourvoi en cassation », *Rep. Proc. Civ.*, n°406.
- BOUCARD (F.)**, « Pourvoi en cassation. – contrôle de la conformité du jugement. – cas d'ouverture et moyens de cassation », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 755.
- BUREAU (D.)** et **JARROSSON (Ch.)**, v° « Arbitrage », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), Lamy-PUF 2003.
- CAYROL (N.)**, v° « Action en justice », *Rep. proc. civ.*
- COURTIEU (G.)**, « Droit à réparation – Abus de droit. Notions », *J.-Cl. civ. code*, fasc. 131-10
- « Droit à réparation. – abus du droit d'agir en justice », *J.-Cl. civ. code*, fasc. 131-30.
- DECAUX (E.)**, v° « Réciprocité », *Rep. dr. int.*
- DEHAUSSY (J.)** et **SALEM (M.)**, « Sources du droit international – Les traités – Effets des traités : Situation juridique des ressortissants des parties au regard des normes conventionnelles (Généralités. Application des traités en France) », *J.-Cl. Dr. int.*, fasc. 12-2.
- DESDEVISES (Y.)** et **STAES (O.)**, « Action en justice – recevabilité – conditions subjectives – intérêt », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 126-2.
- EUDIER (F.)**, v° « Jugement », *Rep. Proc. Civ.*
- GALLANT (E.)**, v° « Règlement Bruxelles II bis », *Rep. Dr. int.*
- GAUDEMET-TALLON (H.)**, v° « Compétence internationale », *Rep. dr. int.*
- v° « Compétence internationale », *Rep. proc. civ.*
- GOTHOT (P.)** et **LAGARDE (P.)**, v° « Conflit de lois (Principes généraux) », *Rep. dr. int.*

**GOYARD-FABRE (S.)**, v° « Légimité », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), Lamy-PUF 2003.

**HEUZE (V.)**, « Conflits de juridictions et contrats internationaux », *Dictionnaire Joly Pratique des contrats internationaux*, Livre IX, t. 2.

**HOLLEAUX (D.) ET MUIR-WATT (H.)**, « Effets en France des décisions étrangères », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 584-2 (1990).

**HUET (A.)**, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. – Généralités », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 581-10.

- « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. – compétence internationale ordinaire. – principe de l'extension à l'ordre international des règles de compétence territoriale interne », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 581-20.
- « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. - Compétence internationale ordinaire - Règles de compétence purement internationale », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 581-21.
- « Compétence "privilégiée" des tribunaux français ou compétence fondée sur la nationalité française de l'une des parties. – Code civil, articles 14 et 15. – domaine. – tribunal français spécialement compétent », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 581-31.
- « Compétence "privilégiée" des tribunaux français ou compétence fondée sur la nationalité française de l'une des parties. – Code civil, articles 14 et 15. – Renonciation. – Non-applicabilité d'office », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 581-32.
- « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. – règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. – clauses attributives de juridiction », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 581-41.
- « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français - Règlements des incidents de compétence – Incompétence internationale des juridictions françaises », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 581-42.
- « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. – Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. – Règlements des incidents de compétence. – Litispendance et connexité internationales », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 581-43.
- « Conflits de juridictions. – immunités de juridiction et d'exécution », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 581-50.
- « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (dip). – compétence de la "lex fori". – domaine de la "lex fori" : action en justice », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 582-10.

**JARROSSON (Ch.)**, « Arbitrage commercial - Droit international », *J.-Cl. comm.* fasc. 199.

**JEULAND (E.)**, v° « Motivation », *Dictionnaire de la Justice*, PUF 2004

**KERNALEGUEN (F.)**, v° « Excès de pouvoir », *Dictionnaire de la Justice*, PUF 2004

**LAPRADELLE (A.) et NIBOYET (J.-P.)**, v° « Capitulations suisses », *Rep. dr. int.*

- v° « Capitulations dans l'Empire ottoman et au Maroc », *Rep. dr. int.*

**LATINA (M.)**, v. « Contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel », *J.-Cl. conc. conso.*, fasc. 995.

**LE BAYON (A.) et DESPAQUIS (J.-M.)**, « Compétence territoriale en matière civile », *J.-Cl. proced. civ.*, fasc. 211.

**LEBORGNE (F.)**, v° « Compétence », *Dictionnaire de la justice*, PUF 2004.

**LEQUETTE (Y.)**, v° « Renvoi », *Rep. dr. int.*

**LOQUIN (E.)**, « Arbitrage – Aperçu historique – Aperçu de droit comparé », *J.-Cl. Proced. civ.*, fasc. 1010.

**MARMISSE-d'ABBADIE d'ARRAST (A.)**, v° « Espace de liberté, de sécurité et de justice », *Rep. dr. communautaire*.

**MENURET (J.-J.)**, « Autorité de la concurrence », *J. Cl. conc. conso.*, fasc. 60 ;

**MERLIN**, v° « Divorce », *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827, t. IV.

- v° « Etranger », *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827, t. IV

**MOTULSKY (H.)**, v° « Procédure civile internationale », *Rep. dr. int.*, 1969.

**MUIR-WATT (H.)**, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 584-6.

**NIBOYET (J.-P.)**, v° « Compétence », *Rep. dr. int.*, t. IV, Paris 1929.

**NIBOYET (M.-L.)**, v° « Action en justice », *Rep. dr. int.*

**PERTEK (J.)**, « Renvoi préjudiciel ; Notion de juridiction – Droit, faculté et obligation de renvoi – Règles de procédure », *J.-Cl. Europe*, fasc. 360-1.

**PRELOT (P.-H.) et BEAL (A.)**, v° « Tribunal des conflits », *J.-Cl. Adm.*, fasc. 1065.

**RIVIER (M.-C.)**, v° « Jurisdiction », *Dictionnaire de la Justice*, L. Cadiet (dir.), PUF 2004.

**STRICKLER (Y.)**, « Délai raisonnable de jugement », *J.-Cl. Libertés*, fasc. 1540.

**THERY (Ph.)**, v° « Voies d'exécution », *Rep. dr. int.*

## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

- v° « Compétence », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), PUF Lamy 2003.
- TIRVAUDEY-BOURDIN (C.)**, « Prorogation de compétence », *J.-Cl. proc. civ.* Fasc. 212.  
**TOUSCOZ (J.)** et **BIAYS (J.-P.)**, « Tribunaux administratifs internationaux », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 230.  
**de VAREILLES-SOMMIERES (P.)**, v° « Jugement étranger », *Rep. dr. int.*  
**WILHELM (P.)** et **FERCHICE (L.)**, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles – Procédures judiciaires », *J.-Cl. conc. conso.*, fasc. 382.

## ÉTUDES ET RAPPORTS

- *Rapport sur les divergences d'interprétation du droit uniforme*, UNIDROIT 1959.
- *Rapport de la Commission spéciale*, présenté par Ch. Fragistas, *Actes et documents de la Session extraordinaire du 13 au 26 avril 1966*, Conférence de la Haye de droit international privé, Impr. nationale.
- *Rapport sur la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, présenté par P. JENARD, JOCE 1969, n°C59.
- *Commentary on the Convention of the 19 May 1956 on the Contract for the International Carriage of Goods by Road*, R. LOEWE, Pub. N.U. 1975.
- *Rapport sur la Convention d'association des Royaumes du Danemark, l'Irlande et le Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord à la Convention sur la compétence et la reconnaissance des jugements en matière civile et commerciale et au Protocole d'interprétation par la Cour de justice signé à Luxembourg le 9 octobre 1978*, présenté par P. SCHLOSSER, JOCE 1979, 59/71.
- *Rapport sur la Convention sur la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale signée à Lugano le 16 septembre 1988*, présenté par P. JENARD et G. MÖLLER, JOCE 1990, C. 189/57.
- *Quels avenir pour l'Europe de la justice et de la police ?*, Commissariat Général du Plan, Docu. Fr. 1992.
- *Rapport du Conseil de l'Europe, Le rôle du pouvoir judiciaire dans un Etat de droit*, Ed. du Conseil de l'Europe, 1996.
- *Document préliminaire No 7 d'avril 1997 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1997 sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, par C. KESSEDJIAN, disponible sur <http://www.hcch.net>.
- *Etude du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique*, M.-L. NIBOYET et L. SINOPOLI, *Gaz. Pal.* 17 avr. 2004.
- *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, présenté par B. HESS, T. PFEIFFER et P. SCHLOSSER, Sept. 2007, JLS/C4/2005/03.
- *Study on Residual Jurisdiction*, A. NUYTS, Sept. 2007, disponible sur [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_residual\\_jurisdiction\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf).
- *Rapport public d'activité de l'ARCEP 2010*, disponible en ligne sur [www.arcep.fr](http://www.arcep.fr).
- *Rapport sur la Convention de la Haye du 30 octobre 2005 sur les accords d'élection de for*, T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, *Actes et documents de la Vingtième session*, t. III, Election de for, Bureau Permanent de la Conférence, Intersentia 2010.
- *International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, 2010, n°2, P. FRIEDLAND et L. MISTELIS, disponible sur [www.pwc.com/arbitrationstudy](http://www.pwc.com/arbitrationstudy).
- *Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, Rapport de la Commission dirigée par M. PRADA, 2011, disponible sur <http://www.textes.justice.gouv.fr/>
- *Rapport d'activité Autorité de la concurrence 2012*.

## JURISPRUDENCE (ET COMMENTAIRES)

### Jurisprudence française

#### Jurisprudence judiciaire

- **Cass., 16 messidor an II**, in DALLOZ, *Jurisprudence générale du royaume*, t. VII, Paris 1847, v<sup>o</sup> « Cassation », n<sup>o</sup> 65.
- **Cass., 7 fructidor an IV**, in DALLOZ, *Jurisprudence générale du royaume*, t. VI, Paris 1829, p. 470, MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5<sup>ème</sup> éd., Bruxelles 1826, v<sup>o</sup> « Etranger », §II, t. 11 p. 171.
- **Cass., 22 janv. 1806**, *Mountflorencie c. Skjpwith*, in MERLIN, *op. cit., loc. cit.*, p. 167s. (spéc. p. 182).
- **Civ., 19 avr. 1819**, *Parker*, *S.* 1819, I, p. 129 ; *Grands Arrêts*, n<sup>o</sup> 2.
- **Req., 6 janv. 1841**, *Wenger*, *S.* 1841, I, p. 24.
- **Civ., 10 juil. 1843**, *Cie l'Alliance*, *S.* 1843, p. 561, reprod. in *Rev. arb.* 1992, p. 399.
- **Paris, 23 déc. 1847**, *S.* 1848, II, p. 355.
- **Req., 19 avr. 1859**, *Guichard*, *S.* 1859, I, p. 411.
- **Civ., 28 févr. 1860**, *Bulkley*, *D.* 1860, 1, p. 57 et *S.* 1860, 1, p. 210, concl. Dupin ; *Grands Arrêts*, n<sup>o</sup> 4.
- **Civ., 9 mars 1863**, *S.* 1863, 1, p. 225.
- **Civ., 9 mars 1863**, *D. P.* 1863, 1, 176.
- **Civ., 10 mars 1863**, *Muriel*, *S.* 1863. 1. 293.
- **Colmar, 30 avr. 1863**, *S.* 1863, 2, 125.
- **Req., 30 janv. 1883**, *S.* 1883, I, 111.
- **Civ., 4 mars 1885**, *S.* 1885, 1, 169.
- **Paris, 5 déc. 1890**, *D. P.* 1892, 2, p. 321, note de Boeck ; *S.* 1892, 2, p. 233, note Pillet.
- **Paris, 26 févr. 1891**, *D. P.* 1892, 2, p. 321, note de Boeck ; *S.* 1892, 2, p. 233, note Pillet.
- **Trib. com. Marseille, 6 août 1891**, *JDI* 1892, p. 647.
- **Req., 26 avril 1892**, *D. P.* 1893, I, 162.
- **Paris, 18 mai 1892**, *D. P.* 1892, 2, p. 321, note de Boeck ; *S.* 1892, 2, p. 233, note Pillet.
- **Civ., 27 déc. 1898**, *D. P.* 1899, 1, p. 380.
- **Bourges, 19 janvier 1899**, *D. P.* 1902, II, p. 57, note E. Bartin.
- **Douai, 7 août 1902**, *D. P.* 1904, p. 85.
- **Paris, 5 déc. 1902**, *JDI* 1903, p. 616.
- **Req., 21 juin 1904**, *D. P.* 1906, p. 395.
- **Civ., 29 mai 1905**, *RCDIP* 1905, p. 518 ; *JDI* 1906, p. 1006 et *S.* 1906, 1, p. 161, note Pillet.
- **Civ., 30 oct. 1905**, *JDI* 1906, p. 410.
- **Trib. civ. Seine, 23 mars 1907**, *Epoux Dessus*, *D.P.* 1907, II, 281, note N. Politis ; *S.* 1933, 1, p. 249, note Ch. Rousseau.
- **Besançon, 5 janvier 1910**, *RCDIP* 1910, p. 428.
- **Civ., 4 mai 1910**, *D. P.* 1910, 1, p. 385, note Lalen
- **Req., 1<sup>er</sup> févr. 1916**, *S.* 1918-1919, 1, 137, note R. Cassin
- **Req., 4 mars 1924**, *D. P.* 1924, p. 263.
- **Trib. civ. Belfort, 28 mai 1924**, *Gaz. Pal.* 1924, 2, 229.
- **Colmar, 12 nov. 1925**, *Rev. jur. Alsace et Lorraine* 128, p. 375. Civ. 1<sup>ère</sup>
- **Civ., 17 mai 1927**, *Pélissier du Besset*, *D.* 1928, p. 25, concl. P. Matter, note H. Capitant.
- **Req., 23 janv. 1933**, *RCDIP* 1934, p. 935 note J.-P. Niboyet.
- **Civ., 5 juil. 1933**, *Nagalingampoulé*, *S.* 1934, I, p. 337, note Niboyet, *RCDIP* 1934, p. 166 du même annotateur ; *D.* 1934, I, 133, note Silz ; *JDI* 1934, p. 892.
- **Trib. Civ. Seine, 6 décembre 1934**, *Standé*, *JDI* 1935, p. 106, conclusion Gavalda, note P.T.
- **Civ. 24 juillet 1946**, *JCP* 1946, II, 3301, note Becqué
- **Com., 22 févr. 1949**, *Caulliez*, *JCP* 1949 II 4899, note H. Motulsky (reprod. in *Ecrits*, t. II, p. 222).
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 janv. 1951**, *Weiller I*, *RCDIP* 1951, p. 167, note Ph. Francescakis ; *JCP* 1951, II, 6151, note S. et T. ; *D.* 1952, *Jur.* p. 35 ; *S.* 1951, 1, 187 ; *Gaz. Pal.* 1951, 1, 210 ; *Grands Arrêts*, n<sup>o</sup> 24.
- **Trib Paris, 26 avr. 1952**, *RCDIP* 1952, p. 343, note Ph. Francescakis.
- **Paris, 27 janv. 1955**, *Scheffel*, *RCDIP* 1955, p. 330, note Motulsky.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 1955**, *JCP* 1985, II, 8567, note P. Louis-Lucas ; *RCDIP* 1955, p. 327, note H. B.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juin 1955**, *Caraslanis*, *Grands Arrêts* n<sup>o</sup>27
- **Paris, 9 déc. 1955**, *RCDIP* 1956, p. 452, note H. Motulsky.
- **Trib. civ. Seine, 7 juin 1956**, II, 9460 et *Ibid.* p. 231, note H. Motulsky.
- **Trib. civ. Seine, 17 oct. 1956**, *JCP* 1956, II, 9647, *Ibid.* p. 245, note H. Motulsky.
- **Soc., 8 nov. 1956**, *Bull.*, IV, n<sup>o</sup> 822.

## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

- **Paris, 22 janv. 1957**, *JCP* 1957, II, 10165, *Ibid.* p. 371, note H. Motulsky.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 15 févr. 1957**, *Bull.* n° 153.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 avr. 1957**, *Weiller II*, *RCDIP* 1957, p. 491, note Ph. Francescakis ; *Grands Arrêts*, n° 25.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 3 mai 1957**, *RCDIP* 1957, p. 495, note E. Mezger
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 avr. 1959**, *Weiller III*, *RCDIP* 1959, p. 495, note Ph. Francescakis ; *D.* 1959, p. 377, note G. Holleaux.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 mai 1959**, *Rougeron*, *RCDIP* 1959, p. 501, note H. Batiffol ; *D.* 1959, p. 378, note G. Holleaux *JDI* 1959, p. 1158, obs. J.-B. Sialelli.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juin 1959**, *Beer*, *RCDIP* 1959, p. 501, note H. Batiffol ; *JDI* 1959, p. 1158, obs. J.-B. Sialelli ; *D.* 1959, p. 377, note G. Holleaux.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 oct. 1959**, *D.* 1960, p. 37, note G. Holleaux ; *RCDIP* 1960, p. 215, note Y. L.
- **Paris, 23 oct. 1959**, *JCP G* 1959, II, 11319 bis, note R.L. ; *JDI* 1960, p. 820, obs. J.-B. Sialelli
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 févr. 1960**, *RCDIP* 1960, p. 390, note Ph. F. ; *D.* 1960, p. 509 note Lenoan.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 23 mars 1960**, *Bull.*, n° 198.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avril 1960**, *D.* 1960, p. 717, note G. Holleaux ; *RCDIP* 1961, p. 389, note M. Weser ; *JDI* 1960, p. 1070
- **Paris, 23 déc. 1960**, *RCDIP* 1962, p. 239, note P. Bellet ; *RTDCiv.* 1961, p. 549, obs. P. Hébraud ; *Gaz. Pal.* 1961, 1, p. 396.
- **TGI Seine, 31 janv. 1961**, *JDI* 1961, p. 1080, note J.-B. Sialelli.
- **Paris, 10 févr. 1961**, *RCDIP* 1963, p. 588, note F. Terre.
- **Paris, 14 févr. 1961**, *JDI* 1961, p. 1088, note J.-B. Sialelli.
- **Trib. com. Marseille, 16 mai 1961**, *JDI* 1964, p. 110, obs. J.-B. Sialelli.
- **Nancy, 18 mai 1961**, *JDI* 1962, p. 436 ; *JCP* 1961, II, 12421, note J. A. ; *RTDCiv.* 1962, p. 182, obs. Hébraud.
- **Paris, 19 mai 1961**, *JCP* 1961, II, 12329, note R. Boulbes.
- **Rouen, 30 sept. 1961**, *JDI* 1962, p. 1022, obs. J.-B. Sialelli.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 18 oct. 1961**, *Bull.* n°662,
- **Aix, 20 oct. 1961**, *JDI* 1964, p. 10, note J.-B. Sialelli ; *DMF* 1963, p. 470.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 déc. 1961**, *Bull.* n° 459.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 janv. 1962**, *RCDIP* 1964, p. 529, note H. B.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 févr. 1962**, *RCDIP* 1963, p. 87, note P. Lagarde ; *JDI* 1963, p. 140, note J.-B. S. ; *D.* 1962, p. 181, note G. Holleaux.
- **Lyon, 8 mars 1962**, *Gaz. Pal.* 1962, II, 104.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 25 mai 1962**, *Bull.* n° 470..
- **Civ. 12 juil. 1962**, *JDI* 1963, p. 1056, note B. G. ; *Civ.* 7 juin 1962, *JDI* 1963, p. 106, note Ponsard ;
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 oct. 1962**, *Scheffel*, *RCDIP* 1963, p. 387, note Ph. Francescakis ; *D.* 1963, p. 109, note G. Holleaux, *Grands Arrêts*, n°37.
- **Paris, 12 déc. 1962**, *RCDIP* 1963, p. 782, note P. Bellet ; *Rép. Commaille* 1962, p. 124, note G. Droz.
- **Com., 4 mars 1963**, *Hocke*, *RCDIP* 1964, p. 264 ; *JDI* 1964, p. 806, note B. Goldman ; *JCP* 1963, II, 13376, note P. Lescot ; P. LAGARDE, « les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? », *RCDIP* 1964, p. 235.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mars 1963**, *Carabiber*, *RCDIP* 1964, p. 529, note H. B. ; *JDI* 1964, p. 112 obs. J.-B. Sialelli.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1963**, *Chassagne*, *RCDIP* 1964, p. 93, note H. Batiffol ; *JDI* 1963, p. 1044, obs. B. G. ; *JCP* 1963, II, 13270, note M. Ancel ; *D.* 1963, p. 529, note Ph. Malaurie.
- **Aix, 22 mai 1963**, *Gaz. Pal.* 1963, 2, 320 ;
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 oct. 1963**, *Bull.* 1963, n° 601.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janv. 1964**, *Munzer*, *RCDIP* 1964, p. 344, note H. Batiffol ; *JDI* 1964, p. 302, note B. Goldman ; *JCP* 1964, II, 13590, note M. Ancel ; *Grands Arrêts*, n° 41.
- **Paris, 4 févr. 1964**, *D.* 1964, p. 497, note G. Brulliard ; *RTD Civ.* 1964, p. 788, obs. P. Hébraud
- **TGI Seine, 29 avr. 1964**, *JDI* 1965, p. 134, obs. J.-B. Sialelli ; *Gaz. Pal.* 1964, 2, p. 169.
- **Paris, 8 oct. 1964**, *JDI* 1965, p. 101, note J.-B. Sialelli.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 1964**, *Gaz. Pal.* 1965, 1, 245
- **TGI Seine, 12 janv. 1966**, *Stroganoff*, *RCDIP* 1967, p. 120, note Y. Loussouarn ; *JCP* 1967, II, 15266, note J.-M. Bischoff.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juil. 1966**, *RCDIP* 1967, p. 363, note M. Simon-Depitre.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 avril 1967**, *D.* 1967, p. 547, note Robert ; *JCP* 1967, II, 15201, note J. A. ; *RTD Civ.* 1967, p. 693 obs. Hébraud.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 oct. 1967**, *Stanton*, *RCDIP* 1968, p. 105, note J. Foyer ; *D.* 1968, p. 302, note Claeys.
- **Dijon, 10 nov. 1967**, *RCDIP* 1969, p. 89, note M. Simon-Depitre ; *Rép. Commaille* 1968, p. 627, obs. G. Droz ; *RTDCiv.* 1968, p. 417, obs. P. Hébraud.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 nov. 1968**, *Bull.* n° 267 ; *JCP* 1969, IV, 3.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juil. 1969**, *RTDCiv.* 1970, p. 230 note P. Hébraud.
- **TGI Paris, 21 janv. 1970**, *JDI* 1971, p. 566, obs. Ph. Kahn ; *Defrénois* 1972, 30020, obs. Ph. Malaurie.

- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1970**, *Weiss*, RCDIP 1971, p. 113, note H. Batiffol ; *Grands Arrêts*, n° 49.
- **TGI Paris, 4 nov. 1970**, *JDI* 1972, p. 297, note A. Huet ; *Gaz. Pal.* 1971, 1, p. 320, note M. de V. ; *Rev. Générale des Assurances Terrestres* 1971, p. 493, note J. B. ; *Rép. Commaille* 1972, p. 590, obs. G. Droz.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 févr. 1971**, RCDIP 1972, p. 123, obs. P. Hébraud ; *RTDCiv.* 1972, p. 433.
- **Paris, 9 juin 1971**, *D.* 1972, p. 232, note J. Carbonnier ; *RTDCiv.* 1972, p. 438, obs. Hébraud.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 avr. 1972**, *Bull.* n° 91
- **Aix-en-Provence, 15 juin 1972**, RCDIP 1973, p. 350, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1972, p. 756, note R. Rodière ; *Rép. Commaille* 1973, p. 539, note J. Boyer et p. 617, note G. Droz ; *DMF* 1974, p. 47.
- **TGI Paris, 12 juil. 1972**, *JDI* 1972, p. 855, obs. Ph. Kahn ; RCDIP 1972, p. 329, note H. Gaudemet-Tallon.
- **Soc., 23 mai 1973**, RCDIP 1974, p. 354, 2<sup>ème</sup> esp., note P. Lagarde.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 12 déc. 1973**, RCDIP 1974, p. 527, note M. S.-D. ; *JCP* 1974, IV, p. 122, obs. J. A. ; *Rép. Commaille* 1974, p. 311, obs. L. Boyer.
- **Paris, 18 déc. 1973**, RCDIP 1974, p. 530, note B. Audit ; *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 74, note R. S.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 nov. 1974**, RCDIP 1975, note D. Holleaux ; *JDI* 1975, p. 108, note A. Ponsard ; *Grands Arrêts*, n°54.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> janv. 1975**, RCDIP 1977, p. 120, note G. Couchez.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 avr. 1975**, *RFD aérien* 1975, 293
- **Ch. Mixte, 24 mai 1975**, *Jacques Vabre*, RCDIP 1976, p. 347, note J. Foyer et D. Holleaux ; *JDI* 1975, p. 801, note D. Ruzié ; *AJDA* 1975, p. 567, note Boulouis ; et les conclusions du Proc. Gal Touffait aux *D.* 1975, p. 497, *JCP* 1975, II, 18180bis, *Gaz. Pal.* 1975, 2, 470 et *RTDE* 1975, p. 336. *Adde, Grands Arrêts*, n° 55.
- **Soc., 30 juin 1976**, *JCP* 1976, IV, p. 282.
- **Com., 11 juil. 1977**, *Bull.* n° 197 ; *Gaz. Pal.* 1977, 2, Pan. 327.
- **Bordeaux, 20 févr. 1978**, *D.* 1979, I.R. p. 166, obs. J.-C. Groslière.
- **Paris, 17 mars 1978**, RCDIP 1978, p. 714, note P. Bourel ; *JDI* 1978, p. 605, note Ph. Kahn ; *D.* 1978, I.R. p. 370, obs. B. Audit.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 juin 1978**, *Dame Mora*, RCDIP 1978, p. 722, note B. Audit ; *D.* 1979, I.R. p. 337, note B. Audit ; *JDI* 1979, p. 141, chron. Ph. Kahn.
- **Com., 19 déc. 1978**, RCDIP 1979, p. 617, note A. Huet ; *JDI* 1979, p. 366, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1979, I.R. p. 341, obs. B. Audit.
- **Com., 19 mars 1979**, RCDIP 1981, p. 524, note P. Lagarde ; *Rev. soc.* 1979, p. 567, note Y. Guyon.
- **Paris, 27 juin 1979**, *Bull. Transport* 1979, p. 440.
- **TGI Paris, 11 juil. 1979**, RCDIP 1981, p. 102, note H. Gaudemet-Tallon.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 janv. 1980**, *Bull.* n°25,
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janv. 1980**, *Pelissier*, *Bull.* I, n° 38.
- **Com., 21 avr. 1980**, *Bull.*, n° 157.
- **Soc., 23 juil. 1980**, *D.*1981, IR p. 122, obs. Ph. Langlois.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 janv. 1981**, RCDIP 1981, p. 331, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1981, p. 360, note A. Huet ;
- **TGI Paris, 25 mars 1981**, RCDIP 1982, p. 329, note H. Gaudemet-Tallon.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 nov. 1981**, *Dame Fries*, *JDI* 1982, p. 926, note Wiederkehr,
- **Civ. 7 janv. 1982**, RCDIP 1983, p. 87, note B. Ancel
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 6 janv. 1982**, *Gaz. Pal.* 1982, I, somm. p. 177.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 avr. 1982**, *Bull.* n° 150.
- **Com., 21 juin 1982**, *Bull.* n° 236 ; *D.* 1983, I.R., p. 118, obs. B. Mercadal.
- **Rennes, 29 juin 1982**, RCDIP 1983, p. 513, note Ancel.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 21 juil. 1982**, *Desmares*, *D.* 1982, p. 449, concl. Carbonnier, note Ch. Larroumet ; *JCP* 1982, II, 19861, note F. Chabas ; *Defrénois* 1982, p. 1689, obs. J.-L. Aubert ; *RTDCiv.* 1982, p. 607, obs. G. Durry ; *Grands Arrêts de la jurisprudence de droit civil*, t. 2, n° 212.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 oct. 1982**, *Bull.* I, n°300
- **Soc. 27 oct. 1982**, *Bull.* n°587.
- **Paris, 27 avr. 1983**, *JCP* 1986, II, 20542, obs. P. Courbe.
- **Soc., 20 oct. 1983**, RCDIP 1985, p. 99, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1984, p. 338, note P. Rodière.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 nov. 1983**, *Société Schenk Algérie*, RCDIP 1985, p. 100, note H. Batiffol.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janv. 1984**, RCDIP 1986, p. 123, note P. Courbe ; *D.*1985, I.R. p. 177, obs. B. Audit.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janv. 1984**, *Gaz. Pal.* 1984, pan. 154, obs. S. Guinchard.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 1984**, *Kryla*, RCDIP 1985, p.108, note G. Droz ; *JDI* 1984, p. 859, note J. Chappez.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 1984**, *Norsolor*, *Rev. arb.* 1985, note B. Goldman ; *JDI* 1985, p. 679, note Ph. Kahn ; RCDIP 1985, p. 551, note B. Dutoit ; *D.* 1985, p. 101, note J. Robert et chron. p. 83.



## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

- **Com., 4 janv. 1985**, *D.* 1985, IR p. 386, obs. Serra.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 févr. 1985**, *Simitch*, RCDIP 1985, p. 369 et p. 243 chr. Ph. Francescakis ; *JDI* 1985, p. 460 note A. Huet ; *D.* 1985, p. 469, note J. Massip et I.R. p. 497 obs. B. Audit ; *Grands Arrêts* n° 70.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 nov. 1985**, *Cognac and Brandies from France*, RCDIP 1986, p. 712, note Y. Lequette ; *JDI* 1986, p. 719, note A. Huet ; *D.* 1986, p. 362, note Prévault et somm. comm. p. 268, obs. B. Audit ; *JCP* 1987, II, 20810, note P. Courbe, *Grands Arrêts*, n° 71.
- **Civ. 3<sup>ème</sup>, 20 nov. 1985**, *Bull.* n° 153.
- **Civ. 3 déc. 1985**, *D.* 1986, I.R. p. 269, obs. B. Audit ; *JCP G* 1986, IV, p. 63.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 déc. 1985**, *Cie de signaux et d'entreprises électriques*, RCDIP 1986, p. 537, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1986, IR, p. 265, obs. B. Audit ; *Grands Arrêts*, n° 72.
- **Com., 4 févr. 1986**, *Rev. arb.* 1988, p. 718, obs. T. Bernard.
- **TGI Paris, 26 févr. 1986**, *JDI* 1988, p. 420, note G. Wiederkehr.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 avr. 1986**, RCDIP 1986, p. 723, note G. Couchez ; *JDI* 1987, note Ph. Kahn.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 nov. 1986**, RCDIP 1987, p. 760, note B. Audit ; *JDI* 1987, p. 125, note E. Gaillard
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 avr. 1988**, *Farah Diba*, RCDIP 1988. 546, note P. Bourel ; *JDI* 1988. 752, note B. Edelman ; *JCP* 1989, II, 21320, obs. E. Putman.
- **Ass. Plén., 15 avr. 1988**, *Fondation Abbeig*, RCDIP 1989, p. 100, note G. Droz ; *JDI* 1989, p. 86, note Ph. Kahn ; *JCP* 1988, II, 21066, rapp. Grégoire, note J.-F. Barbiéri ; *D.* 1988, p. 325, chron. Maury.
- **Com., 3 nov. 1988**, *Bull.* n° 291 ; *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. p. 252, obs. S. Guinchard et T. Moussa.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janv. 1990**, *D.* 1990, p. 461, note J.-P. Remery.
- **Paris, 22 févr. 1990**, *JDI* 1991, p. 152, obs. A. Huet.
- **Com. 13 mars 1990**, *Bull.* n°76.
- **Paris, 15 mars 1990**, *D.* 1990, somm. p. 263, obs. B. Audit.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1990**, RCDIP 1991, p. 558, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; *JDI* 1991, p. 371, note D. Bureau ; *Grands Arrêts* n° 76.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 1990**, *Prince Bin Seoud*, *Rev. arb.* 1991, p. 305, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; *D.* 1991, p. 571, note M. Santa-Croce.
- **Ass. Plén., 2 nov. 1990**, *JCP* 1991, II, 21631, concl. Monnet, note P. Estoup.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 nov. 1990**, *Rev. arb.* 1991, p. 73 et l'article de Ph. DELEBECQUE, « La transmission de la clause compromissoire », *op. cit.*, p. 19.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 déc. 1990**, *Coveco*, RCDIP 1991, p. 558, note M.-L. Niboyet ; *JDI* 1991, p. 371, note D. Bureau.
- **Paris, 21 mars 1991**, *Rev. Arb.* 1993, p. 94, note C. Vergne.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 juil. 1991**, *Bull.* n°223
- **Colmar, 8 avr. 1991**, *Gaz. Pal.* 1991, somm. 404.
- **Versailles, 26 sept. 1991**, RCDIP 1992, p. 333, note H. Gaudemet-Tallon.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 nov. 1991**, *Rev. arb.* 1992, p. 462, note D. Hascher ;
- **Soc., 22 janv. 1992**, RCDIP 1992, p. 511, note H. Muir-Watt.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 29 janv. 1992**, *Dr. soc.* 1992, comm. 202, T. Bonneau ; *JCP* 1992, IV, n° 920 ; *D.* 1992, I.R. p. 83.
- **Com., 4 févr. 1992**, RCDIP 1992, p. 495, note P. Lagarde.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1992**, *JCP* 1992, IV, 2508.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 14 déc. 1992**, *D.* 1993. 186, obs. Julien.
- **Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mars 1993**, *JCP* 1993, IV, n° 1230.
- **Paris, 23 juin 1993**, *Rev. arb.* 1994 p. 151, note L. Cadiet.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 déc. 1993**, RCDIP 1994, p. note P. Mayer ; *JDI* 1994, p. 432, note E. Gaillard et p. 690, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD Com.* 1994, p. 254, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 févr. 1994**, RCDIP 1995, p. 51, note P. Lagarde.
- **Paris, 18 févr. 1994**, *D.* 1994, somm. 351 par B. Audit.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mars 1994**, RCDIP 1995, p. 51, note P. Lagarde.
- **Com., 14 juin 1994**, *Bull.*, n° 221.
- **Com., 25 oct. 1994**, n° 92-20068.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 15 févr. 1995**, *D.* 1995, IR p. 72.
- **Riom, 14 oct. 1995**, *Gaz. Pal.* 13 juil. 1996, *Jur.* p. 395.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 déc. 1995**, *Banque Africaine de développement*, RCDIP 1996, p. 468, note B. Oppetit ; *Gaz. Pal.* 28-29 juin 1996, p. 867, note G. Cohen-Jonathan ; *RGDIP* 1996, p. 867 et chron. D. Alland, p. 603 ; *Grands Arrêts* n°80-81.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janv. 1996**, *Rev. arb.* 1996, p. 621, note L. Cadiet.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1996**, *Bull. civ.* I, n° 201.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 déc. 1996**, *Bentchikou*, RCDIP 1997, p. 318, note B. Ancel ; *JDI* 1997, p. 1020, note M. Revillar
- **Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 févr. 1997**, *Procédures avr.* 1997, comm. n° 82, note R. Perrot.

- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 1997**, *Bull.*, n° 82 ; *JDI* 1998, p. 142, note A. Huet.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juil. 1997**, *RCDIP* 1998, p. 60, note P. Mayer ; *Deffrénois* 1998, p. 711, note J. Massip ; *RTDCiv.* 1999, p. 275, note J. Massip.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 1997**, n° 95-17726.
- **Com., 25 nov. 1997**, *RCDIP* 1998, p. 98, rapp. J.-P. Rémy.
- **Com., 9 déc. 1997**, *RCDIP* 1998, p. 117, rapp. J.-P. Rémy.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1998**, n° 96-11172.
- **Soc., 17 mars 1998**, *D.* 1998, IR, p. 100 ; *JCP* 1998, I, 173, obs. L. Cadiet, et II, 10127, note Kerchove.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 juin 1998**, *Bull.* n°200
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 1998**, *Bull.* I, n°227
- **Paris, 29 oct. 1998**, *D.* 1999, somm. p. 293, obs. B. Audit.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 mars 1999**, *JCP G* 1999, II, 10220, note G. Cuniberti ; *Dr. et pat.* juin 1999, p. 118, obs. F. Monéger.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 11 mars 1999**, *Rev. arb.* 1999, p. 853, obs. J. Pellerin.
- **Soc., 27 mai 1999**, n° 98-60309.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 juin 1999**, n° 97-17580.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 1999**, *RCDIP* 2000, p. 42, note G. Cuniberti.
- **Com., 26 oct. 1999**, *Bull. Joly* 2000, p. 385, note M. Menjuq.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2000**, *RCDIP* 2000, p. 399, note B. Ancel ; *JDI* 2001, p. 505, note M. Revillard ; *D.* 2000, p. 539, obs. F. Boulanger ; *JCP* 2000, II, 10443, note T. Vignal ; *Gaz. Pal.* 30 oct. 2000, p. 17, note C. Brière ; *Dr. et pat.* juil. 2000, p. 97, note F. Monéger ; *Dr. fam.* mai 2000, p. 25, obs. E. Fongaro ; *Deffrénois* 2000, n°1157 et *JDI* 2001, p. 505, note M. Revillard.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 déc. 2000**, n°99-14902, *Bull.* n°163.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 déc. 2000**, *RCDIP* 2001, p. 682, note V. Heuzé ; *Dr. et pat.* juin 2001, p. 122, note F. Monéger.
- **Com. 30 janvier 2001**, *RCDIP* 2001, p.539, note S. Poillot-Peruzzetto.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 févr. 2001**, *RCDIP* 2001, p. 524, note F. Jault-Seseke ; *Rev. arb.* 2001, p. 764, note D. Cohen ; *JCP E* 2001, p. 342 ; *D.* 2001, I.R. p. 827
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 févr. 2001**, *Gaz. Pal.* 9-10 oct. 2002, p. 51, obs. A. Perdriau ; *Procédures* 2001. Comm. 80, obs. R. Perrot.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 mai 2001**, n°99-20.282.
- **Soc. 10 juil. 2001**, n° 99-43495, *RDAl* 2002, p. 715, chron. A. Mourre et Y. Lahlou.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 22 nov. 2001**, *Rev. arb.* 2002, p. 371, note Ph. Théry.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 déc. 2001**, n° 00-11704, *JCP* 2002, IV, 1108.
- **Chambéry, 8 janv. 2002**, n° 2000-02276.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janv. 2002**, *Crédit Suisse Hottinger*, *JCP E* 2003, p. 663, note G. Cuniberti.
- **Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 avr. 2002**, n° 00-20973.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 nov. 2002**, *Banque Worms*, *RCDIP* 2003, p. 631, note H. Muir Watt ; *JDI* 2003, p. 132, note Ph. Roussel Galle ; *JCP* 2002, II, 10201, concl. J. Sainte-Rose et note S. Chaillé de Néré ; *D.* 2003, p. 797, note G. Khairallah ; *Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2003, p. 29, obs. M.-L. Niboyet
- **Versailles, 26 nov. 2002**, n° 2002-6344.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 févr. 2003**, *D.* 2003, IR, p. 737 ; *JCP* 2003, IV, 1622 et *Gaz. Pal.* 10-11 oct. 2003, obs. E. du Rusquec
- **Ch. mixte, 14 févr. 2003**, *JCP* 2005, I, 141, obs. Sauphanor, I, 179, obs. J. Béguin et I, 183, obs. T. Clay ; *Rev. arb.* 2003, p. 403, note Ch. Jarrosson ; *JCP* 2003, I, 134, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; I, 142, obs. G. Virassamy et I, 164, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2003, p. 1386, note P. Ancel et M.-A. Cottin et p. 2480, obs. Th. Clay ; *Procédures* 2003, comm. 96, obs. H. Croze.
- **Montpellier, 31 mars 2003**, n°05/02206
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 2003**, *JDI* 2003, p. 827, note G. Cuniberti ; *LPA* 2004, no 53, 17, obs. J. Massip ; *Dr. et pat.* nov. 2003, p. 98, obs. F. Monéger ; *AJ fam.* 2004. IR 24.
- **Versailles, 30 oct. 2003**, n° 2002-06344.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 2003**, *Bull.*, n°250, *Dr. fam.* 2003, n°9, p. 42, note B. Bourdelois ; *Gaz. Pal.* 30 oct. 2004, p. 16, note E. du Rusquec ; *RJDA* 2004, n°5, p. 599.
- **Com. 24 mars 2004**, *D.* 2004, AJ p. 1163, et 2005, Pan. p. 2748, spéc. p. 2756, obs. H. Kenfack ; *RTD com.* 2004, p. 805, obs. B. Bouloc.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 2004**, *Dame Rado*, *D.* 2004, p. 2458, note I. Najjar, *RTD Com.* 2004, p. 447, note E. Loquin, *Rev. Arb.* 2005, p. 115, note X. Boukobza, *JCP G* 2005, I, 134, note Ch. Seraglini)...
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 avr. 2004**, *RTDCiv.* 2004, p. 544, obs. Ph. Théry
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004**, *Stolszenberg*, *RCDIP* 2004, p. 815, note H. Muir-Watt ; *JDI* 2005, p. 112, note G. Cuniberti ; *D.* 2004, p. 2743, note N. Bouche ; *JCP* 2004, II, 10198, concl. J. Sainte-Rose ; *RTDCiv.* 2004, p. 549, obs. Ph. Théry et E. GUINCHARD, *op. cit.*
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 nov. 2004**, pourvoi n° 01-03262

## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 déc. 2004**, *Bull. Civ* I n°311
- **Ch. mixte, 28 janv. 2005**, *JCP G* 2005, I, 125, obs. S. Amrani-Mekki ; *Procédures* 2005, comm. 87, obs. R. Perrot ; *Dr. et pat.* 2006, p. 103, obs. S. Amrani-Mekki ; *D.* 2005, p. 386, obs. V. Avena-Robardet et 2006, p.545, obs. P. Julien et N. Fricero.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 2005**, *NIOC c. Israël, Rev. arb.* 2005, p. 693, note H. Muir-Watt ; *RCDIP* 2006, p. 140, note T. Clay ; *D.* 2005, p. 2727, note S. Hotte ; *RTDCom.* 2005, p. 266, note E. Loquin ; *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, p. 37, note F.-X. Train.
- **Ch. mixte, 11 mars 2005**, *RCDIP* 2005, p. 732, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 2005, p. 1332, note J.-C. Mahinga ; *RDC* 2005, p. 1186 ;
- **Com. 21 juin 2005**, *RDAI* 2005, p. 802.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 oct. 2005**, *RCDIP* 2006, p. 423, note M. Audit ; *JDI* 2006, p. 169, note J.-M. Jacquet ; *D.* 2006, p. 1501, note F. Jault-Seseke ; *Gaz. Pal.* 24-25 mai 2006, p. 24, note M.-L. Niboyet
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 nov. 2005**, *Gaz. Pal.* 9 févr. 2006, p. 17, note B. Vatier ; *LPA* 5 juil. 2006, p. 22, concl. Sainte-Rose et E. ROSENFELD, « L'arbitrage forcé, la fin d'un mythe », *D.* 2006, p. 2079 ;
- **Com., 21 mars 2006**, *RCDIP* 2007, p. 105, note G. Khairallah ; *D.* 2006, p. 1466, note A. Henry ; *Rev. soc.* 2006, p. 653, note S. Bollée ; *Bull. Joly* 2006, p. 930, note D. Bureau ; *JCP E* 2006, p. 2072, note J.-P. Legros ; *Gaz. Pal.* 14-18 juil. 2006, p. 12, note F. Mélin..
- **Soc. 10 mai 2006**, *Epoux Moukarim, RCDIP* 2006, p. 856, note P. Hammje et E. Pataut ; *JDI* 2007, p. 531, note J.-M. Jacquet ; *JCP* 2006, II, 10121, note S. Bollée ; *D.* 2006, p. 1400, note P. Guiomard et 2007, p. 1752, obs. P. Courbe ; *RDC* 2006, p. 1260.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mai 2006**, *Prieur, D.* 2006, p. 1846, chr. B. Audit et pan. 1751, obs. P. Courbe ; *JCP* 2006, 10134, note Callé ; *RCDIP* 2006, p. 870, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 2006, p. 1377, note C. Chalas ; *PA* 22 sept. 2006, p. 10, obs. P. Courbe ; *Grands Arrêts* n°87
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006**, *Rev. arb.* 2006, p. 983, note J.-Y. Garaud et Ch.-H. de Taffin).
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juin 2006**, *JDI* 2007, p. 125, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 2007, p. 1710, note P. Courbe ; *RCDIP* 2007, p. 383, note B. Ancel ; *Dr. et pat.* 2006, n°154, p. 83, note M.-E. Ancel.
- **Ass. Plén., 7 juil. 2006**, *Cesareo, D.* 2006, p. 2135, note E. Weiller ; *JCP* 2006, I, 183, obs. S. Amrani-Mekki et 188, note R. Martin ; *Dr. et proc.* 2006, n°348, obs. N. Fricero ; *Procédures* 2006, comm. 201, obs. R. Perrot.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juil. 2006**, *D.* 2006, p. 2055, obs. X. Delpech ; *RTDCom.* 2006, p. 703, obs. Ph. Delebecque ; *Gaz. Pal.* 18 août 2006, p. 9, avis J. Sainte-Rose ; *Rev. fr. dr. aérien* 2006, p. 227, obs. G. Guillaume ; *RDAI* 2006, p. 828, obs. Y. Lahlou et M. Matousekova ; *RCDIP* 2007, somm. p. 893.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 9 nov. 2006**, *Proced.* 2007, n°40, obs. R. Perrot (v. aussi *RTD Civ.* 2007, p. 181) ; *Gaz. Pal.* 9 oct. 2007, p. 14 obs. C. Brenner ; *Dr. et pat.* 2007, n°11, p. 85, note Ch. Lefort,
- **Toulouse, 12 sept. 2006**, n°06/01941
- **Soc. 5 déc. 2006**, *Bull.* n°368
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 déc. 2006**, *D.* 2007, p. 780, note J.-G. Mahinga, p. 1755, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *JCP* 2007, II, 1048, note A. Devers.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 janv. 2007**, *D.* 2007, p. 513.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 févr. 2007**, *JDI* 2007, p. 1195, note F.-X. Train ; *RCDIP* 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir-Watt ; *D.* 2007, p. 891, obs. P. Chauvin et p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; *Gaz. Pal.* 3 mai 2007, p. 2, note M.-L. Niboyet.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2007**, n° 06-14402.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mai 2007**, *Ferrométal, D.* 2007, AJ p. 1586 et chron. B. Audit, p. 2548 ; *JCP* 2007, actu. 258 obs. C. Chabert ; *RCDIP* 2007, p. 610, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 2007, p. 956, note B. Ancel et H. Muir-Watt ; *Gaz. Pal.* 21-22 mars 2008, p. 28, obs. M.-L. Niboyet
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 24 mai 2007**, *RTD Civ.* 2007, p. 630, obs. Ph. Théry.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juin 2007**, *RCDIP* 2007, p. 847, note E. Pataut ; *D.* 2008, p. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke
- **Soc. 20 juin 2007**, inédit, pourvoi n°05-44077
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 18 oct. 2007**, *RTDCiv.* 2008, p. 150, obs. Ph. Théry
- **Orléans, 14 déc. 2007**, *RCDIP* 2008, p. 311, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. dr. transp.* 2008, n°5 p. 39, note Ph. Delebecque.
- **Com.**, 8 janv. 2008, *JDI* 2009, p. 184, note O. Cachard
- **Aix 9 janv. 2008**, n°05/01448
- **Paris 6 mars 2008**, *Flash Airlines, JDI* 2009, p. 171, note G. Cuniberti ; *JCP G* 2008, II, 10115, note C. Bruneau ; *D.* 2008, p. 1452, note P. Courbe et pan. P. 1516, obs. F. Jault-Seseke ; *Gaz. Pal.* 21 févr. 2009, p. 48, note M.-L. Niboyet ;
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 mars 2008**, *JCP* 2008, II, 10076.
- **Versailles 20 mars 2008**, *RCDIP* 2008, p. 649 note L. d'Avout, *D.* 2008, p. 1660, note J.-L. Vallens.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 avr. 2008**, *Rapport de la Cour de cassation* 2008, p. 263 ; *D.* 2008, p. 2373, obs. Sommer et Nicoletis ; *Procédures* 2008, comm. 167 par R. Perrot ; *JCP S* 2008,1382, note T. Tauran.
- **Aix, 22 mai 2008**, n°07/19546

- **Paris, 22 mai 2008**, *rev. arb.* 2008 p. 730, note F.-X. Train ; *D.* 2008, p. 3117, obs. T. Clay ; *JCP* 2008, I, 222, obs. Ch. Seraglini.
- **Aix, 13 nov. 2008**, n°06/19087
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 nov. 2008**, *JCP* 2008, act. 651, obs. E. Cornut
- **Aix 12 déc. 2008**, n° 08/11210
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janv. 2009**, *JDI* 2009, p. 1237, note F. Marchadier ; *D.* 2009, p. 2392, obs. S. Bollée et 1585, obs. *Gaz. Pal.* 28 nov. 2009, p. 35 note M.-L. Niboyet et G. CUNIBERTI, « Quelques précisions sur le régime de l'astreinte en droit international privé », p. 2 ; *Procédures* 2009, n°5, p. 19, obs. R. Perrot ; *JCP* 2009, II, 10087, note D. Martel et act. 80 par E. Cornut.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 févr. 2009**, *JDI* 2009, p. 567, note H. Péroz ; *RCDIP* 2009, p. 512, note B. Ancel ; *D.* 2009, p. 1658, note G. Lardeux et p. 562, obs. V. Egea ; *JCP* 2009, II, 10068, note F. Boulanger et Actu. 106, obs. E. Cornut ; *Dr. fam.* 2009, comm. 39 par E. Fongaro ; *Defrénois* 2009, p. 1705, note Meyzeaud-Garaud ; *Dr. et pat.* 2009, n°107, note M.-E. Ancel.
- **Ass. Plén., 27 févr. 2009**, *Bull. AP*, n°1, rapport Boval et concl. R. de Gouttes ; *D.* 2009, p. 723, obs. X. Delpéch, p. 1245, note D. Houtcieff, 172, obs. N. Fricero et 285, chron. E. Agostini ; *JCP* 2009, I, 142, obs. Y.-M. Serinet et II, 100073, note P. Callé ; *RDC* 2009, p. 1019, note G. Viney ; *Gaz. Pal.* 19 mars 2009, p. 10, note T. Janville.
- **Com. 10 mars 2009**, 07-19447, *Bull.* n°33.
- **Ass. Plén., 13 mars 2009**, *D.* 2010. Pan. 169, obs. Fricero ; *JCP* 2009. II. 10077, note Y.-M. Serinet ; *Gaz. Pal.* 2009, p. 1314, note Janville ; *LPA* 16 juill. 2009, note R. Bargue ; *RTD civ.* 2009. 366, obs. R. Perrot ; *Dr. et proc.* 2009. 266, obs. E. Putman.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 19 mars 2009**, *Procédures* 2009, n°148 par R. Perrot.
- **Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 avril 2009**, *D.* 2010, p. 1307, obs. A. Leborgne ; *RTD Civ.* 2009, p. 575 et *Procédures* 2009 n°6, p. 15, obs. R. Perrot.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 30 avr. 2009**, *JCP* 2009, comm. 162 par M. Attal.
- **Com., 16 juin 2009**, *D.* 2009, p. 2521, note J. Théron ; *JCP* 2009, 369, chron. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> nov. 2009, p. 19, obs. D. Voinot ; *RTD Civ.* 2009, p. 576, obs. R. Perrot ; *Procédures* 2009, n°280 par B. Rolland.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2009**, pourvoi n° 08-11697), la Chambre commerciale poursuivant sa jurisprudence
- **Com., 7 juil. 2009**, *Procédures* 2009, comm. 301, obs. R. Perrot et comm. 313, obs. C. Nourissat.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 9 juil. 2009**, *RTD Civ.* 2010, p. 370.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 sept. 2009** (4 arrêts), *RCDIP* 2010, p. 133, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 2010, p. 58, note B. Audit et 2009, p. 2419, obs. I. Gallmeister ; *JCP* 2009, II, 480, note M. Attal ; *JDI* 2010, p. 475, note Ch. Chalas.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 oct. 2009**, *In Zone Brands*, *RCDIP* 2010, p. 158, note H. Muir-Watt ; *JDI* 2010, p. 146, note S. Clavel ; *D.* 2010, p. 177, note S. Bollée.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 2009**, *RCDIP* 2010, p. 372, note H.M.W ; *Rev. dr. transp.* 2010, n°1, p. 28, note Ph. Delebecque.
- **Com. 26 janv. 2010**, n°08-13989 et 08-21330 (deux arrêts) ;
- **Soc. 27 janv. 2010**, *JCP S* 2010, n°18, comm. 1179 par N. Nord.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 févr. 2010**, n°08-20141 ; *Rev. arb.* 2010, p. 496, spéc. p. 500, note P. Calle.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 févr. 2010**, *RCDIP* 2010, p. 769, note L. Usunier.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 avr. 2010**, *Rev. arb.* 2010, p. 496, spéc. p. 500, note P. Calle.
- **Paris, 28 avr. 2010**, *Vivendi Universal*, *D.* 2010, p. 1224, obs. X. Delpéch et p. 2323, obs. S. Bollée ; *JCP* 2010, chron. 1191 par E. Jeuland ; *Gaz. Pal.* 28-29 mai 2010, p. 11, obs. M. Audit et M.-L. Niboyet ; *Procédures* 2010, repère 7 par C. Nourissat ; *JCP G* 2010, chron. 886 ; *D.* 2010, p. 1224, obs. X. Delpéch et p. 2323, obs. S. Bollée ; *JCP* 2012, note 241, note L. d'Avout.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mai 2010** (3 arrêts), *Agence de Marketing Appliqué*, *RCDIP* 2010, p. 558, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 2010, note A. Bolze et L. Perreau-Saussine ; *RTD Civ.* 2010, p.617, obs. R. Perrot et 808, note Ph. Théry.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 juin 2010**, *Tassel*, *RCDIP* 2011, p. 53, note B. Ancel (deux arrêts) ; *JDI* 2010, p. 1263, note H. Péroz ; *D.* 2010, p. 2955, note L. d'Avout ; *JCP* 2010, n° 748, obs. E. Cornut ; *JCP N* 2010, n°1308, obs. A. Devers ; *Gaz. Pal.* 2010, p. 13, avis P. Chevalier ; *Defrénois* 2010, n°1805, note P. Callé ; *Dr. et pat.* 2010, n°198, p. 118, obs. M.-E. Ancel.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 24 juin 2010**, *Gaz. Pal.* 17 oct. 2010, p. 20, obs. N. Fricero
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juil. 2010**, *D.* 2011, p. 632 chron. J.-M. Sommer et L. Leroy-Gissinger.
- **Civ. 1<sup>ère</sup> 8 juil. 2010**, n°09-65.403.
- **Com., 7 sept. 2010**, *Procédures* 2010, comm. 368 par R. Perrot ; *Com.*, 28 janv. 2010, *JCP G* 2010, n° 223, note Arbellot.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 23 sept. 2010**, *D.* 2010 p. 2300.
- **Com., 5 oct. 2010**, *Gaz. Pal.* 8 janv. 2011, p. 31, obs. D. Voinot ; *Rev. proc. coll.* 2011 n°2, p. 36, obs. P. Cagnolli

## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 oct. 2010, *Abela*, *Rev. arb.* 2010, p. 813, note F.-X. Train ; *D.* 2010, p. 2441, obs. X. Delpech ; *JCP Aix*, 20 oct. 2010, n° 09/23590**
- **Com. 7 déc. 2010**, 09-16811, 09-168111 et 09-14545,
- **Ass. Plén. 7 janv. 2011**, *JCP* 2011, act. 43, obs. M. Malaurie-Vignal et 208, obs. B. Ruy ; *D.* 2011, p. 562, note F. Fourment.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 janv. 2011**, *RCDIP* 2011, p. 438, note E. Gallant ; *Gaz. Pal.* 27 mai 2011, p. 31, note M. Eppler
- 2010, II, 1028, note P. Chevalier.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 févr. 2011**, n°10-16696.
- **Paris 17 févr. 2011**, *Dallab*, *Rev. arb.* 2012, p. 369, note F.-X. Train (l'arrêt de la *Supreme Court* est reproduit en p. 427) ; *JDI* 2011, p. 396 note I. Michou ; *JCP* 2011, 1432 obs. par Ch. Seraglini ; *D.* 2011, p. 3023, obs. T. Clay et, du même auteur avec L.-Ch. Delanoy et L. Degos, *LPA* 11 nov. 2011, p. 5 ; *Cab. Arb. (Paris J. Int. Arb.)* 2011, p. 470, note A. Mourre et P. Pedone, p. 433, note G. Cuniberti et p. 173, obs. T. Portwood ; *Gaz. Pal.* 15 mai 2011, p. 16, note D. Bensaude ; *RDAl* 2011, p. 688, obs. A. Musella.
- **Com., 8 mars 2011**, *Procédures* 2011, comm. 178 par B. Rolland.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 2011**, *RCDIP* 2011, p. 716, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 2011, p. 889, obs. C. Tahri ; *Gaz. Pal.* 18 oct. 2011, p. 289, note A. Loiseau ; *RTDCiv.* 2011, p. 382, obs. Ph. Théry.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 mars 2011**, n°10-15.120
- **Reims, 14 mars 2011**, *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 157 par Ch. Delattre.
- **Com. 29 mars 2011**, n°10-12272 ;
- **plén., 15 avr. 2011**, n° 10-17.049, *D.* 2011 p.1080, obs. J.-P. Marguénaud et du même auteur in *RTD Civ.* 2011, p. 725 ; *AJ pénal* 2011. 311, obs. C. Mauro et n° 10-30.313, n° 10-30.316, *D.* 2011. p.1128, entretien G. Roujou de Boubée et p.1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *Constitutions* 2011. 326, obs. A. Levade ; *RSC.* 2011. 410, obs. A. Giudicelli
- **Soc. 31 mai 2011**, inédit, n°10-24751.
- **Com., 13 sept. 2011**, *RCDIP* 2012, p. 113, note J. Klein ; *JCP* 2011, 1259, chron. Ph. Simler et 2012, 264 chron. J. Beguin ; *Gaz. Pal.* 21 déc. 2012, p. 20, note M.-P. Dumont-Lefrand ; *JCP E* 2012, n°23 p. 42 note A. Salgueiro ; *Rev. dr. banc. et fi.* 2011, n°6, p. 30, obs. A. Cerles ; *Banque et droit* nov. 2011, p. 51, obs. N. Rontchevsky).
- **Com. 20 sept. 2011**, n°10-16569 ; *D.* 2011, p. 2345, obs. X. Delpech ; *Procédures* 2011, Repères 11 par H. Croze ; *JCP* 2011, p. 1250, note D. Houtcieff ; *RTDCiv.* 2011, p. 760 , obs. B. Fages.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 oct. 2011**, n° 10-23567
- **Paris, 7 nov. 2011**, *Rev. arb.* 2011, p. 747, note S. Bollée et B. Haftel.
- **Com., 8 nov. 2011**, *Procédures* 2010, comm. 368 par R. Perrot ; *Com.*, 28 janv. 2010, *JCP G* 2010, n° 223, note Arbellot.
- **Com., 11 oct. 2011**, *JCP E* 2012, n°38, chron. 1553 par C. Legros.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 déc. 2011**, *West Caribbean Airways*, *JDI* 2012, p. 1384, note S. Clavel ; *RCDIP* 2012, p. 138, Rapp. Maitrepierre ; *D.* 2012, p. 254, obs. X. Delpech et note Ph. Delebecque et p. 1237, obs. F. Jault-Seseke et 1439, note H. Kenfack ; *JCP G* 2012, p. 414, note 264 par L. d'Avout ; *RTDCiv.* 2012, p. 367, note Ph. Théry ; *RDC* 2012, p. 957, note A. Lapart et O. DUBOS, « Juridictions américaines et juridictions françaises face à l'article 33 de la Convention de Montréal : un dialogue de sourd ? », *JDI* 2012, p. 1281 ;
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 déc. 2011**, *RTD Civ.* 2012, p. 148, obs. R. Perrot ; *Procédures* 2012, Alerte 12 par C. Bléry et *Comm.* 41 par L. Weiller ; *Gaz. Pal.* 2 mars 2012, p. 45, note S. Amrani-Mekki et 24 juin 2012 p. 16 note A. Lizop.
- **Soc. 25 janv. 2012**, *RCDIP* 2012, p. 620, note B. Haftel.
- **Com., 31 janv. 2012**, *D.* 2012, p. 857, note Th. Montéran et p. 1218, obs. F. Arbellot ; *JCP E* 2012, 1162, note Ph. Pétel ; *Procédures* 2012, comm. 124 par B. Rolland ; *Rev. proc. coll.* mars 2012, comm. 24 par Ch. Lebel ; *Gaz. Pal.* 2 mai 2012, p. 17 note Ch. Bidan.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 2012**, *Calimax*, *JCP* 2012, 1053, obs. C. Nourissat.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 févr. 2012**, *JCP* 2012, 314, *RCDIP* 2012, p. 884 ; *Gaz. Pal.* 25 mai 2012, p. 32, note M. Nioche ; L. USUNIER, « La compatibilité de l'article 14 du Code civil avec les droits fondamentaux, une question dépourvue de caractère sérieux ? », *RCDIP* 2012 p.775
- **Com., 21 févr. 2012**, n°11-13.276, *RTD Civ.* 2012, p. 566, note Ph. Théry ; *Gaz. Pal.* 15 mai 2012, p. 146 note L. Mayer ; *RCDIP* 2012, p. 630, note D. Bureau ; *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 187 par M. Menjucq ; *Gaz. Pal.* 2 mai 2012, p. 28, note Ph. Roussel-Galle.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 févr. 2012**, *RCDIP* 2012, p. 884 et L. USUNIER, « La compatibilité de l'article 14 du Code civil avec les droits fondamentaux, une question dépourvue de caractère sérieux ? », p.775 ; *Gaz. Pal.* 25 mai 2012, p. 32, note M. Nioche.
- **Soc., 9 mars 2012**, *Procédures* 2012, comm. 149, obs. A. Bugada
- **Versailles, 9 mai 2012**, n°11/02942
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 2012**, *Rev. arb.* 2012, p. 561 ; *JCP* 2012, 1053, obs. C. Nourissat.

- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 2012**, n°11-16942, Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 2012, *Procédures* 2012 n°7, p. 8, obs. R. Perrot.
- **Civ. 2<sup>ème</sup>, 16 mai 2012**, n°11-16942, *Europe* 2012, n°11, chron. n°3, obs. S. Chardenoux ; *Rev. Lamy de dr. civ.* 1<sup>er</sup> juil. 2012, n°95, p. 57, obs. A. Paulin.
- **Com. 22 mai 2012**, *D.* 2012, p. 1398, obs. A. Lienhard.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mai 2012, *SCI Terrasse du Levant***, *RTDCiv.* 2012, p. 566, obs. Ph. Théry ; *Procédures* 2012, n°7 p. 8, obs. R. Perrot ; *RLDA* 2012, n°95, p. 73, note L. Raschel, *Lamy Droit civil* 2012, n°95, p. 73, obs. L. Raschel.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 septembre 2012**, *RCDIP* 2013, p. 256, note D. Bureau ; *JDI* 2013, comm. 4 par C. Brière ; *D.*2012, p. 2876, note D. Martel ; *JCP* 2013, note 105 par L. Degos ; *JCP* 2012, act. 1065 par E. Cornut ; *JCP* 2013, doct. 221 par C. Nourissat.
- **Com. 16 oct. 2012**, n°11-13658.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 oct. 2012**, *JCP G* 2012, act. 1195,
- **Com. 8 janv. 2013**, *Proced.* 2013, comm. 111 par B. Rolland ; *Gaz. Pal.* 24 mai 2013, p. 32 chron. J. Théron ; *Rev. proc. coll.* 2013, n°2, p. 39, note P. Cagnoli).
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janv. 2013**, *JCP* 2013, doct. 519, obs. E. Jeuland ; *Gaz. Pal.* 12 avr. 2013, p. 38, obs. J. Morel-Maroger, *D.* 2013, p. 372.
- **Com. 19 févr. 2013**, *D.* 2013, p. 576.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 2013**, n°11-28562
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2013**, *JCP G* 2013, note 558 par M. de Fontmichel et doct. 784 par J. Ortscheidt ; *Gaz. Pal.* 24 mai 2013, p. 18, chron. M. Foulon et Y. Strickler et 2 juil. 2013, p. 14, chron. D. Bensaude ; *Procédures* 2013, comm. 182 par L. Weiller.
- **Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 juil. 2013**, p. 14, chron. D. Bensaude ; *Procédures* 2013, comm. 182 par L. Weiller.

### Décisions du Conseil constitutionnel

- **Décision n° 80-116 DC du 17 juillet 1980**, *Loi autorisant la ratification de la convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959*, *Pouvoirs* 1980, obs. P. Avril et J. Gicquel, p. 167 ; *RDP* 1980, p. 1640, note L. Favoreu ; *Rev. adm.* 1981, p. 143, obs. M. de Villiers et Ch. VALLEE, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 17 juillet 1980 », *RGDIP* 1980, p. 202 ;
- **Décision n° 80-119 DC, 22 juil. 1980**, *Rec.* p. 46.
- **Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987**, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, *Rec.* p. 8, *AJDA* 1987, p. 348, note J. Chevallier.
- **Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992**. *Traité sur l'Union européenne*, *Rec.* p. 55, J.-P. JACQUE, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n°92-308 DC du 9 avril 1992 », *RTDE* 1992, p. 251, spéc. p. 263
- **Décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997**, *Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, *Rec.* p. 344.
- **Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004**, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *Rec.* p. 173.
- **Décision n° 2004-506 DC**, *Loi de simplification du droit*, *Rev. arb.* 2005, p. 134, note D. Foussard.
- **Décision n°2007-560 DC** du 20 déc. 2007, *Traité de Lisbonne*, *Rec.* p. 459.
- **Décision n°2009-581 DC** du 25 juin 2009, *Rev. fr. dr. constit.* 2009, p. 789, obs. S. de Cacqueray.
- **Décision n° 2012-243/244/245/246 QPC**, *Dr. soc.* 2012, p. 1039, note A. Sintives ; *Rev. dr. trav.* 2012, p. 438, note E. Serverin ; *JCP S* 2012, n°1343, obs. N. Dauxerre ; *Constitutions* 2012, p. 456, note Ch. Radé.

### Jurisprudence administrative et du tribunal des conflits

- **CE, 5 mars 1948**, *Marion*, *Rec. CE* p. 113 ; *S.* 1948, 3, p. 53, note J.-P. Calon.
- **CE 1<sup>er</sup> déc. 1997**, *Lebon* 1997, p. 406, concl. J.-H. Stahl ; *JCP G* 1998, I, 165, chron. J. Petit ; *Dr. adm.* 1997, comm. 372 ; *RFDA* 1997, p. 1228, concl. J.-H. Stahl ; *RD publ.* 1998, p. 256 ; *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, n° 15.
- **TC 18 oct. 1999** (n° 3174, *Lebon* p. 469, concl. R. Schwartz ; *AJDA* 1999, p. 996, chron. P. Fombeur et M. Guyomar et 1029, note M. Bazex ; *D.* 2000. Jur. 607, note A. Louvaris.
- **CE 27 oct. 2000**, *BFG Bank Luxembourg*, *RCDIP* 2002, p. 103, note M. Audit.
- **TC 4 mai 2009** (*AJDA* 2009. 1490, note G. Eckert et p. 2440, obs. E. Glaser ; *BJCP* 65/2009, p. 338, concl. M. Guyomar.

## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

- **CE, 9 juill. 2010**, n° 317747, *Cheret-Benseghir, Lebon* ; *RFDA* 2010, p. 1133, concl. G. Dumortier et p. 1146, note J-F. Lachaume ; *D.* 2010, p. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *AJDA* 2010, p. 1396 ; *Ibid.* 1635, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi.
- **CAA Douai, 29 mai 2012**, *King Consult*, *AJDA* 2012, p. 2223, concl. V. Marjanovic ; *RFDA* 2013, p. 46, note M. Laazouzi.

## Jurisprudence de l'Union européenne

- **CJCE 31 mars 1971**, *AETR*, Aff. 22/70, *Rec.* p. 263 et les avis 2/91 du 19 mars 1993, *Rec.* p. I-1061 et 1/03 du 7 juillet 2006, *Rec.* I-01145
- **CJCE 14 oct. 1976**, *Eurocontrol*, Aff. 29/76, *RCDIP* 1977, p. 776, note G. Droz ; *JDI* 1977, p. 707 note A. Huet ; *Cab. Dr. Eur.* 1977, p. 146, note G. Leleux.
- **CJCE, 6 oct. 1976**, *Tessili*, Aff. 12/76, *RCDIP* 1977, p. 761, note P. Gothot et D. Holleaux ; *JDI* 1977, p. 702, obs. J.-M. Bischoff et A. Huet et p. 714, note A. Huet ; *D.* 1977, p. 287, chron. G. Droz.
- **CJCE 6 oct. 1976**, *De Bloos*, Aff. 14/76, *RCDIP* 1977, p. 761, note P. Gothot et D. Holleaux ; *JDI* 1977, p. 702, obs. J.-M. Bischoff et A. Huet et p. 714, note A. Huet ; *D.* 1977, p. 287 chron. et p. 618, note G. Droz.
- **CJCE, 14 oct. 1976**, *Eurocontrol*, Aff. 29/76, *RCDIP* 1977, p. 776, note G. Droz ; *JDI* 1977, p. 707 note A. Huet ; *Cab. Dr. Eur.* 1977, p. 146, note G. Leleux.
- **CJCE, 4 févr. 1988**, *Hoffmann*, *RCDIP* 1988, p. 598, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1989, p. 449, note A. Huet.
- **CJCE 15 mai 1990**, *Kongress Agentur*, Aff. C-365/88, *RCDIP* 1990, p. 568, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1991, p. 498, obs. A. Huet ; *Cab. Dr. eur.* 1990, p. 709.
- **CJCE 27 juin 1991**, *Overseas Union Insurance*, Aff. C-351/89, *RCDIP* 1991, p. 764, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1992, p. 491, note A. Huet ; *Cab. dr. europ.* 1992, p. 761, note H. Tagaras.
- **CJCE 25 juil. 1991**, *Rich*, Aff. 190/89, *RCDIP* 1993, p. 316, note P. Mayer ; *JDI* 1992, p. 488, note A. Huet ; *Rev. arb.* 1991, p. 677, note D. Hascher.
- **CJCE 10 mars 1992**, *Powell Duffryn*, Aff. C-214/89, *RCDIP* 1992, p. 528, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1993, p. 474, note J.-M. Bischoff ; *Cab. Dr. eur.* 1992, p. 700, obs. H. Tagaras.
- **CJCE 29 juin 1994**, *Custom Made*, Aff. C-288/92, *RCDIP* 1994, p. 698, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1995, p. 461, note A. Huet ; *RTDE* 1995, p. 87, note E. Tichadou ; *Cab. Dr. eur.* 1995, p. 222, note H. Tagaras.
- **CJCE, 15 sept. 1994**, *Brenner et Noller*, Aff. C-318/93, *Rec.* 1994, I-04275 ; *Concl. Av. Gal DARMON*.
- **CJCE 7 mars 1995**, *Fiona Shevill*, Aff. C-68/93, *D.* 1996, p. 61, note G. Parléani ; *RCDIP* 1996, p. 487, note P. Lagarde ; *JDI* 1996, p. 543, obs. A. Huet.
- **CJCE 17 nov. 1998**, *Van Uden*, Aff. C-391/95, *RCDIP* 1999, p. 340, note J. Normand ; *JDI* 1999, p. 613, note A. Huet ; *Rev. arb.* 1999, p. 143, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 2000, p. 378, note G. Cuniberti ; *RTDCom.* 2000, p. 340, obs. E. Loquin.
- **CJCE, 28 sept. 1999**, *Groupe Concorde*, Aff. C-440/97, *RCDIP* 2000, p. 253, note B. Ancel ; *JDI* 2000, p. 547, note F. Leclerc ; *JCP* 2000, II, 10534, note Ch. Bruneau.
- **CJCE 13 juil. 2000**, *Group Josi*, Aff. C412/98, *RGDAss.* 2000, p. 931, note V. Heuzé ; *JDI* 2002, p. 623, note P. Leclerc.
- **CJCE 9 nov. 2000**, aff. C-386/98, *RCDIP* 2001, p. 359, note F. Bernard-Fortier ; *JDI* 2001, p. 701, note J.-M. Bischoff.
- **CJCE 9 déc. 2003**, *Gasser*, Aff. C-116/02, *RCDIP* 2004, p. 444, note H. Muir-Watt ; *JDI* 2004, p. 641, note A. Huet ; *D.* 2004, p. 1046, note Ch. Bruneau.
- **CJCE 27 avr. 2004**, *Turner*, Aff. C-159/02, *RCDIP* 2004, p. 654, note H. Muir-Watt ; *D.* 2004, p. 1919, note R. Carrier ; *RTDCiv.* 2004, p. 549, obs. Ph. Théry.
- **CJCE 28 oct. 2004**, *Nürnbergger Allgemeine Versicherung*, aff. C-148/03, *Europe* 2004, comm. 234 par L. Idot ; *D.* 2005, p. 547, obs. C. Brière, p. 1262, obs. H. Chanteloup et p. 2754, chron. H. Kenfack ; *RTDCom.* 2005, p. 642, obs. P. Delebecque.
- **CJCE, 1er mars 2005**, *Onusu*, aff. C-281/02, *Rec.* 2005, I-01383 pt. 25 ; *RCDIP* 2005, p. 698, note Ch. Chalas ; *Gaz. Pal.* 27 mai 2005, p. 31, note M.-L. Niboyet ; *JDI* 2005, p. 1177, note G. Cuniberti et M. Winkler, *Europe* 2005, comm. 189 par L. Idot ; *D.* 2006, p. 1501, obs. F. Jault-Seseke.
- **CJCE 17 mars 2005**, *AMI Supraconductor Belgium*, aff. C-294/02, *Gaz. Pal.* 15 oct. 2006, p. 38, obs. A. Mourre et P. Pédone
- **CJCE 30 mai 2006**, Aff. C-459/3, *Rec.* 2006, p. 4635.
- **CJCE, 1er juin 2006**, *PeçO European Ferries et Diputación Foral de Vizcaya*, Aff. C-442/03 P et C-471/03 P, *Europe* 2006, comm. 246 par L. Idot
- **CJCE 26 oct. 2006**, *Mostaza Claro* aff. C-168/05, *JDI* 2007, p. 581, note Mourre ; *Rev. arb.* 2007, p. 109, note L. Idot ; *D.* 2006, p. 2910, obs. V. Avena-Robardet, p. 3026, obs. T. Clay et 2007, p. 2562, obs. S. Bollée ; *JCP* 2007, I, 168, obs. Ch. Seraglini ; *Gaz. Pal.* 29 avr.-3 mai 2007, p. 17, note F.-X. Train ; *LPA* 20 sept. 2007, p. obs. Gh. Poissonnier et J.-Ph. Tricoit ; *RTD civ.* 2007, 113, obs. J. Mestre et B. Fages et p. 633, obs. Ph. Théry.

- **CJCE 13 mars 2007**, *Unibet*, C-432/05, *Europe* 2007, comm. 128 par D. Simon ; A. VAN WAYEYENBERG et P. PECHO, « L'arrêt Unibet et le traité de Lisbonne – Un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective », *Cab. Dr. europ.* 2008, p. 122 ; F. SCHMIED, « L'accès des particuliers au juge de la légalité – L'apport de l'arrêt Unibet », *Jour. Des Trib. eur.* 2007, p. 166.
- **CJCE, 10 févr. 2009**, *West Tankers*, Aff. C-185/07, *RCDIP* 2009, p. 373, note H. Muir-Watt ; *JDI* 2009, p. 1285, note B. Audit ; *Rev. arb.* 2009, p. 413, note S. Bollée ; *D.* 2009, p. 983, note C. Kessedjian et *D.* 2010, p. 1593, obs. F. Jault-Seseke ; *JCP* 2009, n°227, note P. Callé ; *JCP E* 2009, n°1973, note C. Legros ; *Gaz. Pal.* 2009, p. 20, note A. Mourre et A. Vagenheim et 2010, p. 21, obs. M. Nicoletta et p. 8, obs. L. Salvini ; *LPA* 2009, p. 32, note S. Clavel ; *Europe* 2009, comm. n°176 par L. Idot ; *RTDCiv.* 2009, p. 357, obs. Ph. Théry.
- **CJUE, 11 mars 2010**, *Wood Floor*, Aff. C-19/09, *D.* 2010. 834; 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; 2011. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *RTDCom.* 2010. 451, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; *RTDE* 2010. 421, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard, *Europe* 2010. comm. 149, obs. L. Idot ; *JCP E* 2010. 1579, note M. Fernet ; *Procédures*, 2010 comm. 270, obs. C. Nourrissat. Color Drack.
- **CJUE 7 déc. 2010**, *Hotel Alpenhof* Aff. C-144/09 et *Pammer* Aff. C-585/08, *JDI* 2011, note V. Pironon (4 arrêts) ; *RCDIP* 2011, p. 414, note O. Cachard ; *D.* 2011, p. 5, obs. C. Manara, p. 908, obs. S. Durrande, p. 974 obs. E. Poillot, p.990, note M.-E. Pancrazi et p. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *JCP* 2011, p. 129, note L. D'Avout ; *Comm. com. électr.* 2011, chron. 1, par M.-E. Ancel ; *Procédures 2011*, comm. 58, note C. Nourrissat ; *Europe* 2011, comm. 96, note L. Idot ; *RTDE* 2011, p. 475, note E. Guinchard ; *RTDCom.* 2011, p. 663, note A. Marmisse d'Abbadie d'Arrast.)
- **CJUE, 12 avr. 2011**, *DHL Express*, Aff. C-235/09, *Europe* 2011, Comm. 228 par L. Idot,
- **CJUE 9 juin 2011**, *Electrosteel*, Aff. C-87/10, *D.* 2011, p. 1694, obs. X. Delpech ; *JCP* 2011, II, 1002, note D. Martel ; *Rev. Europe* 2011, comm. n°8 par L. Idot.
- **CJUE, 25 oct. 2011**, *eDate Advertising et Martinez*, Aff. jointes C-509/09 et C-161/10, *JDI* 2012, comm. 6, p. 197, obs. G. Guiziou ; *RCDIP* 2012, p. 389, note H. Muir-Watt ; *D.* 2012, p. 1233, obs. H. Gaudemet-Tallon p. 1279, chron. T. Azzi et p. 1285, chron. S. Bollée et B. Haftel ; *JCP* 2012, 28, note S. Francq et chron. 264 par C. Nourrissat ; *Comm. com. électr.* 2012, chron. 1, n° 6 et 10, obs. M.-É Ancel ; *RTDCom.* 2012, p. 423, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; *RTDE* 2011, p. 847, obs. E. Treppoz ; *Europe* 2011, comm. 499, obs. L. Idot
- **CJUE, 17 nov. 2011**, *Hypotecni Banka*, Aff. C-327/10, *RCDIP* 2012, p. 411, note M. Requejo et G. Cuniberti ; *D.* 2011, p. 2876 et 2012 p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *Rev. Europe* 2012, comm. 53 par L. Idot
- **CJUE, 19 avr. 2012**, *Artgodan*, Aff. C-221/10 P.
- **CJUE 15 mai 2012**, *Cornelius de Visser*, Aff. C-292/10, *Europe* 2012, comm. 4 par L. Idot ; *JDE* 2012, n°190, note G. Cuniberti ; *Rev. Lamy droit des aff.* 2012 n° 74 p.63, note J. Quéguiner
- **CJUE 19 juil. 2012**, *RCDIP* 2013, p. 217, note E. Pataut ; *JDI* 2013, p. 487, note F. Depagne ; *Procédures* 2012, comm. 282 par C. Nourrissat ; aussi du même annotateur *JCP* 2012, doct. 1053 et *JCP E* 2012, n°1622 ; *D.* 2013, p. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *JCP S* 2012, n°1494, note J.-Ph. Tricoit.
- **CJUE, 15 nov. 2012**, Aff. C-456/11, *Procedures* 2013, n°3, comm. 71 par C. Nourrissat ; *Europe* 2013, n°1, comm. 57 par L. Idot ; *Gaz. Pal.* 8 mars 2013, p. 46, note M. Nioche et surtout *RCDIP* 2013, p. 686, note du même auteur.

## Jurisprudence étrangère

### Australie:

- TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia [2013] HCA 5 (13 March 2013). Disponible en ligne à cette adresse: [http://www.hcourt.gov.au/cases/case\\_s178-2012](http://www.hcourt.gov.au/cases/case_s178-2012).

### Allemagne :

- BGH 24 sept. 1957, *J. Z.* 1958, p. 241, note Steindorf, cité par H. BAUER, *Ibid.*
- OGH, 20 sept. 1927, *Zeitschrift* 4, 105

### Italie :

- C. cass. Italie, 15 juin 1993, *RFD aérien* 1994, 368)
- Corte di cassazione, 12 nov. 1994, *Riv. dir. int. priv. e proc.* 1995, p. 732.

### Belgique :

- Bruxelles, 11 déc. 1965, *Rev. crit. jurisp. Belge* 1970, p. 7, note F. RIGAUX

### Royaume-Uni :

- High Court 10 mai 2005, *Konkola Copper Mines*, *RCDIP* 2005, p. 722, note H. Muir-Watt.
- High Court, Queen's Bench Division, 3 avr. 2012, [2012] EWHC 721.
- House of Lords, *Indyka*, 23 mai 1967, *JDI* 1969, p. 132 note Lipstein
- High Court 10 mai 2005, *Konkola Copper Mines*, *RCDIP* 2005, p. 722, note H. Muir-Watt
- *Smith Kline & French labs. Ltd and others v. Bloch*, [1983], 2 All ER 72.



## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

- The Rama [1996] 2 Lloyd's Rep. 281.

### Etats-Unis:

- *Helicopteros nacionales de Colombia*, 466 U.S. 408 (1984).
- *In re Air Crash Disaster Near New Orleans, Louisiana*, 821 F. 2<sup>d</sup> 1147 US Court of appeals, 5<sup>th</sup> Cir., july 21, 1987 (cité par O. DUBOS, op. cit. p. 1286).
- *Piper Aircraft Co. V. Reyno et Dole Food Co., Inv. v. Watts*, 303 F.3d 1104 (9<sup>th</sup> Cir.2002).
- *In re West Caribbean Airways*, 619 F. Supp. 2d 1299 (première instance).
- *Pierre-Louis v. Neovac Corp.*, 584 F.3d 1052, 2009 (en appel).
- *In re West Caribbean Airways*, (S.D.F.L. 16 May 2012).
- USDC central Cal., *Gambra et a. c. International Lease finance et al.* 377 F.Supp.2d 810.
- *In re West Caribbean Airways*, US Court of appeals, 11<sup>e</sup> Cir., May 6, 2013.
- *Morrison v. Australia Bank Ltd.*, Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, 24 juin 2010, *D.* 2010, p. 1624, obs. A. Astaix et p. 2323, obs. S. Bollée ; E. GAILLARD, mot de la semaine, *JCP* 2010, doct. 743 et *Bull. Joly bourse* 2010, p. 310 ; Th. CLAY, « Class actions or not class actions ? », *D.* 2010, p. 1776 ; M. DUBERTRET, « Affaire Morrison v. National Australia Bank Ltd : l'espoir d'un nouvel âge ? », *Rev. Dr. banq. et fi.* 2010, étud. 17.
- *Chafin v. Chafin*, Supreme Court of the USA, No. 11-1347, 19 février 2013.

## Jurisprudence internationale

### Jurisprudence de droit international public :

- **C.P.J.I. 17 août 1923**, *Aff. Du Vapour Wimbledon*, série A, n°1, p. 25.
- **C.P.J.I., 7 sept. 1927**, *Lotus*, série A, n°10 p. 19, RCDIP 1928, p. 354, note H. Donnadieu de Vabre.
- **C.I.J., 3 févr. 2012**, *Allemagne c. Italie*, *Rec.* 2012, à paraître.
- **Sentence ad hoc du 4 avril 1928**, *Affaire de l'Île de Palmas*, *Rec. des sentences arbitrales*, vol. II, 1928, p. 838.

### Jurisprudence de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme :

- **Cour EDH, 21 févr. 1975**, *Golder c. Royaume-Uni*, *Rec. Série 1*, n°18 ; *RFDI* 1975, p. 330, note R. Pelloux.
- **Comm. EDH, 13 mai 1976**, *B.A. c. Royaume-Uni*, n°6200/73.
- **Cour EDH, 9 oct. 1979**, *Airey c. Irlande*, *JDI* 1982, p. 187, chron. P. Rolland ; *AFDI* 1980, p. 323, chron. R. Pelloux
- **Comm. EDH, 6 mars 1989**, *Gauthier c. Belgique*, n°12603/86.
- **Cour EDH, 7 juin 2001**, *Kress*, *AJDA* 2001, p. 675, note F. Rolin ; *D.* 2001, p. 2611, note J. Andriantsimbazovina, p. 2619, note R. Drago et 2003, p. 152, chron. S. Guinchard ; *JCP* 2001, II, 10578, note F. Sudre ; *RDP* 2001, p. 895, note C. Maubernard, p. 983, note X. Prétot et 2002, p. 684, obs. G. Gonzalez ; *RFDA* 2001, p. 991, note B. Genevois et 1000, note J.-L. Autin et F. Sudre ; *RTDE* 2001, p. 727, note F. Benoît-Rohmer ; *RTDH* 2002-223, note L. Sermet ; *Gaz. Pal.* 4-5oct. 2002, note G. Cohen-Jonathan ; *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, n°112.
- **Cour EDH, 21 nov. 2001**, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *Fogarty c. Royaume-Uni*, *Mac Ehinney c. Royaume-Uni*, *JDI* 2002, p. 273, obs. O. de Frouville ; *D.* 2003, p. 1246, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2002, I, 105, chron. F. Sudre ; *RGDIP* 2002, p. 893, note I. Pingel.
- **Cour EDH, 13 févr. 2003**, *Chevron c. France*, n° 49636/99, *AJDA* 2003, p. 1984, note T. Rambaud ; *D.* 2003, p. 931, note H. Moutouh ; *RTD Civ.* 2003, p. 572, obs. R. Libchaber.
- **Cour EDH, 12 avr. 2006**, *Martinie*, *AJDA*, 2006, p. 986, note F. Rolin.
- **Cour EDH, 29 avr. 2008**, *McDonald c. France*, *Gaz. Pal.* 21 févr. 2009, p. 51, note L. Sinopoli.
- **Cour EDH, 18 déc. 2008**, *Saccoccia c. Autriche*, *Gaz. Pal.* 21 févr. 2009, p. 51, note L. Sinopoli.
- **Cour EDH, 6 juillet 2000**, *Murat Bayrak c. Allemagne*, n° 27937/95.

### Jurisprudence de droit des investissements :

- **Sentence du Comité ad hoc du 3 juil. 2002**, *Vivendi c. Argentine*, traduite et commentée in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone 2004, p. 719
- **Sentence CIRDI du 29 janv. 2004**, *SGS c. Philippines* Aff. ARB/02/6, *ICSID Rep.* vol. 8, p 518, traduite et commentée in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone 2004, p. 865.
- **Sentence ad hoc du 30 nov. 2011**, *White Industries Australia Limited c. République d'Inde*, *Rev. arb.* 2013, p. 513, note S. Lemaire.

## **Index alphabétique**

---

*Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe*

### **A--**

**Action en (in)compétence** - 801s.

- Action en compétence - 827, 828

### **Arbitrage**

- Constitutionnalité - 74

- Doctrine - 25s.

- Et CEDH - 79

- Et ordre juridique - 58s.

- Histoire - 47s., 100, 277

- Investiture de l'arbitre - 242s.

- Jurisdiction - 58s., 76, 132s., 385

- V. aussi *Compétence arbitrale, Système de compétence arbitrale*

### **Articles 14 et 15 du Code civil**

- Et « effet réflexe » - 308s., 795s.

- Et compétence adaptée - 304

- Et règle spéciale *ad hoc* - 548s.

- Et théorie classique de la compétence - 2, 197, 198

- Prise en compte de la compétence étrangère - 758s.

- Constitutionnalité - 21

- V. aussi *Système des articles 14 et 15 du Code civil*

**Attribution de compétence** - V. *Compétence, Système de compétence*

### **Autorités administratives**

- Autorités de concurrence - 144s.

- Autorités scandinaves et hongroises - 127s.

- OHMI - 40s., 199s., 475

### **B--**

**Bartin (E.)** - 165s., 190s.

**Bentham (J.)** - 155, 167

### **C--**

**Capitulations** – 98

- V. aussi *Justice*

**Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)** - V. *Convention de Washington du 18 mars 1965*

### **Compétence**

## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

- « Division du travail judiciaire » - 229
- « Droit à » - 408s.
- Caractère public de la réglementation - 397s., 422s., 651s.
- Définition fonctionnelle - 431s.
- Et attribution - 225s., 335s., 342, 352s., 481s.
- Et distribution (répartition) - 352s., 364, 472s., 485, 486
- Et intérêts privés - 400s.
- Et intérêts publics - 275s., 295s., 383
- Et investiture - 242s.
- Et conventions de juridiction - 380s.
- Et notion d'habilitation - 218s.
- Et procédure - 367s., 738s.
- Problème - 334s., 381s., 418s.
- V. aussi *Compétence internationale, Organisation de la concurrence juridictionnelle internationale, Règle de compétence internationale, Systèmes de compétence*

### **Compétence arbitrale** - 247s., 385s.

- V. aussi *Arbitrage, Système arbitral de compétence*

### **Compétence des juridictions administratives** - 35, 212, 370, 436, 445, 463, 476, 479, 519

### **Compétence internationale**

- Caractère matériel de la réglementation - 172, 186s.
- Et compétence interne - 154s., 193s., 282s., 348, 352s., 624
- Et conflit de loi - 36, 172s., 315, 601s.
- Et pouvoir juridictionnel - 204s., 339
- Et prise en considération - 654, 788s.
- Et répartition - 236s., 341, 351, 352s., 472s.
- Générale - 190s., 293
- Matérielle - 199s., 473s.
- Règles « spécifiquement » internationales - 295s.
- Territoriale - 199s., 365
- V. aussi *Compétence*, les différentes entrées de *Systèmes de compétence, Déni de justice, Exequatur, Successions immobilières, Voies d'exécution*

### **Compétence-compétence** - 389s., 405s., 657s.

- Et conventions d'arbitrage - 389s., 509, 510
- Et conventions d'élection de for - 392

### **Concurrence juridictionnelle** - 12, 335s., 385s.

### **Confiance mutuelle (principe)** - 657s., 668

### **Conflits de procédure** - V. *Litispendance et connexité*

### **Conflits de systèmes de compétence** - 704s.

- Principe *Lex specialis* - 707s.
- Principe *Lex favorem* - 716s.
- Principe de l'effet utile - 723s.

### **Convention CMR** - 270, 456, 528, 549s., 636s., 712s.

**Convention d'élection de for** - 269, 380s.

- Et clause compromissoire - 387

**Convention de juridiction** - 380s.

- Articulation avec les systèmes objectifs de compétence - 607s. ; 743s.
- Autorité de chose jugée des décisions sur la validité d'une convention - 661s.
- V. aussi *Arbitrage, Compétence arbitrale, Convention d'élection de for, Système arbitral*

**Convention de la Haye du 30 octobre 2005** - 16, 385, 392, 525, 528, 618, 660, 693

**Convention de Montréal du 28 mai 1999** - 16, 102, 192, 430, 436, 451, 485, 528, 529, 541, 716s., 742

- V. aussi West Caribbean (*Affaire*)

**Convention de New York du 10 juin 1958** - 15, 77, 86, 88, 100, 134, 270, 427, 428, 510, 618, 718

**Convention de Washington du 18 mars 1965 (CIRDI)** - 13, 15, 77, 100, 108, 109, 142, 270, 273, 461, 510, 528, 531, 576, 578

**Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme du 4 novembre 1950** - V. *Droits de l'Homme*

**Convention pour la navigation du Rhin** - 13, 16, 76, 199, 428, 516, 528, 549, 572, 575, 576, 709, 743, 748

**Coordination internationale** - V. *Action en (in)compétence, Forum non conveniens, Système de compétence, Organisation de la concurrence juridictionnelle internationale*

**D--**

**Décision sur la compétence**

- Autorité de chose jugée - 660s.
- Circulation transnationale - 646s., 809s.
- Conditions de reconnaissance - 687s.
- Danger de la circulation des jugements de compétence - 683s.
- Principe d'interdiction de circulation - 651s.
- Recours - 247s., 254s., 401s., 620s.
- Régime en droit interne - 401s
- V. aussi *Désignation de la juridiction compétente, Office du juge, Forum non conveniens, Action en (in)compétence*

**Déni de justice (compétence internationale)** - 298, 299, 420, 503s., 830

**Désignation de la juridiction compétente** - 356, 359, 405s., 452

- Autorité de la décision du juge étranger incompétent - 646s.
- Et principe de compétence-compétence - 405s., 657s.
- Par le demandeur à l'exception ou au recours - 626s.
- Par le juge incompétent - 477s., 629s.
- Et jugement étranger - 636s.

**Droit commun de la compétence judiciaire** - V. *Système de compétence de droit commun*

**Droit constitutionnel** - 69s., 421

**Droit de la concurrence** - 102, 144s.

**Droit international privé**

- Perspective privatiste - 168s.
- Perspective publiciste - 164s.
- Postulats en matière de compétence - 30s.
- Problématique - 180s., 262, 343

**Droit international public** - 76s., 118s., 236s., 425

- Juridictions internationales - 139s., 368, 372, 425

**Droit pénal** - 71, 105

**Droits de l'Homme**

- « Droit à » la compétence - 415s., 418s.
- Et Justice - 78, 104s.

**E--**

**Effet réflexe** – V. *Forum non conveniens*

**Eisenmann (Ch.)** - 338

**Exequatur (Compétence internationale)** - 300, 301, 501s.

**F--**

**Flash Airlines (Affaire)** - 801, 805, 816, 819, 822s.

**Forum non conveniens** - 375

- Proposition pour effet réflexe - 758s.
- V. aussi *Flash Airlines, Omusu, West Caribbean*

**Fraude** - 574, 694s.

**G, H--**

**Gracieuse (matière)** - 34

**Grenzrecht (théorie)** - 166, 339

**Habilitation (notion)** - 217s.

**Holleaux (D.)** – 150, 179, 194, 258, 260, 350, 353s., 397, 585

**I--**

**Immunités de juridiction** - 369s.

**Internationalité** - 154s.

- Condition dans les conventions internationales - 266s.
- Et domicile du défendeur inconnu - 288
- Et extranéité en droit commun - 284s.
- Et système international de compétence - 449s., 461
- Intuition - 289
- Transnationalité - 179, 180s., 248, 262s., 450s.

**Interprétation uniforme des systèmes internationaux** - 456, 562s.

- Attractivité psychologique du droit interne - 577
- Jugement étranger - 568s.
- Jurisprudence étrangère - 589s.
- Notions autonomes - 468, 516, 522, 533, 580s., 607s., 669
- Qualification uniforme - 580s., 588s.
- Solution uniforme aux questions uniformes - 583s., 601s.
- V. aussi West Caribbean (*Affaire*)

**J--**

**Juge judiciaire** - 31s.

**Juridiction** - 225

- Juge tiers et juge partenaire - 449s.
- V. aussi *Justice*

**Juridiction administrative** - 35

- V. aussi *Compétence des juridictions administratives*

**Juridiction internationale** - V. *Droit international public, Autorité administrative (OHMI), Juridiction unifiée du brevet*

**Juridiction unifiée du brevet** - 3, 13, 17, 43, 102, 127, 425

- Voir aussi *Système de compétence de la JUB*

**Justice** - 19s., 23s.

- Conception juridique - 68s.
- Conception politique - 53s., 66, 68
- Dette de l'Etat - 78s., 104s.
- Et État - 28s.
- Et pouvoir de contrainte - 81s.
- Histoire internationale - 98s.

**L, M --**

**Litispendance et connexité** - 10, 344, 444, 654, 658, 683s.

**Monisme** - 23, 27, 53s., 589s.

**Niboyet (J.-P.)** – 6, 24, 131, 370, 397, 602, 796

**O--**

**Office du juge** - 374s., 458, 477s., 617s.

- Et désignation de la juridiction compétente - 630s.
- Et interprétation uniforme - 594s.

**Ordre juridique** - 56s., 113s., 169

- Et système de compétence - 437, 442, 450

**Organisation de la concurrence juridictionnelle** - 10s., 331s., 352s., 756

- Problématique de la compétence - 335s.
- Réglementation - 346s.
- Caractère public - 381, 382, 397s., 422s.

## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

- Internationalisation - 426s., 756s.
- V. aussi *Compétence, Compétence internationale, Concurrence juridictionnelle, Système de compétence*

**Owusu (Affaire)** - 288, 525, 714, 741, 749s., 772

### P--

**Pluralisme** - 93s., 326s., 426s.

**Pouvoir juridictionnel** - 204s., 425

- Du tribunal arbitral - 247s.
- Et compétence internationale - 234, 254s.
- Et notion d'habilitation - 217s.
- Excès de pouvoir - 204, 207s., 247s., 620s.
- Notion - 206s.
- V. aussi *Compétence, Compétence internationale, Compétence-compétence, Organisation de la concurrence juridictionnelle*

### R--

**Recevabilité**

- Action déclaratoire - 785, 786, 803s.
- Devant les juridictions internationales - 139s., 372
- Et compétence - 368s., 776s., 824s.
- Intérêt à agir - 779s.
- Successions immobilières - 314

**Règle de compétence**

- Caractère facultatif ou obligatoire - 374s.
- Générale - 189s., 547s.
- Matérielle - 199s., 349, 465
- Rattachement - 361s., 421
- Règle de procédure - 367s., 457, 530, 738s.
- Règle sur les conventions de juridiction - 380s.
- Spéciale ad hoc - 547s.
- Structure bilatérale ou unilatérale - 350, 471

**Règle de procédure** - V. *Compétence, Recevabilité, Règle de compétence*

**Règlement Bruxelles I** - V. *Système de Bruxelles I*

**Règlement Insolvabilité** - 17, 115, 129, 281, 304, 382, 443, 451, 520, 527s., 531s., 559

**Règlement Marque communautaire** - 17

- Compétence - 200s.
- Juridictions - 40s.
- V. aussi *Autorités administratives (OHMI), Système Marque communautaire*

**Règles de Rotterdam** - 16, 268, 271, 272, 457, 475, 716, 720

**Répartition (par la compétence)** - V. *Compétence, Système de compétence*

**Réseau de juges** - V. *Système de compétence*

## S--

**Souveraineté** - 96s.

- V. aussi *Justice*

**Successions immobilières (compétence internationale)** - 309s., 496, 795s.

**Système (notion)** - 437, 438, 439

**Système Marque communautaire** - 475s.

- V. aussi *Marque communautaire, Autorités administratives (OHMI)*

**Système arbitral de droit commun** - 445, 467, 507s.

- Articulation avec systèmes spéciaux - 715s.

- V. aussi *Arbitrage, Compétence arbitrale*

**Système de Bruxelles I** - 512s.

- Article 24 (office du juge) - 458

- Articulation avec d'autres systèmes - 723s., 740s., 749s., 765, 771s.

- Champ d'application - 286s., 444, 456s., 464s.

- Condition d'internationalité - 282s., 286s.

**Système de compétence** - 435s.

- Articulations - 704s.

- Caractères - 467s.

- Et attribution - 460s., 481s., 529

- Et répartition - 472s., 485, 486

- Et réseau de juges - 449s.

- Lacunes des systèmes internationaux - 468, 550s., 565s., 735s.

- Notion - 439s.

- Ouverture ou fermeture - 471s., 530s., 536s., 732s., 755

- Propriétés - 471s.

- Rapports extrasystémiques - 471, 481s., 541, 617, 635, 701s.

- Rapports intrasystémiques - 471, 472s., 540, 543s., 807, 811s.

- Source organique - 428s., 531s.

- Source textuelle - 443s.

**Système de compétence juridictionnelle administrative** - V. *Compétence des juridictions administratives*

**Système de compétence de droit commun** - 193s., 489s., 494s.

- Et internationalité - 282s.

- Et système Bruxelles I - 517s.

**Système de compétence de la JUB** - 710

- V. aussi *Jurisdiction unifiée du brevet*

**Système des articles 14 et 15 du Code civil** - 500s.

- Articulation avec d'autres systèmes - 709

- Structure des règles - 473s.

- V. aussi *Articles 14 et 15 du Code civil*

## T--



**Transnationalité** - V. *Internationalité*

**Tribunal Russell** - 68, 387

**Turner (Affaire)** - 657s., 728

**U, V, W--**

**Union européenne** - 73, 101s.

- Source et référentiel de la réglementation de compétence - 115, 428s., 447, 531s.

- Transferts de pouvoirs étatiques - 73, 101s.

**Voies d'exécution (compétence internationale)** - 311

**West Caribbean (Affaire)** - 377s., 412s., 810s., 830

**West Tankers (Affaire)** - 723s

## Tables des matières

---

<b>INTRODUCTION</b> .....	1
<b>PREMIERE PARTIE :</b>	
<b>L'INTERNATIONALISATION DU DROIT DE LA COMPETENCE JURIDICTIONNELLE</b> .....	19
<b>TITRE PREMIER :</b>	
<b>JUSTICE ET SOUVERAINETE</b> .....	23
<b>CHAPITRE I :</b>	
<b>L'ABANDON DU PRINCIPE REGALIEN</b> .....	27
SECTION 1 : LES PREVENTIONS EPISTEMOLOGIQUES.....	27
<i>Paragraphe 1) Des postulats trompeurs</i> .....	27
I) L'aveuglement judiciaire du droit international privé .....	27
II) L'illusion « étatiste » de la justice .....	32
A) La création de juridictions extraétatiques .....	33
B) L'arbitrage révélateur d'une conception de la Justice .....	35
1. L'arbitrage dans l'histoire .....	36
2. Le monisme comme conception politique de l'État .....	39
<i>Paragraphe 2) Un fondement inopportun : l'ordre juridique</i> .....	41
I) Ordre juridique et juridiction dans la conception de M. MAYER.....	41
II) L'inutilité de l'ordre juridique pour définir la juridiction .....	45
SECTION 2 : LE LIBERALISME DU DROIT POSITIF.....	48
<i>Paragraphe 1) L'indifférence relative du droit constitutionnel</i> .....	49
<i>Paragraphe 2) Le libéralisme relatif du droit international public</i> .....	55
<i>Paragraphe 3) L'indétermination ontologique du droit sur le critère de la sanction</i> .....	58
PREMIERE CONCLUSION : LE MONOPOLE ÉTATIQUE DE LA JUSTICE, INFIRMÉ PAR LE DROIT POSITIF .....	62
<b>CHAPITRE II :</b>	
<b>LE DEVELOPPEMENT D'UN PRINCIPE PLURALISTE</b> .....	63
SECTION 1 : LES FONDEMENTS DE LA RECONNAISSANCE DU CARACTERE JURIDICTIONNEL .....	64
<i>Paragraphe 1) L'État participant</i> .....	64
I) L'évolution contemporaine du droit français .....	65
A) L'abandon du monopole de la justice en droit international des affaires .....	65
B) L'érosion de la maîtrise de la justice criminelle et en matière de droits de l'homme .....	70
II) La Souveraineté comme pouvoir de participer .....	73
<i>Paragraphe 2) L'État reconnaissant</i> .....	77
SECTION 2 : LES MOYENS DE LA RECONNAISSANCE DU CARACTERE JURIDICTIONNEL.....	80
<i>Paragraphe 1) Obligation ou liberté de reconnaître en droit international public</i> .....	81
I) La reconnaissance imposée.....	82
II) La reconnaissance libre.....	85
A) La reconnaissance multilatérale .....	86
B) La reconnaissance unilatérale.....	90

## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

<i>Paragraphe 2) Reconnaissance indirecte par le droit processuel</i> .....	92
I) L'exemple du droit international public : la reconnaissance exceptionnelle par des règles de procédure .....	94
II) L'exemple du droit de la concurrence : l'absence de reconnaissance .....	96
A) L'absence de compétence juridictionnelle internationale.....	96
B) Le développement d'une compétence internationale sur le modèle juridictionnel.....	99
DEUXIEME CONCLUSION : L'ÉTAT FRANÇAIS PARTICIPE A UNE ORGANISATION DE LA JUSTICE INTERNATIONALE .....	103

### TITRE SECOND :

## COMPETENCE ET INTERNATIONALITE ..... 105

### CHAPITRE I :

## L'HERITAGE DE L'INTERETATISME ..... 109

### SECTION 1 : LE PARADIGME CONFLICTUALISTE DE LA THEORIE DE LA COMPETENCE

#### INTERNATIONALE..... 110

##### *Paragraphe 1) L'abandon de l'argumentation conflictualiste* ..... 110

I) La théorie d'Etienne BARTIN..... 110

II) Le recul des arguments publicistes..... 113

##### *Paragraphe 2) Le maintien d'un cadre de pensée conflictualiste* ..... 117

I) L'interétatisme de la théorie des conflits de juridiction..... 117

II) La possibilité d'une approche transnationale ..... 121

### SECTION 2 : LA REALITE MATERIELLE DU DROIT POSITIF DE LA COMPETENCE INTERNATIONALE

125

##### *Paragraphe 1) La diversité des règles de compétence internationale*..... 125

I) L'État comme seul rattachement : le problème de la compétence spéciale..... 126

A) La thèse de l'assimilation des compétences générale et internationale ..... 126

B) La réalité de la diversité des types de règle de compétence ..... 128

II) Le territoire de l'État comme seul rattachement: le problème de la compétence matérielle ..... 134

##### *Paragraphe 2) La distinction de la compétence et du pouvoir juridictionnel* ..... 137

I) Notion de pouvoir juridictionnel ..... 138

A) La notion en droit positif interne..... 139

1. L'excès de pouvoir comme habillage processuel d'autres notions..... 140

2. L'excès de pouvoir mis à nu ..... 145

B) Essai de rationalisation ..... 148

1. Présentation de la théorie de M. TUSSEAU ..... 148

2. Application critique ..... 152

C) Vérifications de droit international privé..... 155

1. L'apport de la thèse de M. Tusseau ..... 155

2. Critique de la doctrine classique ..... 159

II) Conséquences sur le droit positif..... 161

A) Compétence et pouvoir juridictionnel de l'arbitre ..... 162

1. La question de l'investiture ..... 162

2. Pouvoir du tribunal arbitral, pouvoir de la juridiction nationale ..... 164

B) Compétence internationale et pouvoir juridictionnel du juge judiciaire ..... 169

### TROISIEME CONCLUSION : L'INADAPTATION DE LA THEORIE DE LA COMPETENCE AU DROIT

#### CONTEMPORAIN..... 172

### CHAPITRE II :

## LE DEVELOPPEMENT D'UNE TRANSNATIONALITE..... 175

### SECTION 1 : LE CARACTERE FONCTIONNEL DES CONDITIONS D'INTERNATIONALITE..... 177

##### *Paragraphe 1) La diversité des internationalités* ..... 177

##### *Paragraphe 2) Les fonctions des internationalités*..... 179

I) La fonction technique : une condition d'application de règles spéciales ..... 180

II) La fonction substantielle : la séparation des règles spéciales et du droit commun ..... 181

A)	La libéralisation du commerce international.....	182
B)	La protection des conceptions internes .....	183
SECTION 2 :	LE CARACTERE EXCEPTIONNEL DE LA PRISE EN COMPTE DE L'INTERNATIONALITE	
	186	
<i>Paragraphe 1)</i>	<i>Le principe d'indifférence à l'internationalité .....</i>	<i>186</i>
I)	L'indifférence en droit positif .....	186
II)	La nécessité de l'indifférence .....	192
<i>Paragraphe 2)</i>	<i>L'exceptionnelle adaptation à l'extranéité .....</i>	<i>195</i>
I)	L'extension des chefs de compétence pour éviter l'incompétence.....	196
A)	Les règles de compétence spécifiquement internationales .....	196
B)	Les rattachements spécifiquement internationaux.....	200
II)	La limitation des chefs de compétence par prise en considération de la compétence étrangère	
	204	
A)	Une limitation exceptionnelle .....	204
B)	Un fondement technique mystérieux .....	207
QUATRIEME CONCLUSION :	EN PRINCIPE, L'INTERNATIONALITE N'AFECTE PAS LA	
	REGLEMENTATION DE LA COMPETENCE.....	211
<b>CONCLUSION INTERMEDIAIRE.....</b>		<b>213</b>
<b>SECONDE PARTIE :</b>		
<b>L'ORGANISATION CONTEMPORAINE DU DROIT DE LA</b>		
<b>COMPETENCE JURIDICTIONNELLE .....</b>		<b>215</b>
<b>TITRE PREMIER :</b>		
<b>L'ORGANISATION EN SYSTEMES DE COMPETENCE.....</b>		<b>219</b>
<b>CHAPITRE I :</b>		
<b>L'ORGANISATION PAR LA COMPETENCE .....</b>		<b>220</b>
SECTION 1 :	LA FONCTION DE LA COMPETENCE : ENCADRER LE CHOIX DU JUGE DANS LA	
	CONCURRENCE INTERNATIONALE.....	220
<i>Paragraphe 1)</i>	<i>Les données du problème : la concurrence des juridictions .....</i>	<i>221</i>
I)	La situation de concurrence juridictionnelle .....	221
II)	Les trois aspects de la concurrence .....	225
<i>Paragraphe 2)</i>	<i>Les différents types de solutions.....</i>	<i>227</i>
I)	La réglementation directe : la règle de rattachement .....	229
A)	Une règle de choix.....	230
	1. Des règles pour un choix.....	230
	2. La règle, le juge et le législateur.....	232
B)	Le choix par le rattachement .....	236
II)	La réglementation indirecte : l'encadrement de l'activité du juge et du choix des parties .....	240
A)	Les règles de procédure dans le traitement de la concurrence des juridictions .....	240
	1. Les règles sur la recevabilité, parfois règles de compétence.....	241
	2. Les règles de procédure altérant la solution de compétence .....	245
B)	Les conventions de juridiction .....	250
	1. Une organisation utile mais nécessairement encadrée .....	250
	2. Une réglementation unilatérale de compétence .....	254
SECTION 2 :	LE SENS DE LA REGLEMENTATION DE LA COMPETENCE, UNE ORGANISATION	
	PUBLIQUE INTERNATIONALE .....	261
<i>Paragraphe 1)</i>	<i>L'organisation publique d'intérêt privé .....</i>	<i>262</i>
I)	Le caractère public de la réglementation .....	262
II)	L'influence des intérêts privés sur la réglementation .....	264
A)	L'organisation publique, pas l'organisation bureaucratique .....	265
B)	L'intérêt privé, pas le droit à la compétence.....	269
	1. L'impossible droit subjectif.....	270
	2. La compétence comme limitation de la liberté du demandeur.....	274

## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

<i>Paragraphe 2) Une organisation publique internationale</i> .....	278
I) La compétence, organisation institutionnelle .....	278
II) De l'unité institutionnelle au pluralisme des sources .....	280
<b>CINQUIEME CONCLUSION : LA REGLEMENTATION DE LA COMPETENCE COUVRE L'ENSEMBLE DES REGLES ENCADRANT LE CHOIX DE LA JURIDICTION</b> .....	284

### CHAPITRE II :

#### L'AGENCEMENT DES REGLES EN SYSTEMES DE COMPETENCE..... 286

SECTION 1 : NOTION DE SYSTEME DE COMPETENCE .....	289
<i>Paragraphe 1) Description du système de compétence</i> .....	290
I) L'unité globale.....	290
A) L'unité de réglementation .....	291
B) Le réseau de juges destinataires .....	294
II) L'unité organisée .....	297
A) La solidarité de l'organisation systémique .....	297
1. Une globalité de règles de compétence et de leurs règles accessoires .....	297
2. L'unité d'application : règles de champ d'application et règles d'attribution .....	300
B) Les caractères de l'organisation systémique.....	304
<i>Paragraphe 2) Propriétés du système de compétence</i> .....	306
I) La distribution des affaires, effet intrasystémique. ....	306
A) L'effet distributif systémique : l'exemple des règles unilatérales .....	307
B) L'effet du caractère distributif sur l'office du juge .....	309
II) L'attribution des affaires, effet extrasystémique .....	311
SECTION 2 : EXEMPLES DE SYSTEMES DE COMPETENCE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE.....	313
<i>Paragraphe 1) Les systèmes de source interne</i> .....	313
I) Le système judiciaire de droit commun .....	313
A) Dans l'organisation de la concurrence interne, un modèle presque parfait .....	313
B) Dans l'organisation de la concurrence internationale, proche de l'anti-modèle .....	316
II) Les systèmes de compétence internationale de source interne.....	318
A) Les systèmes de compétence judiciaire subsidiaires .....	318
B) Les systèmes associés aux conventions d'arbitrage .....	321
<i>Paragraphe 2) Les systèmes de source internationale</i> .....	324
I) Le système Bruxelles I .....	324
A) Présentation du système.....	324
B) Les difficultés du caractère transnational du système .....	329
II) Les systèmes spéciaux.....	331
A) Présentation des systèmes.....	331
B) Identité des problèmes des systèmes européens et internationaux .....	334
SIXIEME CONCLUSION : LA REGLEMENTATION DE LA COMPETENCE S'ORGANISE EN SYSTEMES REPARTITEURS.....	337

### TITRE SECOND :

#### L'ORGANISATION DES SYSTEMES DE COMPETENCE ..... 339

### CHAPITRE I :

#### LE FONCTIONNEMENT DES SYSTEMES DE COMPETENCE..... 341

SECTION 1 : L'EFFICACITE DES REGLES DE COMPETENCE .....	342
<i>Paragraphe 1) L'effectivité des règles générales uniformes</i> .....	342
I) Nécessité de la création d'une règle de compétence spéciale <i>ad hoc</i> .....	343
II) Détermination d'une règle spéciale <i>ad hoc</i> de principe .....	345
A) Critique du recours à l'article 42 alinéa 3 du Code de procédure civile .....	346
B) Proposition d'une méthode de détermination du chef de compétence spéciale .....	351
<i>Paragraphe 2) L'unité de l'interprétation des textes internationaux</i> .....	354
I) Les conflits d'interprétation .....	355
A) Relativité des occasions de conflits .....	355

1.	Conflits d'interprétation lors de la réception d'un jugement étranger.....	356
2.	Problème d'interprétation lors d'un jugement dans le for.....	360
B)	Relativité des sujets de conflits.....	364
1.	Qualification juridique et interprétation de la complexité des faits .....	364
2.	Analyses juridiques et règles préalables .....	367
II)	Quelques solutions aux conflits .....	370
A)	La prise en compte de l'interprétation étrangère .....	370
1.	L'obligation internationale de prendre en compte la jurisprudence étrangère .....	371
2.	La traduction procédurale de l'obligation .....	374
B)	La préférence à la règle de conflit pour les questions préalables.....	379
1.	Les dangers de la solution lex foriste .....	379
2.	Préférence, par défaut, aux règles de conflit sur la règle uniforme .....	383
SECTION 2 :	L'EFFICACITE DU REGIME DE LA COMPETENCE.....	387
Paragraphe 1)	<i>Adaptation du régime de la compétence</i> .....	389
I)	L'absence d'effet sur les éléments de pure organisation judiciaire.....	389
A)	Indifférence pour le relevé d'office .....	390
B)	Accélération des voies de recours : l'excès de pouvoir .....	393
II)	L'adaptation de la désignation de la juridiction compétente .....	397
A)	Désignation dans le déclinatoire de compétence .....	397
B)	Désignation dans la décision.....	401
1.	Caractère obligatoire de la désignation.....	401
2.	Risque minime du refus de reconnaissance consécutif.....	405
Paragraphe 2)	<i>Reconnaissance des décisions sur la compétence</i> .....	411
I)	Le principe d'une circulation des jugements sur la compétence .....	412
A)	La levée de l'obstacle théorique : l'uniformité du droit public mis en jeu .....	412
1.	Le principe du refus de reconnaissance d'une décision de droit public étranger.....	412
2.	L'exception d'une décision de droit public uniforme .....	416
B)	La jurisprudence sur l'autorité de chose jugée des décisions sur la compétence .....	419
1.	Les confirmations françaises et européennes .....	420
2.	Le choix de l'autorité de chose jugée.....	426
II)	La portée de la circulation des jugements d'incompétence.....	430
A)	Les effets en fonction du type de décision .....	431
1.	Reconnaissance d'un jugement d'incompétence désignant le juge compétent .....	431
2.	Reconnaissance d'un jugement de compétence.....	433
B)	Les limites de la circulation .....	436
1.	L'inutilité du critère de compétence indirecte.....	436
2.	Les rares possibilités de violation de l'ordre public.....	438
3.	La difficulté de la fraude à la jurisprudence .....	440
SEPTIEME CONCLUSION :	L'ALIGNEMENT DES SYSTEMES INTERNATIONAUX SUR LES SYSTEMES	
INTERNES .....		442

## CHAPITRE II :

### LA COORDINATION ENTRE SYSTEMES DE COMPETENCE ..... 443

SECTION 1 :	CONFLIT DE NORMES ET ARTICULATION DES SYSTEMES.....	444
Paragraphe 1)	<i>La détermination du système de compétence applicable</i> .....	445
I)	<i>Lex specialis</i> , le principe de solution.....	445
A)	Principe du système le plus spécifique .....	445
1.	Les solutions textuelles.....	445
2.	En l'absence de solution textuelle .....	447
B)	Prévalence du principe pour les conventions de compétence .....	450
1.	Lex specialis contre droit le plus favorable .....	451
2.	Lex specialis contre effet utile : l'affaire West Tankers .....	454
II)	Le recours conditionné à un système alternatif.....	458
Paragraphe 2)	<i>Le recours à des règles extérieures au système applicable</i> .....	460
I)	Le renvoi au droit national en matière de procédure .....	461
II)	La recherche d'un système subsidiaire pour les conventions de juridiction .....	464
A)	L'absence de réglementation.....	465

## L'organisation de la concurrence internationale des juridictions

B)	L'insuffisance d'une réglementation.....	467
SECTION 2 :	CONFLIT DE COMPETENCES ET RENVOIS JURIDICTIONNELS.....	472
Paragraphe 1)	<i>Proposition d'un forum non conveniens</i> .....	474
I)	La prise en compte de la revendication de compétence étrangère.....	475
A)	La nécessité de la prise en compte des compétences tierces.....	475
B)	La réalité de la prise en compte de la compétence tierce.....	478
1.	La limitation de la compétence dans les systèmes internes de compétence.....	479
2.	Extension de la prise en compte.....	481
II)	La technique de la fin de non-recevoir.....	484
A)	Le fondement procédural : l'intérêt à agir.....	486
1.	Intérêt à agir et enjeux internationaux.....	486
2.	Une hypothèse de « consultation juridique ».....	489
B)	Les modalités de mise en œuvre : l'affectation de l'intérêt à agir.....	491
1.	La prise en considération de l'ordre juridique revendiquant une compétence exclusive.....	491
2.	Une jurisprudence convergente : des arrêts Ballestrero à Tassel.....	496
Paragraphe 2)	<i>Proposition d'une action en (in)compétence</i> .....	499
I)	La recevabilité des actions en (in)compétence.....	500
A)	Une jurisprudence en développement.....	500
B)	Une solution d'opportunité.....	505
1.	Le fondement erroné : la règle uniforme.....	506
2.	Le fondement retenu : la coopération internationale.....	509
II)	Les conditions de recevabilité des actions en (in)compétence.....	514
A)	Le problème des recours.....	514
B)	L'affectation de l'intérêt à agir.....	515
HUITIEME CONCLUSION :	PROPOSITIONS DE THESE.....	522
<b>CONCLUSION GENERALE</b> .....		<b>525</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....		<b>I</b>
<i>Ouvrages généraux : traités et manuels</i> .....		<i>I</i>
<i>Ouvrages spéciaux : monographies, thèses, ouvrages collectifs</i> .....		<i>III</i>
<i>Publications de série</i> .....		<i>VII</i>
Cours.....		VII
Articles, communications.....		VIII
Entrées d'encyclopédie et dictionnaires.....		XVII
<i>Études et Rapports</i> .....		<i>XIX</i>
<i>Jurisprudence (et commentaires)</i> .....		<i>XX</i>
Jurisprudence française.....		XX
Jurisprudence de l'Union européenne.....		XXIX
Jurisprudence étrangère.....		XXX
Jurisprudence internationale.....		XXXI
<b>INDEX ALPHABETIQUE</b> .....		<b>XXXII</b>
<b>TABLES DES MATIERES</b> .....		<b>XL</b>

### **Résumé :**

Selon une présentation classique, la compétence juridictionnelle n'aurait en droit international privé pour objet que de déterminer les hypothèses dans lesquelles l'Etat accepterait de mettre ses juridictions à disposition des justiciables. Cette présentation achoppe cependant sur deux évolutions du droit positif. D'une part, la réglementation de la compétence est en bonne partie internationalisée, et ne suis plus ce modèle. D'autre part, elle occulte le fort développement des juridictions non étatiques instituées pour le contentieux de droit privé et économique dont l'intervention est souvent articulée avec celle des juridictions étatiques comme la compétence le fait en droit interne.

Ce double handicap descriptif s'explique par la place que l'Etat conserve au cœur de la théorie classique, une place héritée des théories publicistes du début du XX<sup>e</sup> siècle. Or, ni l'évolution de la théorie générale du droit international privé, ni surtout le droit positif ne justifie plus cette place centrale de l'Etat. Il faut donc revoir la théorie de la compétence internationale à l'aune du problème presque factuel auquel elle répond, la concurrence internationale des juridictions, et ainsi réintégrer en son sein les règles qui participent de sa résolution en organisant cette concurrence. La théorie renouvelée permet alors d'observer plus complètement l'organisation de la justice internationale de droit économique. Elle autorise en outre des propositions pour un régime plus efficace ou plus souple de la compétence internationale selon que cette concurrence internationale est ordonnée par une réglementation uniforme ou qu'il s'agit seulement de coopérer.

#### **Descripteurs :**

*Compétence internationale, Arbitrage international, Etat, Justice, Internationalisation, Système de compétence, Régime de l'incompétence, Forum non conveniens, Action en incompétence.*

### **Organizing the international competition of judges:**

#### **The law of judicial jurisdiction in economic globalization**

*French private international law doctrine classically defines judicial jurisdiction as the branch of law that deals with describing the hypothesis under which the State makes its courts available to claimants in international matters. This presentation, though, faces two contradicting evolutions in modern-day litigation of international business matters. First, it does give no account of the increasing internationalization of this branch of law, where numerous international conventions and European regulations now regulates judicial jurisdiction between judges of different countries as they would with venue between judges of the same State. Second, this presentation ignores the development of international courts and arbitral tribunals even though these tribunals compete with or replace national courts in international business disputes.*

*The reason for this double exclusion may actually be found in an analytical bias inherited from a century-old description of private international law as a conflict of State regulations, a bias that neither modern theory nor law itself confirms in any way. More simply described according to the problem it resolves, judicial jurisdiction may be defined as the branch of law that deals with organizing the international competition of judges. Under this functional definition, it is possible to broaden its scope and to describe the organization of international justice for business matters, both public and private, both State and International. Also, then encompassing rules of procedure, it becomes possible to offer new solutions to take into account foreign jurisdiction for a better international cooperation.*

#### **Keywords :**

*Judicial jurisdiction, International arbitration, State, Justice, Internationalization, Jurisdiction systems, jurisdiction regime, Forum non conveniens, Action in definition of jurisdiction.*