

**Le choix par les parties du tribunal compétent
«A propos du principe d'autonomie de la volonté
en matière de compétence judiciaire internationale»**

Ashraf Wafa Mohamed

**Professeur associé au département de droit international privé
Faculté de droit – Université du Caire**

Table de matières

Sujet	page
Introduction	305
Plan de recherche	307
Chapitre I, Le choix du tribunal compétent	308
Section I: Le principe d'autonomie de la volonté en droit anglosaxon	308
Section II: Le principe d'autonomie de la volonté selon la convention de Bruxelles et de Lugano	312
SI. Les conditions de la prorogation de compétence	312
A) Les conditions requises	312
a) Les conditions externes de la prorogation	312
1) Le domicile des parties	312
2) Le tribunal désigné	316
i- Un tribunal d'un Etat contractant	316
ii- Est-ce que les parties peuvent désigner les tribunaux de plusieurs Etats?	317
3) Le caractère international du litige	318
i- les thèse doctrinales	318
ii- les différences entre les Etats	320
iii- le droit conventionnel	322
b) les conditions internes de la prorogation	323
1- Les conditions de forme	323
i- La forme écrite	323
ii- La forme verbale confirmé par écrit	323
iii- La forme conforme aux habitudes des parties	324
iv- La forme conforme aux usages du commerce international	325
2- Les conditions de fond	325
B) Conditions exclues: "le lien entre le litige et le tribunal élu"	326
C) Conditions ajoutées	328
II. Effets de la prorogation de compétence	329

A) L'exclusivité de la compétence du tribunal élu	329
B) La transmission de la clause attributive de compétence	330
SIII. La prorogation de compétence en matière du contrat de travail	333
SIV- La prorogation tacite de compétence	334
Section III : Le principe d'autonomie de la volonté en droit français	337
SI- La licéité des clauses attributives de compétence	337
SII- La loi applicable à la clause d'élection du for	340
A) La tendance simpliste	341
B) La tendance complexe	341
SIII- Les effets de la clause d'élection du for	343
A) La position de la chambre sociale en 1979	343
B) La position moderne de la chambre civile en 2002 (de l'hésitation à l'affirmation de la licéité)	344
SIV- La transmission de la clause attributive de juridiction	345
A) La tendance de la chambre commerciale	345
B) La tendance de la chambre civile	347
C) La position retenue	349
Section IV: Le principe d'autonomie de la volonté en droit égyptien	352
A) La clause attributive de juridiction au profit des tribunaux égyptiens	352
B) La clause attributive de juridiction au profit des tribunaux étrangers	353
1- <i>La première tendance : Le rejet de la clause attributive de juridiction au profit des tribunaux étrangers</i>	353
2- <i>La deuxième tendance : L'admission de la clause attributive de juridiction au profit des tribunaux étrangers</i>	354
Chapitre II: Le rôle du tribunal saisi en présence d'une clause attributive de compétence	355
Section I: Le rôle du tribunal saisi dans les pays de <i>commun law</i>	358
S1. La notion de <i>forum conveniens</i> et de <i>forum non conveniens</i>	358
A) La notion de <i>forum conveniens</i> et de <i>forum non conveniens</i> en droit écossais	359
B) La notion de <i>forum conveniens</i> et de <i>forum non conveniens</i> en droit anglais	362
C) La notion de <i>forum conveniens</i> et de <i>forum non conveniens</i> en droit américain	364

a- La règle générale de l'application de <i>forum conveniens</i> et de <i>forum non conveniens</i>	364
b- La différence entre les Etats au sein de l'Union fédérative	368
§ II. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal saisi en présence d'une clause attributive de compétence dans les pays de <i>common law</i>	369
A) Le respect par les parties de la clause attributive de juridiction	369
B) Le pouvoir discrétionnaire du juge saisi en présence d'une clause attributive de juridiction	371
i- L'exercice discrétionnaire de la compétence ordinaire en présence d'une clause attributive de compétence	371
ii- L'exercice discrétionnaire de la compétence extraordinaire en présence d'une clause attributive de compétence	372
C) La consécration de la notion de <i>for conveniens</i>	374
a) La controverse doctrinale	374
b) Quelle primauté doit-on donner, au <i>for</i> choisi ou au <i>for convenient</i> ?	376
i- La primauté de <i>for</i> approprié sur le <i>for</i> choisi	376
- Le choix par les parties d'un tribunal anglais ou américain	376
- Le choix par les parties d'un tribunal étranger	377
- La reconnaissance du jugement rendu par le tribunal élu	379
ii- Le <i>for</i> choisi peut-il être considéré comme le <i>for convenient</i>	379
Section II: Le rôle du tribunal dans les pays de <i>civil law</i>	382
§ I. L'obligation de trancher le litige par le tribunal élu	382
§ II. Le principe général : Le rejet de la théorie du <i>forum non conveniens</i> comme un procédé général déterminant le tribunal compétent	384
1- L'incompatibilité de la théorie de <i>forum non conveniens</i> avec la sécurité juridique	384
2. L'incompatibilité de la théorie de <i>forum non conveniens</i> avec les besoins du commerce international	386
3. L'incompatibilité de la théorie de <i>forum non conveniens</i> avec la Convention de Bruxelles et le règlement européen	387
§ III. Les exceptions : La consécration limitée de la notion de <i>forum conveniens</i> et de <i>forum non conveniens</i> par certains pays de <i>civil law</i>	394
A- En Allemagne	396
B- En Belgique	396
C- En Suisse	396
D- Aux Pays-Bas	396

E- Au Québec	399
i- Le rejet de la théorie du forum non conveniens avant la réforme du Code civil en 1991	399
ii- L'admission de la théorie du forum non conveniens après la réforme du Code civil en 1991	400
F- En Egypte: La théorie de forum non conveniens dans le droit égyptien	402
Section III: La notion de forum conveniens et de <i>forum non conveniens</i> dans les instruments internationaux	404
A) Résolution de l'Institut de droit international de Bruges en 2003	404
i- La consécration de la notion de <i>forum non conveniens</i>	404
ii- La non application de la théorie du <i>forum non conveniens</i> à la clause attributive de juridiction	407
B) Le Règlement européen du 22 décembre 2000 remplaçant la Convention de Bruxelles de 1968	408
C) Le projet de la convention de La Haye sur la compétence judiciaire	409
1) Le but : La formation d'une Convention universelle en matière de compétence judiciaire et d'exécution des jugements étrangers	409
2) Le caractère exceptionnel de l'article 22 du projet	410
3) Les conditions de refus d'exercer la compétence	414
a- Le tribunal du for doit être inapproprié pour exercer sa compétence	414
b- Le tribunal étranger doit être clairement approprié pour statuer sur le litige	415
c- Le tribunal étranger doit être compétent pour connaître le litige.	416
4) Qui peut soulever l'exception de refus de compétence	416
5) Les facteurs qui déterminent le refus d'exercer la compétence	417
a- Les inconvénients pour les parties	417
b- L'accès aux preuves	418
c- Les délais de prescription	418
d- L'exécution de la décision	418
6) La mise en œuvre du refus d'exercer la compétence	418
7) L'interdiction du contrôle du <i>forum non conveniens</i> au stade d'effet des jugements	420
Conclusion (Notre opinion)	
a) Le rejet de la théorie de <i>forum non conveniens</i> comme un procédé général	420
b) L'admission du <i>forum non conveniens</i> sous la forme d'une clause d'exception	422

Introduction

1- L'étude présente sera consacrée au choix du tribunal compétent par les parties dans les relations internationales privées. Partant, nous allons parler du principe d'autonomie de la volonté non en matière des conflits de lois, mais en matière de compétence judiciaire internationale.

2-Le principe d'autonomie de la volonté trouve des racines très anciennes. Ainsi, dans le Moyen age et à l'époque où le forum et le jus se sont coïncidés, un ordonnance royale grec avait organisé les accord conclus entre grecs et égyptiens dans les termes suivantes: "Les Egyptiens qui ont passé un accord avec des Grecs aux termes des contrats grecs donneront et recevront satisfaction devant le tribunal des Chrématistes – le tribunal des Grecs - mais tous les Grecs qui passent des accords aux termes des contrats égyptiens donneront satisfaction devant les Laocrites – le tribunal des Egyptiens – selon les lois du pays"⁽¹⁾.

3- En matière de conflit des lois, il est unanimement admis que les parties ont le libre choix de la loi applicable; ce choix peut porter non seulement sur une loi comportant un lien étroit avec le litige, mais aussi sur une loi "neutre" qui ne comporte aucun lien avec ce litige⁽²⁾.

4- Est-ce que les parties ont la même faculté en ce qui concerne le choix du tribunal compétent ? Et si la réponse à cette question est affirmative quelle est la position du tribunal choisi à l'égard de ce choix ? Est-t-il obligé de trancher le différend dans ce cas; ou, au contraire, il dispose d'un pouvoir discrétionnaire et peut décliner sa compétence ?

Ce sont les deux questions essentielles que nous allons essayer d'y répondre dans notre recherche.

⁽¹⁾ Voir, Julio D.Gonzalez Campos : Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé, RCADI, tome 156, 1977, p.250.

⁽²⁾ En ce qui concerne le principe d'autonomie de la volonté en matière du choix de la loi applicable, voir en détail notre thèse de doctorat : Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage dans les pays arabes, thèse, Université de Bourgogne, 1997.

5- Or, avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient de souligner que le conflit de juridiction existe lorsque le litige comporte un élément d'extranéité. Dans ce cas, la question se pose pour savoir si les tribunaux nationaux sont compétents ou non.

6- Prima facie, il y a plusieurs cas dans lesquels le juge peut refuser d'exercer sa compétence dans une matière donnée, tels que :

- Les immunités d'Etats,
- Les immunités consulaires et diplomatiques,
- L'acte of state,

- L'absence d'une juridiction personnelle (*ratione personae*) et matérielle (*ratione materiae*).

- La non justiciabilité, - L'absence d'un *jus in standi*, et - La doctrine de *forum non conveniens*.

C'est à ce dernier sujet que la présente étude est consacrée.

7- Il est fréquent en matière de contrats internationaux d'insérer une clause attributive de compétence ou une clause d'arbitrage. Ceci est profitable pour les parties car, par la détermination de l'organe compétent pour connaître le différend, les parties évitent les incertitudes et l'imprévisibilité en ce qui concerne la compétence judiciaire ou arbitrale. Le choix du for est utile également pour trancher certains types d'opérations et pour résoudre les difficultés de la crainte (celle-ci résulte par exemple de l'exploitation de la partie faible par la partie forte) par le choix d'un for neutre⁽³⁾.

Or, la clause attributive de compétence peut être utilisée dans les contrats d'adhésion par la partie la plus forte pour attirer la partie faible devant le tribunal de son choix selon ses intérêts⁽⁴⁾. On va voir que cette crainte était à l'origine de la modification de la convention de Bruxelles en 1989 pour ajouter une disposition

⁽³⁾ V. en ce sens, Nicolas Dorandeu : La transmission des clauses attributives de compétence en droit international privé, *Clunet*, 2002, p. 1001 et s.

⁽⁴⁾ V. en ce sens, Bernard Audit : *Droit international privé*, 3e édition, *Economica*, 2000, p. 340.

concernant la clause d'élection du for en matière du contrat individuel de travail.

8- L'importance de la clause attributive de compétence tient au fait que les parties s'accordent très souvent sur une clause d'élection de for. C'est le principe d'autonomie de la volonté qui trouve son domaine de prédilection en matière contractuelle⁽⁵⁾.

9- Il est à noter que "le caractère unilatéral des règles de compétence juridictionnelle des divers Etats est fréquemment la cause de compétences concurrentes; pareille situation incite les parties non seulement à saisir le for supposé le plus favorable à leurs intérêts, mais aussi à renier le choix initialement fait lorsqu'il ne conduit pas au résultat escompté"⁽⁶⁾.

10- Il convient de souligner que la compétence juridictionnelle et la compétence législative ne coïncident pas nécessairement. Le juge peut être compétent de l'affaire mais il applique une loi étrangère pour résoudre le fond du litige⁽⁷⁾.

Plan de recherche:

11- Pour la commodité de l'exposée, cette étude est divisée en deux chapitres, à savoir :

Chapitre I: Le choix du tribunal compétent.

Chapitre II: Le rôle du tribunal saisi en présence d'une clause attributive de compétence.

⁽⁵⁾ V. en ce sens, A. Huet : La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle, Travaux du Comité français de droit international privé, 1981-1982, p. 30.

⁽⁶⁾ Voir Horatia Muir-Watt : Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français, Mélanges Yvon Loussouarn, Dalloz, 1994, p.305.

⁽⁷⁾ Dans ce sens l'on dit que : " L'assise fondamentale du droit international privé est apparue comme résidant dans l'interpénétration des différents systèmes, avec pour corollaire l'aptitude de tout juge à connaître de tous litiges et le devoir d'appliquer la loi adéquate. La rupture du lien entre le juge et son droit devient l'articulation essentielle de ce mécanisme".V. Pierre Hebraud : De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître, Revue critique de droit international privé, 1968, p. 233.

Chapitre I

Le choix du tribunal compétent

12- Nous allons exposer tout d'abord le principe d'autonomie de la volonté dans les pays de common law (section I), puis dans les pays de civil law (section II).

Section I

Le principe d'autonomie de la volonté en droit anglosaxon

13- La clause attributive de juridiction conclue avant la naissance du différend était, dans les pays de common law, privée de tout effet. Cette règle a progressivement été complètement abandonnée. En Angleterre, la validité de principe des clauses attributives de juridiction est reconnue explicitement par l'Order XI des Rules of the Supreme Court (aujourd'hui Part 6, Section III des Civil Procedure Rules 1998). Aux Etats-Unis, cette validité a été consacrée en 1972 par la Cour suprême de ce pays, dans l'arrêt Bremen⁽⁸⁾.

14- Le principe d'autonomie de la volonté, qui signifie le choix du tribunal compétent par les parties, est reconnu d'une manière générale dans les pays de common law. Toutefois, en common law les parties ne peuvent pas par une simple manifestation de leur volonté soustraire un différend de la compétence des tribunaux nationaux. L'existence d'une clause attributive de compétence constitue un élément que le juge prendra en compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Dans un arrêt rendu en 1854 dans l'affaire *Law v. Garret*, un tribunal anglais avait suspendu les poursuites entamées en violation d'une clause attributive de juridiction en considérant cette dernière comme une clause compromissaire. Cet arrêt constitue un arrêt de principe qui a été repris dans plusieurs arrêts en Angleterre, en Australie et au Canada. Les tribunaux ont donc l'habitude de donner très souvent effet aux clauses attributives de compétence⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Voir, Arnaud Nuyts : *L'exception de forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2003, p.370 et s.

⁽⁹⁾ Voir en détail, Christelle Chalas : *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2001, tome 1, p.165 et s.

15- Au milieu du ~~xx~~ème siècle le principe d'autonomie de la volonté a pris une autre ampleur. En effet, un arrêt rendu par une cour d'appel anglaise en 1944 a décidé qu'il existe un principe général en vertu duquel les tribunaux doivent respecter leurs engagements par les parties. Pour ce faire, en présence d'une clause attributive de compétence au profit d'un tribunal étranger, le demandeur doit être empêché d'entamer le procès devant les tribunaux anglais⁽¹⁰⁾.

En dépit de cet arrêt, la clause attributive de compétence ne lie pas définitivement les tribunaux anglais. Le Lord Denning l'affirme catégoriquement dans l'affaire *The Fehmarn* en déclarant que : " Je ne considère pas cette clause comme équivalente à une clause d'arbitrage, mais j'affirme que les tribunaux anglais ont la direction de leur propre procédure: et l'une des règles qu'ils appliquent est qu'une clause donnant compétence à un tribunal étranger pour trancher un litige ne les lie pas définitivement. Il s'agit d'un point auquel les tribunaux de ce pays accorderont une grande importance et donneront normalement effet, mais cela est soumis au principe prépondérant selon lequel personne ne peut par une manifestation de volonté évincer la compétence que ces tribunaux possèdent sur un litige donné"⁽¹¹⁾.

Il s'ensuit que dans le common law la clause attributive de compétence n'a pas pour effet d'écarter la compétence des tribunaux anglais dans le cas où les parties désignent un tribunal étranger pour trancher leur différend. En dépit de cette clause les tribunaux de for sont effectivement compétents pour trancher un litige porté devant eux en violation d'une clause d'élection d'un for étranger.

16- Si les deux parties s'accordent pour choisir de trancher leur litige devant les tribunaux d'un pays déterminé, ce choix a deux effets essentiels: un effet positif et un autre négatif. Ce dernier signifie qu'il est interdit de recourir à un autre tribunal même s'il existe un autre critère de compétence en faveur de celui-ci. Alors que l'effet positif signifie que le règlement du différend doit être tranché par l'organe judiciaire ou arbitral choisi par le commun accord des parties.

⁽¹⁰⁾ Voir cet arrêt in: Christelle Chalas : *ibid*, p. 166.

⁽¹¹⁾ Voir cet arrêt in: Christelle Chalas : *ibid*, p. 166 et s.

Cependant, on va voir, dans la deuxième chapitre, que le principe précédent n'est pas exclusif dans les pays de *common law*. En effet, si les parties ont choisi de trancher leur litige devant les tribunaux anglais, par exemple, le juge n'est pas tenu d'accepter la clause attributive de sa compétence; or il dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire et, pour cela, il peut statuer ou ne pas statuer. Ce pouvoir discrétionnaire s'appuie sur des motifs d'opportunité selon lesquels le juge dispose de trancher le litige s'il considère qu'il est un *forum conveniens*, et, per contra, il peut refuser de statuer s'il estime qu'il n'est pas le juge approprié (*forum non conveniens*) pour trancher le litige parce qu'il existe un autre juge étranger plus approprié que lui⁽¹²⁾.

17- Nous allons voir que dans les pays de civil law les parties peuvent choisir le tribunal compétent même si ce choix porte sur un tribunal n'ayant aucun lien avec le litige ou le rapport juridique en cause. Est-ce que la même règle s'applique dans les pays de *common law* ?

La réponse est certainement négative, en raison de la théorie de *forum conveniens*. Cette théorie permet au juge anglais de ne pas reconnaître le tribunal choisi, et qu'il serait plus justifié de porter le litige devant le tribunal d'un autre Etat. Et, inversement, cette théorie permet au juge anglais de ne pas reconnaître la compétence du tribunal d'un autre Etat que les parties ont désigné comme compétent dans un accord prorogatif, dès que le tribunal anglais trouve ce tribunal comme *forum non conveniens* à cause de l'absence d'un lien entre l'affaire et le tribunal choisi.

Ainsi, selon l'arrêt de la Cour d'appel de Londres dans l'affaire *The Fehrman*, pour qu'un accord prorogatif au profit d'un tribunal étranger puisse produire effets, l'affaire doit être liée par plus d'éléments au territoire du tribunal choisi qu'au territoire de l'Angleterre.

La théorie de *forum conveniens*, bien que dominante dans le système anglais, ne représente toutefois un empêchement absolu à ce

⁽¹²⁾ Voir en ce sens : Hélène Gaudemet-Tallon: Le " *forum non conveniens*", une menace pour la convention de Bruxelles ? (A propos de trois arrêts anglais récents), *Revue critique de droit international privé*, 1991, p.503. M. Gustaf Moller : Le juge et les règles de compétence internationale en matière civile, commerciale et pénale, in : *Le juge et le droit international, Réunion multilatérale, Bucarest (Roumanie), 28-30 novembre 1995*, Editions du Conseil de l'Europe, p. 114.

que les tribunaux anglais soient compétents dans les affaires n'ayant aucun lien avec le territoire anglais dès que les parties, ressortissants étrangers, ont choisi le tribunal anglais en tant que tribunal neutre. L'on peut rappeler, e.g., l'affaire de la société américaine Zapata contre la firme ouest-allemande Unterweser, dans laquelle les parties sont convenues de soumettre à la *High Court* of Justice de Londres tous les litiges qui pourraient surgir entre elles du contrat de transport maritime. La société Zapata a intenté le procès, malgré l'accord prorogatif, devant un tribunal américain, tandis que la firme Unterweser a intenté un autre procès devant la *High Court* de Londres. Les tribunaux anglais en deux instances ont dit qu'ils étaient compétents en vertu du contrat prorogatif, malgré le défaut absolu en l'espèce du lien de cette affaire avec le territoire anglais⁽¹³⁾.

18- La présomption de validité des clauses d'élection de for n'est cependant pas absolue. Aux Etats-Unis, comme en Angleterre, la partie qui s'oppose à la clause peut démontrer l'existence de circonstances particulières qui justifient qu'elle soit privée d'effets.

Selon l'affaire Bremen, une partie peut échapper aux effets d'une clause attributive de juridiction lorsque son exécution serait "déraisonnable en vertu des circonstances". La haute juridiction américaine a défini de manière restrictive ce qu'elle entend par un for déraisonnable: il faut démontrer "que le procès devant le for contractuel serait si difficile et si incommode qu'il aboutirait, en pratique, à priver (la partie qui s'oppose à l'effet de la clause) de son droit d'accès à la justice". En dehors de ce cas, juge la Cour, "il n'existe aucun motif pour conclure qu'il serait inéquitable, injuste ou déraisonnable d'obliger cette partie à respecter son engagement"⁽¹⁴⁾.

De façon analogue, en Angleterre, les tribunaux conservent un pouvoir discrétionnaire d'exercer leur compétence nonobstant l'existence d'une clause d'élection d'un for étranger lorsqu'il existe de "*sérieux motifs*" (*a strong cause*) pour en décider ainsi. La charge de la preuve repose sur la partie qui veut s'opposer à l'effet de la clause attributive de juridiction.

⁽¹³⁾ Voir, Jerzy Jodlowski : Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière privée, RCADI, tome 143, 1974, p.556 et s.

⁽¹⁴⁾ Arrêt cité par, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 371.

Section II

Le principe d'autonomie de la volonté selon la convention de Bruxelles et de Lugano

19- La convention de Bruxelles ainsi que celle de Lugano ont permis à la volonté des parties de choisir le tribunal compétent. On va traiter, successivement, les questions suivantes : les conditions de la prorogation volontaire de compétence, les effets de cette prorogation, le cas particulier de la clause attributive de compétence en matière du contrat de travail, et, enfin, la prorogation tacite de compétence.

SI. Les conditions de la prorogation de compétence:

20- Une condition est exclue qui est le lien entre le litige et le pays choisi. Il existe certaines conditions non mentionnées par la Convention. On va parler donc sur trois séries: les conditions requises, les conditions exclues et les conditions ajoutées.

A) Les conditions requises:

21- Il résulte de l'article 17 de la convention de Bruxelles⁽¹⁵⁾ qu'il existe des conditions externes à la clause attributive de compétence, et des conditions internes de celle-ci.

a) Les conditions externes de la prorogation:

22- Conformément à l'article 17 de la convention de Bruxelles, les parties ont le droit de choisir le tribunal compétent en insérant dans leur contrat une clause qui détermine ce tribunal. Or, pour que les parties puissent disposer de cette faculté, trois conditions doivent être réunies : l'une concerne le domicile des parties, l'autre concerne le tribunal désigné et la troisième concerne le caractère international du litige. Nous allons traiter maintenant ces conditions successivement.

1) Le domicile des parties:

23- L'application de l'article 17 de la convention de Bruxelles est conditionnée tout d'abord par l'existence du domicile de l'une des parties au moins sur le territoire d'un Etat contractant. Il est

⁽¹⁵⁾ Sauf indication contraire, ce que nous disons dans notre recherche sur la Convention de Bruxelles est la même pour la Convention de Lugano.

connu que ladite convention est conclue entre les pays européens, et pour cela l'exigence de cette condition signifie que le domicile de l'une des parties doit être trouvé dans un pays européen.

Pour que l'article 17 puisse s'appliquer, il suffit que le domicile de l'une des parties soit dans un pays contractant; peu importe que cette partie soit le demandeur ou le défendeur.

24- Il est à noter que l'article 4 de la convention de Bruxelles dispose que : " Si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat contractant, la compétence est, dans chaque Etat contractant, réglée par la loi de cet Etat, sous réserve de l'application des dispositions de l'article 16".

Il s'ensuit du texte précédent que l'article 17 n'est pas exclue de son champ d'application; mais on voit avec d'autres opinions que la clause attributive de compétence joue même si le domicile du défendeur existe hors de la Communauté européenne. L'opinion contraire ôte à la clause attributive de compétence tout son intérêt et son autonomie comme critère indépendant de compétence internationale⁽¹⁶⁾. Le domicile du défendeur sur le territoire du pays concerné est un chef de compétence, et le choix par les parties du tribunal compétent est un autre indépendant du premier.

Si les deux parties sont domiciliées dans le même Etat et celui-ci est un Etat européen, cela n'empêche pas le fonctionnement de l'article 17 de la convention de Bruxelles. Ainsi, deux français, par exemple, peuvent contracter une clause attributive de compétence au profit des tribunaux britanniques si le contrat s'exécute en Angleterre. D'autre part, il va sans dire, que l'article 17

⁽¹⁶⁾ C'est dans ce sens que l'on disait que : " La nécessaire égalité entre les parties à la convention attributive de juridiction impose que l'art. 17 l'emporte sur l'art. 4; sinon, le défendeur non domicilié dans la Communauté et assigné en vertu d'une clause conforme à l'art. 17 devant le tribunal d'un Etat contractant pourrait contester la compétence de ce dernier, en arguant du droit international commun de cet Etat. Il est tout à fait certain que l'art. 17 intervient dès que l'une des parties, demandeur ou défendeur a un domicile sur le territoire d'un Etat contractant". Voir, Hélène Gaudemet-Tallon: Les conventions de Bruxelles et de Lugano, Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe, L.G.D.J., 1993, p. 72 et s.

est applicable dans le cas où le domicile des parties est dans deux pays européens différents.

25- Conformément à l'article 17/2, lorsque la clause attributive de juridiction est conclue par des parties dont aucun n'a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, et la clause désigne un tribunal d'un tel Etat, les tribunaux des autres Etats contractants ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence.

Dans ce cas, il est clair que le lien entre le différend et la Communauté est faible et, pour autant, la convention de Bruxelles n'a pas un titre sérieux à intervenir. En dépit de ce constat, on doit donner à la clause attributive de compétence, autant que possible, son intérêt et ses effets car, comme l'explique M. Schlosser⁽¹⁷⁾, le but de l'article 17/2 est "de veiller à ce que l'effet dérogatoire d'une telle convention attributive de juridiction soit reconnue sur l'ensemble du territoire de la Communauté".

Pour l'application du texte précédent, si deux parties domiciliées en Egypte ont désignées un tribunal anglais pour trancher leur litige, un tribunal français ne peut se saisir que si le tribunal anglais a décliné sa compétence.

26- On doit s'interroger ici sur le moment de l'existence de la condition de domicile, est-ce que on prend en compte le moment de l'introduction de l'instance ou le moment de la conclusion de la convention d'élection du for ?

Une partie de la doctrine voit qu'il suffit que l'une des parties soit domiciliée dans un Etat contractant au moment de l'accord ou au moment de l'action. Ainsi, si, au moment de la conclusion de l'accord une des parties avait son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, mais elle a déménagé avant l'ouverture de l'action, cette partie ne doit pas être privée, d'après cet opinion, de l'accord attributive de juridiction⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Voir M. Schlosser, dans son rapport sur la convention de Bruxelles in : Hélène Gaudement-Tallon : Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op. cit., p. 73.

⁽¹⁸⁾ V. en ce sens, Francois-Jérôme Danthé : Le droit international privé Suisse de la concurrence déloyale, Librairie Droz-Genève, 1998, p. 242.

Mais on voit avec d'autres que le domicile de l'une des parties sur le territoire d'un Etat contractant doit exister au moment de la conclusion de la clause attributive de juridiction. Si, au ce moment, cette condition existe l'article 17/1 est applicable même si aucune des parties n'a pas, au moment de l'introduction de l'instance, un domicile sur le territoire d'un Etat européen.

L'appréciation de la condition du domicile au moment de la conclusion s'explique par le fait que l'autonomie et le sort de la clause attributive de juridiction ne doivent pas être tributaire du changement de domicile après que les deux parties se sont mises d'accord sur le tribunal qui doit se prononcer sur leur litige⁽¹⁹⁾.

Ainsi, si l'une des parties a son domicile dans un Etat contractant au moment de la conclusion de la clause, l'article 17 est applicable et, pour cela, le tribunal désigné est exclusivement compétent. Le changement du domicile après la conclusion de l'accord n'a pas d'impact sur la clause attributive de juridiction.

27- Il est à noter que l'existence du domicile commun des parties dans un pays contractant n'empêche pas l'application de l'article 17, si le litige a des liens avec un autre pays. C'est dans ce sens que le Conseil fédéral Suisse admet l'entrée en jeu de l'article 17 "lorsque les deux parties ont leur domicile dans le même Etat contractant, mais que leur litige a des liens avec un autre Etat contractant ou un Etat tiers (lieu d'exécution du contrat, lieu du délit) et qu'elles se sont mises d'accord sur les juridictions de leur lieu de domicile commun"⁽²⁰⁾.

Cependant, la Cour de justice de la Communauté européenne a jugé, dans l'affaire Sanicentral du 13 novembre 1979, que : "La clause attributive de juridiction est de par sa nature une option de compétence qui n'a pas d'effet juridique tant qu'au jour où l'action judiciaire n'est pas déclenchée et qui ne tire à conséquence qu'au jour où l'action judiciaire est mise en mouvement"⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ V. en ce sens, Hélène Gaudement-Tallon : Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op. cit., p. 74 et s.

⁽²⁰⁾ V. en détail, François-Jérôme Danthé : Le droit international privé Suisse de la concurrence déloyale, op. cit., p. 243 et s.

⁽²¹⁾ Il est à noter que cet arrêt concerne une question de droit transitoire, de sorte que la Cour a déclaré que la clause attributive de juridiction continue =

2) Le tribunal désigné :

28- Selon la convention de Bruxelles, le tribunal désigné doit être un tribunal d'un Etat contractant. On doit s'interroger sur le point de savoir si les parties ont la possibilité de désigner à la fois plusieurs tribunaux.

i- Un tribunal d'un Etat contractant:

29- La convention de Bruxelles s'applique, d'après l'article 17/2, si le tribunal désigné est un tribunal d'un Etat contractant⁽²²⁾. Par contre, si la clause attributive de juridiction désigne un tribunal d'un pays tiers, l'article 17 ne s'applique pas, sinon il y aura un empiètement sur la souveraineté de ce dernier pays. Mais est-ce que les parties domiciliées dans la Communauté peuvent désigner un tribunal tiers ?

Au regard de l'article 17 de la convention de Bruxelles, celle-ci ne s'applique pas puisque cet article dispose que le tribunal désigné doit être un tribunal d'un pays contractant. Or, au regard de droit international privé commun, la clause attributive de juridiction n'a pas pour effet la désignation du tribunal d'un Etat contractant seulement, mais également la désignation de n'importe quel tribunal. Si les deux parties ont donc désigné un tribunal égyptien et malgré cela l'une d'entre elles a introduit le procès devant un tribunal d'un pays européen en s'appuyant sur l'existence de son domicile sur le territoire de ce pays, le tribunal saisi doit décliner sa compétence dès que le défendeur invoque la clause attributive de juridiction au profit d'un tribunal tiers.

= dans un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de la Convention relève de l'article 17 tant que l'une des parties a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant au moment de l'introduction de l'instance. On peut dire donc que cet arrêt traite uniquement cette question de droit transitoire et ne concerne pas la question générale du moment d'appréciation du domicile. V. en ce sens, Hélène Gaudement-Tallon : *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, op. cit., p. 75.

⁽²²⁾ En ce qui concerne les clauses attributives de juridiction en matière d'assurance, l'article 12 de la Convention de Bruxelles s'applique, contrairement à l'article 17, non seulement en cas de désignation d'un tribunal appartenant à un pays contractant, mais aussi dans le cas où les parties choisissent un tribunal tiers. V. en détail, Hélène Gaudement-Tallon: *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, op. cit., p. 175 et ss.

30- Cependant, la clause attributive de compétence ne joue pas lorsque la compétence du tribunal saisi est une compétence exclusive. Il est interdit aux parties de conclure une convention attributive de juridiction pour exclure la compétence du tribunal dans les cas de compétence exclusive prévues par l'article 16 de la Convention de Bruxelles⁽²³⁾. Dans ce cas, l'accord des parties est sans effet; c'est le cas, par exemple, en matière des droits réels immobiliers dans lesquels la compétence judiciaire sera aux tribunaux de l'Etat contractant où l'immeuble est situé (article 16/1/a)⁽²⁴⁾.

ii- Est-ce que les parties peuvent désigner les tribunaux de plusieurs Etats?

31- Dans son arrêt du 9 novembre 1978, la Cour de justice de la Communauté européenne a admis le fait que l'accord des parties peut donner compétence aux tribunaux de plusieurs Etats. Dans cette affaire, l'entreprise allemande Meeth et l'entreprise française Glacetal se sont mis d'accord sur une clause réciproque de compétence

⁽²³⁾ V. en ce sens, M. Gustaf Moller : Le juge et les règles de compétence internationale en matière civile, commerciale et pénale, op. cit., p. 121.

⁽²⁴⁾ L'article 16 de la Convention de Bruxelles énumère les cas de compétence exclusive. Cet article dispose en effet que : " Sont seuls compétents, sans considération de domicile:

1- (a) en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'Etat contractant où l'immeuble est situé;

(b) toutefois, en matière de baux d'immeubles conclus en vue d'un usage personnel et temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs, sont également compétents les tribunaux de l'Etat contractant dans lequel le défendeur est domicilié, à condition que le propriétaire et le locataire soient des personnes physiques et qu'ils soient domiciliés dans le même Etat contractant;

2- en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un Etat contractant, ou des décisions de leurs organes, les tribunaux de cet Etat;

3- en matière de validité des inscriptions sur les registres publics, les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel ces registres sont tenus;

4- en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou à un enregistrement, les juridictions de l'Etat contractant sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été effectué aux termes d'une Convention internationale;

5- en matière d'exécution des décisions, les tribunaux de l'Etat contractant du lieu de l'exécution".

judiciaire selon laquelle d'une part toute action en justice intentée par l'entreprise française doit être intentée en Allemagne et, d'autre part, toute action intentée par l'entreprise allemande doit l'être en France.

En admettant cette clause réciproque, la Cour européenne a interprété, d'une manière très libérale, le principe d'autonomie de la volonté en matière de compétence judiciaire. Cette interprétation extensive s'appuie, selon la Cour, sur le fait que: "une telle clause conserve un effet utile en ce sens qu'elle a pour conséquence d'exclure, dans les rapports entre les parties, d'autres attributions de compétences facultatives telles qu'on les trouve aux articles 5 et 6 de la Convention"⁽²⁵⁾.

Dans un autre arrêt du 24 juin 1986, la Cour de justice a affirmé que : "Les parties peuvent ainsi attribuer compétence à des tribunaux qui ne l'auraient pas en vertu de dispositions générales ou spéciales de la Convention ou exclure celle de tribunaux qui seraient normalement compétents en vertu de ces règles"⁽²⁶⁾.

3) Le caractère international du litige:

32- Cette condition soulève trois questions, à savoir : les thèses doctrinales, la pratique suivie par les Etats, et enfin le droit conventionnel.

i- Les thèses doctrinales:

33- L'article 17 de la convention de Bruxelles n'exige pas cette condition⁽²⁷⁾, et pour cela la doctrine s'est divisée en trois opinions à savoir:

⁽²⁵⁾ V. C.J.C.E., 9 novembre 1978 cité par : Hélène Gaudement-Tallon : Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op. cit., p. 77.

⁽²⁶⁾ V. C.J.C.E., 24 juin 1986 cité par : Hélène Gaudement-Tallon : Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op. cit., p. 78.

⁽²⁷⁾ Si L'article 17 de la convention de Bruxelles n'exige pas l'internationalité, elle concerne dans son ensemble les rapports internationaux. Le préambule dit que les Etats contractants déclarent qu'ils ont en vue la précision de la compétence de leurs juridictions dans l'ordre international.

M. Droz souligne que cette condition doit être remplie "pour qu'un accord d'élection de for tombe dans le champ d'application de la Convention et particulièrement de l'article 1". Cependant, il constate que la condition d'application de l'article 17 est le caractère international de la situation juridique. Or, un tel caractère international d'une situation juridique peut même résulter, à son avis, du fait que les parties qui sont ressortissantes d'un Etat peuvent soumettre l'affaire à la juridiction d'un tribunal étranger. Or, =

a) Primo: selon certains l'application de l'article 17 n'est pas conditionnée par l'internationalité de la situation litigieuse elle-même, et que l'insertion d'une clause attributive de juridiction au profit d'un tribunal étranger est suffisante à elle-même pour le caractère international et, pour autant, l'article 17 de la convention de Bruxelles doit être appliqué même si le rapport litigieux est purement interne.

b) Secundo: une autre opinion fait la différence entre deux situations: d'une part, il existe des opérations qui peuvent devenir internationales par le choix d'une juridiction étrangère et, d'autre part, il en est d'autres de nature purement internes qui ne sont pas affectées par un pareil choix.

Cette opinion donne l'exemple suivant: un contrat entre deux négociateurs en blé établis en France pour une opération à effectuer en France devrait pouvoir contenir une clause désignant les tribunaux de Londres. Au contraire, un contrat de construction d'une maison individuelle ne devient pas international par le seul choix d'un tribunal étranger. Or, nous constatons que cette différence entre les deux situations susindiquées est difficile à tracer et peut conduire à l'arbitraire par l'organe judiciaire compétent.

c) tertio: Une troisième opinion voit que le caractère international du litige est une condition nécessaire et inéluctable et que le choix d'un tribunal étranger n'a aucun impact sur cette internationalité. Cette opinion est la meilleur à notre avis car, en réalité, on doit distinguer entre deux situations, à savoir : La situation purement interne et la situation qui comporte un élément d'extranéité.

Quant à la première situation elle ne soulève pas un problème concernant l'organe judiciaire compétent. Puisque tous les éléments du

= cet auteur arrive à la conclusion que l'article 17 de la convention n'interdit pas aux parties de choisir un juge étranger pour trancher un litige purement interne. Cet avis prêt le flanc à la critique car, comme certains soulignent, à juste titre, "Les accords prorogatifs et dérogoires à la compétence internationale sont admis pour faciliter les échanges internationaux et non pour offrir aux parties une faculté de se soustraire aux tribunaux de leurs propres pays dans les litiges n'ayant rien de commun avec les rapports internationaux". Voir cet avis in, Jerzy Jodlowski : Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogoation à la compétence internationale en matière privé, op cit, p.554 et s.

litige se sont trouvés sur le territoire d'un pays déterminé, seuls les tribunaux de ce pays sont compétents pour en connaître. Les parties n'ont pas logiquement le droit de choisir un tribunal étranger dans ce cas.

Alors que pour ce qui concerne la deuxième situation, il y a un élément d'extranéité inhérent à la situation elle-même et, pour autant, on est en présence d'un rapport international qui intéresse en même temps plusieurs organes judiciaires. Il est inéluctable donc de s'interroger sur le tribunal compétent, et peut jouer dans ce cas le principe selon lequel les parties peuvent attribuer cette compétence à un tribunal quelconque.

En somme, l'internationalité conditionnée ne résulte pas de la désignation d'un tribunal étranger, mais de l'internationalité du rapport juridique lui-même. C'est dans ce sens que la Cour de cassation française a déclaré, le 17 décembre 1985, que : "les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international"⁽²⁸⁾.

ii- Les différences entre les Etats:

34- Certains Etats n'admettent pas la dérogation à la juridiction de leurs tribunaux dans des affaires ayant pour parties leurs propres ressortissants, même lorsque l'affaire a un élément d'extranéité. D'autres admettent la prorogation dans de tels cas au profit d'un tribunal étranger.

La dérogation est universellement admise quand l'affaire a un caractère international et ses parties sont des sujets dont chacun est ressortissant d'un autre Etat. Des différences existent entre les Etats à cet égard.

Ainsi le droit yougoslave n'admet la prorogation au profit d'un tribunal étranger que si l'une des parties est un ressortissant étranger.

En droit italien la dérogation à la juridiction du tribunal italien n'est possible que dans une affaire où les deux parties ou l'une d'elles au moins sont des étrangers.

⁽²⁸⁾ Arrêt cité par, Hélène Gaudement-Tallon : Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op. cit., p. 79.

L'article 99, alinéa 1, du Code de procédure civile portugais de 1961 prévoit que les conventions dérogatoires à la compétence internationale des tribunaux portugais ne sont valables ni efficaces que dans les cas où toutes les parties en cause sont ressortissants étrangers.

Le droit bulgare admet expressément la prorogation au profit d'un tribunal étranger dans les affaires entre une organisation socialiste bulgare et une entreprise étrangère, ce qui implique que dans les affaires entre les citoyens ou les organisations bulgares il n'est pas possible de déroger aux tribunaux nationaux⁽²⁹⁾.

Il est à noter que le caractère international dépend non seulement du critère juridique, mais aussi du critère économique selon lequel la relation est internationale lorsqu'elle met en jeu les besoins du commerce international. A cet égard, B. Goldman observe que " le classement du litige dans l'ordre international, qui conditionne l'application des règles de compétence, ne devrait pas soulever de difficulté sérieuse: on peut en effet admettre qu'un litige est international toute les fois que le rapport de droit à propos duquel il surgit peut être rattaché, par ses éléments quels qu'ils soient (nationalité ou domicile des parties, lieu de conclusion ou d'exécution de l'acte juridique, lieu d'accomplissement du fait juridique, lieu de situation du bien litigieux, etc.), à plus d'un Etat. Plus simplement encore on peut dire qu'un litige est international dès lors qu'il pourrait donner lieu à un conflit international de juridiction"⁽³⁰⁾.

iii- Le droit conventionnel:

35- En droit conventionnel, deux conventions de La Haye portent expressément sur l'élection du for dans les affaires résultant des rapports internationaux. Ainsi, en ce qui concerne la Convention du 15 avril 1958 sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels, il résulte du fait même qu'elle est applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (art. 1, al. I) et que l'élection de for prévue

⁽²⁹⁾ Voir, Jerzy Jodlowski : Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière privé, op cit, p. 548 et s.

⁽³⁰⁾ Voir l'avis de B.Goldman in , Jerzy Jodlowski : ibid, p.551.

à l'article 2 qu'elle n'entre en jeu que dans les affaires résultant des contrats de vente à caractère international.

Autant dire que le caractère international du litige est ici déterminé par le caractère international du rapport litigieux. Il est évident que cette convention n'est pas applicable à l'élection du for dans une affaire résultant d'un contrat de vente purement interne. L'article 1, alinéa 4, de la convention indique expressément que "la seule déclaration des parties relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre ne suffit pas à donner à la vente le caractère international".

De même, la Convention du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection du for indique expressément à l'article 2 que "la convention s'applique dans les rapports internationaux aux accords d'élection du for conclus en matière civile ou commerciale"⁽³¹⁾.

36- L'internationalité de la situation litigieuse doit exister au moment de la conclusion du contrat. Si la situation est internationale à ce moment tandis que au moment de l'introduction du procès elle ne l'est pas, l'article 17 s'applique et, pour autant, la clause attributive de compétence est valable. Par contre, si la situation est purement interne au moment de la conclusion du contrat et, par voie du changement de domicile ou de l'exécution du contrat, elle devient internationale au moment du litige, la clause attributive de juridiction n'est pas acceptable.

Dès le début, les deux parties doivent connaître leurs droits respectifs et, pour cela, les éléments essentiels s'apprécient au moment de l'accord des parties. Ceci est valable pour le domicile, comme il l'est pour l'internationalité du litige⁽³²⁾.

b) les conditions internes de la prorogation:

37- Les conditions internes de la prorogation ne concernent uniquement la forme mais aussi le fond.

1- Les conditions de forme:

38- La convention attributive de compétence peut être faite en plusieurs formes, à savoir : une forme écrite, une forme verbale

⁽³¹⁾ Voir en détail, Jerzy Jodlowski : *ibid*, p.552 et s.

⁽³²⁾ Voir cet arrêt in: Hélène Gaudement-Tallon: *Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op. cit.*, p. 80.

confirmée par écrit, une forme conforme aux habitudes des parties et enfin une forme conforme aux usages du commerce international⁽³³⁾.

i- La forme écrite:

39- L'article 17 de la Convention de Bruxelles exige une convention écrite et signée par les deux parties. Cette exigence écrite peut résulter d'une clause insérée dans le contrat principal et consacrée à l'organe judiciaire compétent pour résoudre le différend. Elle peut également résulter d'une convention autonome consacrée entièrement à la question de la clause attributive de compétence.

A cet égard, la Cour de justice de la Communauté européenne a jugé en 1979 qu'il y a "écrit" si l'instrument signé par les parties contient un renvoi exprès aux conditions générales du contrat dans lesquelles figure l'attribution de juridiction⁽³⁴⁾.

ii- La forme verbale confirmé par écrit:

40- On est ici en présence de deux actes, à savoir : le premier est la forme verbale et le second est la confirmation écrite.

S'agissant du premier acte, il faut que la convention verbale porte *spécialement* sur la prorogation de compétence. La Cour de justice de la Communauté a jugé que: "L'acheteur, même s'il a accepté, dans un contrat conclu verbalement de traiter aux conditions générales du vendeur, n'est dès lors pas censé avoir accepté une clause attributive de juridiction qui peut éventuellement figurer dans ces conditions générales"⁽³⁵⁾. Ainsi, l'invocation de la clause attributive de compétence verbale comme condition parmi des autres conditions générales d'une manière globale ne suffit pas pour l'application de l'article 17.

⁽³³⁾ Il convient de souligner que les conditions de forme, qui concernent la convention d'élection de for, ont été prévues pour la première fois par la Convention de La Haye de 1958 sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels. V. Georges A.L. Droz : La convention de Lugano Parallèle à la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Revue critique de droit international privé, 1989, p. 22.

⁽³⁴⁾ V. en détail, Hélène Gaudement-Tallon : Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op. cit., p. 81.

⁽³⁵⁾ Arrêt cité par, Hélène Gaudement-Tallon : Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op. cit., p. 84.

Le second acte concerne la confirmation écrite de la convention verbale. D'après l'arrêt Berghoefer du 11 juillet 1985, la Cour de justice de la Communauté a jugé que : "les conditions de l'article 17 sont remplies si la confirmation écrite émanant de l'une quelconque des parties a été reçue par l'autre et que cette dernière n'a formulé aucune objection".

Il convient de souligner que l'exigence d'une forme verbale confirmée par écrit n'est pas demandée s'il existe entre les parties des rapports commerciaux courants. Concernant ces rapports, la Cour de justice de la Communauté a affirmé que la bonne foi exige que la clause attributive de compétence soit soumise au régime des conditions générales, de sorte qu'il suffit que ces conditions générales comportent une clause attributive de compétence⁽³⁶⁾.

iii- La forme conforme aux habitudes des parties:

41- L'article 17/1/b de la Convention de Bruxelles dispose que la clause attributive de juridiction est conclue "sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles"⁽³⁷⁾. Cette forme a le privilège d'atténuer les conditions de formes pour prendre en compte les considérations de la pratique. Dans ce sens M. G. Droz dit que: "Lorsqu' un exportateur et un importateur concluent chaque mois des milliers de contrats portant sur des marchandises identiques en ne précisant par télex, téléphone ou télécopieur que quantités, qualités et prix, on ne peut pas ignorer les conditions générales de vente qui se situent régulièrement à l'arrière-plan de leur relation commerciale et qui peuvent contenir une clause attributive de juridiction "⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ V. Hélène Gaudement-Tallon : *ibid*, p. 85.

⁽³⁷⁾ On peut rapprocher l'article 17/1/b de la Convention de Bruxelles de l'article 9/1 de la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente international de marchandises qui dispose que : " les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consentis et par les habitudes qui se sont établis entre elles".

⁽³⁸⁾ Voir Georges A.L. Droz: *La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, op.cit., p. 23.*

iv- La forme conforme aux usages du commerce international:

42- Selon l'article 17/1/c si la clause d'élection de for a pris une forme habituellement suivie par les usages du commerce international, cette forme est valable pour constituer la convention de la prorogation de compétence⁽³⁹⁾. Mais il faut que l'usage du commerce soit largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée. Il s'ensuit que l'usage considéré doit être un usage bien établi en matière de commerce international.

2- Les conditions de fond:

43- L'article 17/1 de la Convention de Bruxelles a exigé une seule condition de fond; la convention d'élection de for doit porter sur des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. On peut dire donc que la condition de fond stipulée dans l'article 17/1 de la convention de Bruxelles limite *ratione materiae* le jeu de la clause attributive de compétence. Or, s'il existe plusieurs rapports entre les parties, la clause qui attribue globalement la compétence dans ces rapports n'est pas valable. En revanche, est valable la clause attributive de juridiction qui concerne un rapport déterminé même si ce rapport résulte de plusieurs contrats. C'est dans ce sens que la Cour de justice de la Communauté européenne a affirmé que: "la clause insérée dans les statuts d'une société et visant tous les litiges qui pourraient s'élever entre les actionnaires en tant que tels et la société avait un objet déterminé au sens de l'article 17"⁽⁴⁰⁾.

44- À cet égard, il est difficile d'accepter la notion de la "clause cadre attributive de compétence". Cette notion signifie qu'une clause attributive de juridiction s'insère dans le contrat cadre en prévoyant expressément son application aux contrats d'exécution à venir. La notion de la clause cadre n'est pas compatible avec

⁽³⁹⁾ L'article 17/1/c stipule que: " La convention attributive de compétence est conclue 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 la branche commerciale considérée".

⁽⁴⁰⁾ Arrêt cite par : Hélène Gaudement-Tallon : Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op. cit., p. 88.

l'article 17 de la Convention de Bruxelles car cet article exige que la clause attributive de compétence doit porter sur des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé⁽⁴¹⁾.

B) Conditions exclues: "le lien entre le litige et le tribunal élu":

45- Il est bien connu en matière de droit applicable aux contrats internationaux que les parties ont le libre choix de la loi applicable, et ce choix peut porter sur une loi qui comporte un lien étroit avec le différend et peut aussi porter sur une loi qui ne comporte aucun lien avec ce différend⁽⁴²⁾.

De même, le principe d'autonomie de la volonté en matière de compétence juridictionnelle internationale permet aux parties le libre choix du tribunal élu. Dans l'affaire 38/81 Effer SPA v. Kantner, la Cour européenne a affirmé que les règles de juridiction prévues par la Convention de Bruxelles ont été désignées en partie pour donner juridiction à la cour nationale la plus qualifiée pour trancher le litige. Cependant, dans l'affaire C-282/92 Custom Made commercial LTD v. Stawa Metallbau GmbH, elle a reconnu que l'application des règles de la Convention peut amener à ce qu'un litige puisse être dans la juridiction d'une cour n'ayant pas le lien le plus étroit avec le litige⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Toutefois, certains auteurs voient qu'il est possible d'admettre la notion du contrat cadre en matière de la clause attributive de juridiction. Ainsi, M. Leclerc estime que "plusieurs arguments militent en faveur d'une extension de la clause d'élection de for. A commencer par la nature du contrat cadre, permettant certainement une accommodation avec le principe d'interprétation stricte. A en croire en effet la ratio du principe, le souci est ici d'éviter que la clause soit étendue à des hypothèses demeurées hors du champ contractuel. Or, ce souci ne doit pas inquiéter dans le contexte qui est le notre, les clauses figurant au contrat cadre ayant été stipulées normalement dans la perspective d'une standardisation des contrats à venir". V. Frédéric Leclerc : Le contrat cadre en droit international privé, Travaux du Comité français de droit international privé, 2002-2004, A. Pedone, Paris, 2005, p. 12.

⁽⁴²⁾ Sur le principe d'autonomie de la volonté en matière de conflit de lois voir en détail notre thèse de Doctorat : Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage dans les pays arabes, thèse, Université de Bourgogne, 1997, p. 15 et ss.

⁽⁴³⁾ V. ces arrêts in : Sir L. Collin: Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* et aux *anti-suit injunctions*, principes directeurs, Annuaire de l'Institut de Droit International, Session de Bruges, Vol. 70-1, 2003, p. 22.

Dans l'affaire Zelger du 17 janvier 1980, la Cour de justice de la Communauté européenne a déclaré que: "l'article 17 fait abstraction de tout élément objectif de connexité entre le rapport litigieux et le tribunal désigné"⁽⁴⁴⁾.

Ainsi, lorsqu'un contrat est conclu entre une société française et une autre belge, les deux parties peuvent choisir un tribunal français ou un tribunal belge pour résoudre leur litige. Elles peuvent aussi choisir un tribunal "neutre", e.g., un tribunal anglais⁽⁴⁵⁾. Ainsi, on peut dire que le libre choix du tribunal élu par les parties contribue au développement du commerce international⁽⁴⁶⁾.

Toutefois, il convient de souligner que la Convention de La Haye de 1965 sur les accords d'élection du for, bien qu'elle n'exige pas de lien du for élu avec l'affaire, l'article 15 prévoit: « tout Etat contractant peut se réserver de ne pas reconnaître les accords d'élection de for si le litige n'a aucun rattachement avec le tribunal élu, ou si, compte tenu des circonstances, il y aurait grave inconvénient à ce que la cause soit jugée par le tribunal élu».

⁽⁴⁴⁾ Arrêt cité par: Hélène Gaudement-Tallon : Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op. cit., p. 88.

⁽⁴⁵⁾ En ce sens voir : A. Huet : La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle, Travaux du Comité français de droit international privé, 1981-1982, p.32.

En revanche, certaines opinions dans la doctrine égyptienne voient qu'il est indispensable d'exiger un lien étroit entre le litige et les tribunaux égyptiens pour l'application de l'article 32 de la loi égyptienne qui permet à la volonté des parties d'élire un tribunal égyptien. V. Ahmed Salama : La doctrine de la procédure civile internationale, première édition, Dar el-Nahda el-Arabia, 2000, p.147 (en arabe).

⁽⁴⁶⁾ Dans ce sens, l'on dit que : "l'abandon de l'exigence d'un lien de l'affaire avec le ressort du for élu et la faculté admise d'élection d'un for neutre peuvent-ils essentiellement contribuer au développement des relations internationales en matière civile et commerciale que de l'institution même de la prorogation contractuelle de la juridiction nationale. En effet, on peut supposer que l'application rigoureuse de l'exigence d'un lien de l'affaire avec le for élu aurait pour effet que les parties désirant que leur affaire soit instruite par un for neutre auraient recours à l'arbitrage, renonçant à la voie judiciaire devant les tribunaux d'Etat car, dans le domaine de l'arbitrage international, on ne pose pas la condition d'un lien entre l'affaire et le siège de la cour d'arbitrage". Voir en détail, Jerzy Jodlowski : Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière privé, op cit, p.559 et s.

C) Conditions ajoutées:

46- Bien que la Convention de Bruxelles ne mentionne qu'une seule condition de fond, la convention d'*electio* du for, doit répondre aux autres exigences et conditions nécessaires pour la validité de n'importe quelle convention. Ainsi, le consentement des parties doit être valable et non vicié, et la cause doit être licite. Mais quelle est la loi applicable à ces conditions ? Cela nous conduit à s'interroger sur une question plus vaste concernant la loi applicable à la clause d'élection du for. Il y a plusieurs lois qui sont concevables en la matière, à savoir: la loi du tribunal élu, la loi du tribunal exclu, la loi du tribunal saisi.

On s'aperçoit tout d'abord que la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles n'est pas applicable en la matière. En effet, l'article premier par.2/d de cette Convention exclut textuellement de son domaine les questions d'élection du for.

On doit exclure l'application de la loi du tribunal saisi, cette loi, comme telle, n'a pas de titres à s'appliquer. Cette loi peut être, dans certains cas, la loi du tribunal élu par les parties, mais ce n'est pas toujours le cas. Les parties peuvent, d'un commun accord, soumettre leur litige aux tribunaux français par exemple tandis que le demandeur introduit l'instance devant un tribunal belge. Dans ce cas la loi du tribunal belge n'a pas de titre à s'appliquer, comme un tribunal saisi, à la convention d'*electio* du for car il existe une clause attributive de juridiction.

Certains auteurs voient que la loi du tribunal désigné doit être appliqué à la convention d'élection du for car "elle permet de savoir dès la conclusion de la clause si celle-ci est valable ou non"⁽⁴⁷⁾. Mais cette solution n'est pas viable car l'application de la loi du for désigné favorise les abus⁽⁴⁸⁾.

MM. Mayer et Heuzé voient que la loi applicable à la clause d'élection du for n'est pas unique. Ainsi, on doit consulter la loi du for

⁽⁴⁷⁾ V. Hélène Gaudement-Tallon : Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op. cit., p. 89.

⁽⁴⁸⁾ V. en ce sens : Bernard Audit : Droit international privé, op.cit., p.341 et s.

pour savoir si la clause attributive de juridiction est licite ou non. Si cette clause est licite selon la loi du for, la validité de la convention attributive de juridiction sera soumise, comme pour tout contrat, à la loi d'autonomie qui régit le contrat⁽⁴⁹⁾.

SII. Effets de la prorogation de compétence:

47- *Prima facie*, lorsque les parties choisissent un tribunal donné, celui-ci a une compétence exclusive. D'ailleurs, la question se pose pour savoir si la clause attributive de juridiction est transmissible au tiers ou non.

A) L'exclusivité de la compétence du tribunal élu:

48- D'après l'article 17/1 de la Convention de Bruxelles "si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un Etat contractant pour connaître des différends, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat sont seuls compétents". Il résulte de cette disposition que la clause attributive de juridiction est un chef exclusif de compétence. Ainsi, le tribunal élu par les parties est seul compétent pour résoudre le litige, et dans le cas où l'une des parties aurait introduit le procès devant un tribunal autre que celui choisi, l'autre partie peut soulever une exception d'incompétence en raison de l'existence d'un tribunal élu.

Ainsi, en vertu de l'article 17 de la Convention de Bruxelles, les parties dans un contrat donné peuvent déroger à la règle générale de compétence prévue par la Convention selon laquelle *actor sequitur forum rei*, et aux règles spéciales de compétence prévues pour des obligations particulières dans les articles 5 et 6 de la Convention.

49- L'exclusivité de la compétence du tribunal élu n'est pas respectée si les deux parties n'ont pas leur domicile sur le territoire d'un Etat contractant. Partant, si, e.g., deux parties domiciliées en Egypte ont choisi un tribunal français pour résoudre leur litige, le tribunal élu n'est pas tenu de juger cette affaire et peut donc décliner sa compétence. Or, s'il existe un autre tribunal appartenant à un Etat contractant est compétent selon un autre chef de compétence, il pourrait connaître le différend. Par contre, lorsque dans ce cas, le

⁽⁴⁹⁾ V. Pierre Mayer et Vincent Heuzé : Droit international privé, 7e édition, Montchrestien, 2001, p. 1 98 et s.

tribunal désigné n'a pas décliné sa compétence, un tribunal d'un autre Etat contractant ne peut pas connaître du litige⁽⁵⁰⁾.

Nous pouvons dire volontièrement que l'article 17/2 marque le respect autant que possible du principe d'autonomie de la volonté en matière de compétence juridictionnelle. La preuve est qu'en dépit du fait qu'aucune de parties n'a son domicile dans un Etat contractant, et tant que le tribunal élu n'a pas décliné sa compétence, un tribunal d'un autre Etat contractant ne peut pas connaître du différend.

50- Du reste, selon l'article 17/5 de la Convention de Bruxelles "si une convention attributive de juridiction n'a été stipulé qu'en faveur de l'une des parties, celle-ci conserve le droit de saisir tout autre tribunal compétent en vertu de la présente Convention".

La Cour de justice de la Communauté européenne a nous donné quelques précisions en ce qui concerne l'interprétation de l'article 17/5, en déclarant qu'il fallait que "la volonté commune d'avantager l'une des parties ressorte clairement, soit des termes de la clause, soit de l'ensemble des indices relevés dans le contrat ou des circonstances qui ont entouré la conclusion de celui-ci"⁽⁵¹⁾. Or, s'il existe dans le contrat une clause expresse indiquant que la clause attributive de juridiction est conclue pour le profit de l'une des parties, cette partie peut faire sa demande devant un autre tribunal que celui élu.

B) La transmission de la clause attributive de compétence:

51- En règle générale, la clause attributive de compétence ne lie que les parties qui ont conclu la convention de la prorogation. Cela est une application fidèle du principe *res inter alios acta*. Toutefois, il existe des cas dans lesquels la clause attributive de juridiction oblige d'autres personnes, à savoir :

1) La clause attributive de compétence insérée dans le statut d'une société oblige tous les actionnaires. Selon l'arrêt Powell rendu

⁽⁵⁰⁾ L'article 17/2 de la Convention de Bruxelles dispose que : " Lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, les tribunaux des autres Etats contractants ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence".

⁽⁵¹⁾ Voir, Hélène Gaudement-Tallon : Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op. cit.

par la Cour de justice de la Communauté européenne le 10 mars 1992, la clause attributive de juridiction est opposable à tous les actionnaires quel que soit le titre et le mode d'acquisition des actions dès que les statuts de la société ont été "déposés en un lieu auquel l'actionnaire peut avoir accès ou figurant dans un registre public"⁽⁵²⁾.

2) Si le contrat entre les parties contient une clause attributive de juridiction en faveur d'un tribunal donné et après la conclusion de ce contrat l'une des parties avait conclu avec une autre personne un contrat de cession de créance ou de subrogation, est-ce que le cessionnaire de la créance est tenu par la clause attributive de compétence qui découle du contrat principal liant le cédant et le débiteur cédé ? C'est ce que nous allons traiter maintenant.

Nous avons mentionné que l'article 17 de la Convention de Bruxelles est une limite *ratione materiae* à la clause attributive de juridiction, car cet article ne fonctionne qu'en présence d'un rapport de droit déterminé. Mais est-ce que la clause d'élection du for est limitée *ratione personae* ?

Il est bien connu que selon le principe de l'effet relatif du contrat, celui-ci ne produit des effets qu'à l'égard des parties et ne doit pas pour autant lier les tiers. Toutefois, la Cour de justice européenne admet, en principe, la transmission de la clause d'élection du for au cessionnaire de la créance.

Ainsi, dans un contrat d'assurance conclu entre un assureur et un preneur d'assurance, la Cour a déclaré, dans son arrêt du 14 juillet 1983, que la clause de prorogation de compétence insérée dans ce contrat est transmise au tiers assuré, bénéficiaire de cette clause⁽⁵³⁾.

⁽⁵²⁾ Arrêt cité par : Hélène Gaudement-Tallon : Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op. cit., p. 93.

⁽⁵³⁾ Dans cet arrêt du 14 juillet 1983, la Cour de justice des Communautés européennes a déclaré que : " L'article 17/1, de la Convention du 27 septembre 1968 doit être interprété en ce sens que dans le cas de contrat d'assurance conclu entre un assureur et un preneur d'assurance, stipulé par ce dernier pour lui-même et en faveur de tiers par rapport au contrat et contenant une clause de prorogation de compétence se réfèrent à des litiges susceptibles d'être soulevés par lesdits tiers, ces derniers, même s'ils n'ont pas expressément souscrit la clause de prorogation de compétence peuvent s'en prévaloir dès lors qu'il a été satisfait à la condition de forme écrite, prévue par l'article 17 de la Convention, dans les rapports entre l'assureur =

L'assuré n'est pas une partie au contrat d'assurance. Néanmoins, il bénéficie de la clause d'élection de for parce que cette clause constitue une stipulation pour autrui.

Dans d'autres affaires, la Cour a déclaré que la clause attributive de juridiction est transmise au tiers dans des espèces où ce tiers ne profiterait pas de la clause mais, au contraire, elle va à son détriment. Ainsi, la Cour de justice, dans son arrêt du 19 juin 1984, après avoir constaté que la clause attributive de compétence insérée dans un connaissement est valable au regard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles, a déclaré que la question de l'opposabilité de la clause d'élection du for à l'égard des tiers doit être appréciée par le droit national applicable au fond du rapport litigieux (loi du connaissement). Si le droit national admet la succession du tiers porteur au chargeur dans tous ses droits et toutes ses obligations, la floraison des relations du commerce international exige l'admission du principe de la transmission de la clause attributive de juridiction⁽⁵⁴⁾.

Si l'on fait une comparaison entre la solution adoptée par la Cour de justice dans l'arrêt du 14 juillet 1983 et celui du 19 juin 1984, on s'aperçoit que les circonstances dans les deux affaires ne sont pas les mêmes. Dans la première affaire le tiers bénéficie d'une stipulation pour autrui et, pour cela, il est logique d'admettre la transmission de la clause attributive de compétence à lui (la partie faible qui est l'assuré).

En revanche, dans l'affaire du 1984 il n'y pas un bénéfice mais, au contraire, un préjudice. Dans ladite affaire la Cour de justice a estimé que le principe de la transmission de la clause d'élection du for est un principe général. Comme il fonctionne au profit du tiers, il l'est

= et le preneur d'assurance, et que le consentement d'assureur s'est manifesté clairement à cet égard" V. cet arrêt in : *Revue critique de droit international privé*, 1984, p. 141, note Hélène Gaudement-Tallon.

⁽⁵⁴⁾ Selon cet arrêt la Cour de justice a déclaré que: "En ce qui concerne le rapport entre transporteur et tiers porteur, il est satisfait aux conditions posées à l'article 17 de la Convention dès lors que la clause attributive de compétence a été reconnue valide entre le chargeur et le transporteur, et qu'en vertu du droit national applicable, le tiers porteur en acquérant le connaissement a succédé au chargeur dans ses droits et obligations" V. *Cour de justice des Communautés européennes*, 19 juin 1984, *Revue critique de droit international privé*, 1985, p. 385, note Hélène Gaudement-Tallon; *Clunet*, 1985, p.159, note J-M. Bischoff.

à son détriment. Le motif concret en cela est que l'acquisition du connaissance ne donne pas au tiers porteur davantage de droits que n'en avait le chargeur. Cette solution peu satisfaisante à propos de l'interprétation juridique pure est considérée, en dépit de ce fait, comme une solution pratique et conforme aux besoins du commerce international⁽⁵⁵⁾.

SIII. La prorogation de compétence en matière du contrat de travail:

52- Selon l'article 17/5 de la Convention de Bruxelles, ajouté en 1989, la clause attributive de juridiction ne produit, *inter alia*, ses effet que si elle est postérieure à la naissance du différend⁽⁵⁶⁾. La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 contient une disposition allant dans le même sens⁽⁵⁷⁾.

Avant 1989, les contrats de travail étaient traités comme les autres contrats quant à la clause attributive de compétence et, pour autant, dès que les conditions de forme et de fond sont réunies, la clause était valable et pour cela elle produisait ses effets. Mais il s'est avéré que le travailleur, étant la partie la plus faible, avait besoin d'une certaine protection en la matière⁽⁵⁸⁾ et c'est le but du paragraphe 5 de l'article 17.

53- D'après ledit paragraphe, on doit distinguer entre deux cas: la conclusion de la clause attributive de compétence avant la naissance du litige et sa conclusion après cette naissance.

⁽⁵⁵⁾ Voir en ce sens, Jean-Marc Bischoff : Note sous Cour de justice des Communautés européennes, 19 juin 1984, *Clunet*, 1985, p. 165.

⁽⁵⁶⁾ L'article 17/5 de la Convention de Bruxelles dispose que : " En matière de contrat individuel de travail, la convention attributive de juridiction ne produit ses effets que si elle est postérieure à la naissance du différend ou si le travailleur l'invoque pour saisir d'autres tribunaux que celui du domicile du défendeur ou celui indiqué à l'article 5 point 1".

⁽⁵⁷⁾ L'article 17/5 de la Convention de Lugano dispose que : " En matière de contrats individuels de travail, les conventions attributive de juridiction ne produisent leurs effets que si elles sont postérieures à la naissance du différend ".

⁽⁵⁸⁾ V. en ce sens: Raymond Vander Elst : Liberté, respect et protection de la volonté en droit international privé, *Mélanges François Rigaux, Bruylant*, Bruxelles, 1993, p. 514 et s. B. De Groote : Entrée en vigueur des Conventions de Saint-Sébastien et de Lugano : La Belgique ferme la porte, *Revue de droit international et de droit comparé*, 1999, p. 370 et s.

- Si la convention attributive de compétence a été conclue avant la naissance du litige elle n'est pas opposable au travailleur. Celui-ci peut faire une demande en justice devant le tribunal du domicile de l'employeur (actor sequitur forum rei). Or, si ce dernier prend l'initiative et assigne le travailleur devant le tribunal élu, le travailleur pourra accepter cette compétence soit expressément ou tacitement, e.g., au moyen de la comparution devant le tribunal élu.

- Si la convention attributive de compétence a été conclue après la naissance du litige, elle est valable et opposable au travailleur, car dans ce cas là, ce dernier peut bien apprécier ses intérêts et accepter ou refuser cette compétence⁽⁵⁹⁾.

SIV- La prorogation tacite de compétence:

54- La prorogation de compétence n'est pas seulement expresse mais peut être également tacite. Cette prorogation tacite a été reconnue expressément par l'article 18 de la Convention de Bruxelles et l'article 18 de celle de Lugano⁽⁶⁰⁾. La prorogation tacite existe dans le cas où le demandeur introduit le procès devant un tribunal donné et le défendeur ne conteste pas la compétence de ce tribunal.

Afin que l'article 18 puisse être appliqué, il faut que le défendeur compareaisse et ne conteste pas la compétence du tribunal. Dans pareil cas, il y aura un accord tacite entre les parties pour soumettre leur différend à ce tribunal.

55- Nous avons vu que le choix exprès du tribunal est conditionné par l'existence du domicile de l'une des parties sur le

⁽⁵⁹⁾ Il existe des autres dispositions dans la Convention de Bruxelles qui ont pour but la protection du travailleur comme, par exemple, l'article 5/1 qui dispose que : " Le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré, dans un autre Etat contractant, en matière du contrat individuel de travail, devant le tribunal où le travailleur accomplit habituellement son travail; lorsque le travailleur n'accomplit habituellement son travail dans un même pays l'employeur peut être attiré devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur".

⁽⁶⁰⁾ L'article 18 des deux Conventions susindiquées dispose que : " Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions de la présente Convention, le juge d'un Etat contractant devant lequel le défendeur compareît est compétent. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 16".

territoire d'un Etat contractant (article 17). Cette condition n'est pas exigée expressément par l'article 18 et, pour cela, la doctrine s'est divisée sur ce point. On peut distinguer deux opinions, à savoir:

* **Primo:** Certains auteurs estiment que l'article 18 s'applique même si ni le demandeur ni le défendeur n'ont leur domicile sur le territoire d'un pays contractant. La volonté tacite des parties est suffisante à elle-même pour rattacher le procès à la convention de Bruxelles.

* **Secundo:** D'autres opinions voient, en revanche, que la condition de domicile doit exister. La compétence fondée sur l'article 18 est fragile, ne comportant pas un lien substantiel entre le litige et la Communauté. La comparution et le silence du défendeur ne sont pas des indices décisifs de son accord tacite car, le plus souvent, il ignore les règles de compétence applicables en la matière. L'exigence de la condition du domicile de l'une des parties va intégrer donc le litige dans la Communauté et, pour autant, l'application de la Convention s'appuie ainsi sur un titre suffisant⁽⁶¹⁾.

56- L'article 18 a indiqué que la comparution du défendeur n'aboutit pas à la prorogation de compétence s'il existe un autre chef de compétence au sens de l'article 16 de la Convention, c'est-à-dire une compétence exclusive. Partant, à l'exclusion de l'article 16, les parties peuvent tacitement proroger la compétence des autres juridictions⁽⁶²⁾.

57- La Cour de justice des Communautés a déclaré que la prorogation tacite résultant de l'article 18 l'emportait sur une clause attributive expresse découlant de l'article 17 antérieurement conclue entre les mêmes parties. Cet arrêt est logique, puisque les parties peuvent anéantir la clause expresse déjà conclue par un autre accord postérieur exprès ou tacite.

58- La seule comparution du défendeur ne suffit pas, per se, pour l'application de l'article 18, il faut aussi qu'il ne conteste pas la

⁽⁶¹⁾ Voir en ce sens : Hélène Gaudement-Tallon: Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op. cit., p. 96 et s.

⁽⁶²⁾ Arrêt cité par: Hélène Gaudement-Tallon: Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op. cit., p. 97.

compétence. Or, si le défendeur a soulevé une exception d'incompétence il n'y aurait pas une prorogation tacite.

Il est significatif, à cet égard, de rappeler l'affaire Elefanten du 24 juin 1981 dans laquelle la Cour de cassation belge a demandé à la Cour de justice des Communautés si la prorogation tacite de compétence existe ou non lorsque le défendeur contestait la compétence et défendait aussi au fond. La Cour de justice a déclaré que: "Il résulte de l'objectif recherché par l'article 18 que la contestation de la compétence, si elle n'est pas préalable à toute défense au fond, ne peut en tout état de cause se situer après le moment de la prise de position considérée, par le droit procédural national, comme la première défense adressée au juge saisi"⁽⁶³⁾. Il est à noter toutefois que la contestation de la compétence par le défendeur ne l'interdit pas de la défense au fond à titre subsidiaire⁽⁶⁴⁾.

Il s'ensuit que la seule comparution du défendeur ne suffit pas pour constituer une prorogation tacite, mais il faut qu'il ne conteste pas la compétence du tribunal concerné. Ainsi la prorogation tacite n'existe pas dans les cas suivants:

1- un étranger comparait devant le tribunal national du créancier dans le seul but de contester la compétence de ce tribunal dans l'affaire.

2- un étranger a comparu devant le tribunal national uniquement pour obtenir la mainlevée d'une saisie-arrêt qui a été effectuée sur ses biens dans le pays du créancier.

Dans ces hypothèses il n'y a pas de prorogation tacite car "en pareil cas, le défendeur étranger n'a pas comparu volontairement, mais a été forcé de recourir au tribunal saisi de l'affaire pour se protéger

⁽⁶³⁾ Arrêt cité par: Hélène Gaudement-Tallon : *ibid*, p. 99.

⁽⁶⁴⁾ Dans ce sens la Cour de justice des Communautés a jugé que: "L' article 18 de la Convention de Bruxelles doit être interprétée en ce sens qu'il permet au défendeur, non seulement de contester la compétence, mais de présenter en même temps, à titre subsidiaire, une défense au fond, sans pour autant perdre le droit de soulever l'exception d'incompétence". V. Cour de justice, 14 juillet 1983, *Revue critique de droit international privé*, 1984, p.141, note Hélène Gaudement-Tallon.

contre l'injustice. Ce serait un surcroît d'injustice s'il se trouvait lié dans ces circonstances à accepter le jugement du tribunal du créancier⁽⁶⁵⁾.

59- En fin de compte, nous observons que les conventions de Bruxelles et de Lugano ont mis un système efficace pour le principe d'autonomie de la volonté en matière de compétence juridictionnelle. Mais pour que ce système ne soit pas théorique, il faut uniformiser les règles communautaires et leur donner des interprétations uniformes dans tous les Etats contractants, sinon "une divergence d'interprétations entre les juridictions des Etats membres d'une même règle de compétence est susceptible d'engendrer un risque de forum shopping"⁽⁶⁶⁾.

Section III

Le principe d'autonomie de la volonté en droit français

60- L'étude de la clause attributive de compétence en droit français exige le traitement des questions suivantes : La licéité des clauses d'élection du for, la loi applicable, les effets de ces clauses et, enfin, la transmission de ces clauses aux tiers.

SI- La licéité des clauses attributives de compétence:

61- L'article 48 du nouveau Code de procédure civile française a restreint en droit interne le principe d'autonomie de la volonté en matière de compétence juridictionnelle. Cette article dispose que : " Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite, à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant". Or, si l'une des parties n'est pas commerçant, le choix du for compétent n'est pas valable.

L'article 48 susindiqué n'est pas applicable en matière internationale. C'est dans ce sens que la cour de cassation française a déclaré, dans son arrêt du 25 novembre 1986, que: "Les clauses

⁽⁶⁵⁾ Voir, H.C.Gutteridge : Le conflit des lois de compétence judiciaire, RCADI, tome 44, 1933, p. 173 et s.

⁽⁶⁶⁾ Voir, Mathias Audit : L'interprétation autonome du droit international privé communautaire, Clunet, 2004, p. 796.

prorogeant la compétence internationale sont en principe licites lorsqu'elles ne font pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française et sont invoquées dans un litige de caractère international⁽⁶⁷⁾. L'arrêt de la cour de cassation consacre, certainement, le principe de la licéité de l'autonomie de la volonté en matière internationale. Il n'exclut que les cas de compétence exclusive des tribunaux français⁽⁶⁸⁾.

62- La doctrine française distingue en l'espèce deux situations : les chefs de compétence exclusive et ceux qui ne le sont pas. La compétence au fonctionnement du service public est impérative, comme l'état des personnes et le divorce. Dans ces matières les parties ne sont pas en droit de choisir le for compétent. Les autres chefs de compétence ne sont pas exclusifs en droit français comme ceux mentionnés à l'article 14 et 15 du code civil qui sont fondés sur la nationalité française⁽⁶⁹⁾. Il est concevable que la France, en tant que partie aux Conventions de Bruxelles et de Lugano, soit liée par leurs dispositions. C'est le cas par exemple, comme nous l'avons vu, de l'article 17/5 desdits Conventions qui consacrent un traitement spécifique à la clause attributive de compétence en matière du contrat de travail.

Dans une affaire concernant un marché d'entreprise entre une société française et un organisme libyen, le contrat entre les deux parties stipulait que, pour son exécution et son interprétation, il serait soumise aux dispositions et règlements en vigueur en République arabe libyenne et que toute contestation serait soumise à la juridiction des tribunaux de cet Etat. Une société sous-traitante a pris la moitié de l'exécution du marché. La cour de cassation a approuvé la cour d'appel

⁽⁶⁷⁾ Voir, Cass. Civ., 25 novembre 1986, *Revue critique de droit international privé*, 1987, p.396, note Hélène Gaudemet-Tallon.

⁽⁶⁸⁾ Voir en ce sens : Yvon Loussouarn et Pierre Bourel et Pascal De Vareilles-Sommières: *Droit international privé*, 8e édition, Dalloz, 2004, p.612 et s; H. Batiffol et P. Lagarde : *Droit international privé*, 7e édition, tome II, L.G.D.J., 1983, p.466; P. Mayer et V. Heuzé : *Droit international privé*, 7e édition, Montchrestien, 2001, p.200; François Mélin : *Droit international privé*, 2e édition, Gualino éditeur, Paris, 2005, p.58 et s; A. Huet : *La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle*, op.cit., p.31.

⁽⁶⁹⁾ Voir en ce sens : Bernard Audit : *Droit international privé*, op.cit., p.344.

qui a considéré la société sous-traitante obligé par la clause attributive de juridiction insérée dans le contrat principal⁽⁷⁰⁾.

63- La doctrine française accepte l'attribution de compétence par les parties à n'importe quel tribunal. Le facteur de proximité, comme dit M. Lagarde " intervient de façon négative pour valider la clause attribuant compétence à un tribunal étranger lorsque le lien avec la France est relativement fragile". Cela vaut dire que si le lien du litige avec la France est étroit, le principe d'autonomie ne fonctionne pas, et si ce lien est fragile il est loisible aux parties de choisir un tribunal étranger pour trancher leur litige⁽⁷¹⁾.

64- La jurisprudence française approuve la tendance doctrinale d'après laquelle les parties sont libres dans le choix du for compétent même s'il n'existe aucun lien entre le litige et le tribunal élu.

Ainsi, la cour d'appel de Paris a jugé que : " S'agissant d'un litige international, le choix d'une juridiction qui n'a aucun lien objectif avec

⁽⁷⁰⁾ Selon cet arrêt du 17 décembre 1985, la Cour de cassation a déclaré que: Les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international et que la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française. La désignation globale des juridictions d'un Etat dans une clause de prorogation de compétence est licite si le droit interne de cet Etat permet de déterminer le tribunal spécialement compétent.

L'article 48 du nouveau Code de procédure civile doit s'interpréter en ce sens que doivent être exclues de la prohibition qu'il édicte les clauses qui ne modifient la compétence territoriale interne, qu'en conséquence d'une modification de la compétence internationale". V. cet arrêt in : Bertrand Ancel et Yves Lequette : Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, Paris, 2001, p.659.

⁽⁷¹⁾ M. Lagarde ajoute à cet égard que : " Il est donc possible de conclure que le principe de proximité joue un rôle relativement modeste dans l'élaboration des règles de compétence internationale. Il intervient, positivement, pour activer en quelque sorte des règles latentes de compétence internationale, prédéfinies par le droit en vigueur, et, négativement, pour valider des clauses dérogoires à la compétence des tribunaux du for. Les droits nationaux ne semblent pas prêts à admettre qu'au gré de leurs appréciations, les tribunaux étendent leur pouvoir de juridiction sur les litiges plurilocalisés au-déla des limites prévues par les règles en vigueur. Une telle extension serait perçu comme portant atteinte à la sécurité juridique". V. P. Lagarde : Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, cours général de droit international privé, R.C.A.D.I., tome 196, 1986, p.140 et s.

le litige ne saurait être considéré comme illicite dès lors qu'aucun texte ne l'interdit et qu'en l'absence de fraude, il n'existe aucun motif sérieux de faire obstacle à la volonté clairement exprimée des parties de choisir une juridiction qu'elles estiment spécialement qualifiée pour statuer sur leur différend⁽⁷²⁾.

65- La clause attributive de compétence peut contenir la désignation d'un ou plusieurs tribunaux, et laissant le choix au demandeur de déterminer lequel d'entre eux est qualifié pour connaître le différend. La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 10 octobre 1990, a approuvé, e.g., la clause qui avait désigné au choix le tribunal de commerce de Vaduz ou celui de Paris. En fait, il n'est pas nécessaire que la convention attributive de juridiction désigne un tribunal unique, de sorte que cette convention peut ouvrir une option au profit du demandeur.

Dans cette affaire le demandeur avait choisi le tribunal de commerce de Paris, ce tribunal n'a aucun lien avec le litige car il statue dans un litige opposant une société mauricienne à une autre lichtenstienne. Le tribunal de commerce de Paris est qualifié pour connaître le différend parce qu'il tranche très souvent des litiges concernant les contrats internationaux.

Cette position est confirmée également par la cour de justice des Communautés européennes, dans l'affaire Meeth c. Glacetal du 9 novembre 1979, où elle a déclaré que : "L'article 17 ne saurait être interprété comme visant à exclure la possibilité pour les parties de désigner une ou plusieurs juridictions en vue du règlement des litiges éventuels"⁽⁷³⁾.

\$II- La loi applicable à la clause d'élection du for:

66- En ce qui concerne la loi applicable à la clause attributive de juridiction, la doctrine française est divisée en deux tendances principales, à savoir:

⁽⁷²⁾ V. Cour d'appel de Paris, 10 octobre 1990, *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 605, note Hélène Gaudemet-Tallon.

⁽⁷³⁾ Hélène Gaudemet-Tallon: Note sous Cour d'appel de Paris, 10 octobre 1990, *op cit.*, p. 605 et s.

A) La tendance simpliste:

67- D'après cette tendance il n'y a qu'une seule loi compétente pour trancher la question de la loi applicable. C'est la loi du tribunal saisi, i.e., la loi du for⁽⁷⁴⁾. Le rattachement de la convention d'élection du for à la loi du tribunal saisi est global de sorte que la licéité et la validité de cette convention seront appréciées conformément à la loi du tribunal saisi. Ainsi, selon cette tendance, qui a un privilège considérable de simplicité, la loi du for saisi est la seule applicable en la matière⁽⁷⁵⁾.

La Cour d'appel de Paris a déclaré, dans son arrêt du 10 octobre 1990, que : " Dans ces conditions, la clause attributive de compétence est valable au regard de la loi française, loi du tribunal saisi, cette clause n'étant pas au surplus contraire au droit mauricien"⁽⁷⁶⁾⁽⁷⁷⁾.

Il semble que la jurisprudence suisse applique la loi du for saisi à la clause attributive de juridiction. Ainsi un tribunal cantonal Suisse a jugé en 1990 que: " La validité de la prorogation de for se détermine d'après l'article 5, qui ne contient pas de règles de fond sur le consentement et la validité de la prorogation; dans une action en libération de dette, la validité de l'accord des parties est soumise à la lex fori"⁽⁷⁸⁾.

B) La tendance complexe:

68- Si la tendance précédente est simple, il n'en demeure pas moins qu'elle n'échappe pas à la critique car la clause attributive de

⁽⁷⁴⁾ V. en ce sens : N. Fragistas : La compétence internationale en droit privé, R.C.A.D.I., tome 104, 1961, p.238 et s.

⁽⁷⁵⁾ V. en ce sens, Hélène Gaudemet-Tallon: Note sous Cour d'appel de Paris, 10 octobre 1990, op cit., p. 611.

⁽⁷⁶⁾ Cour d'appel de Paris, 10 octobre 1990, op cit., p. 611.

⁽⁷⁷⁾ Il est à noter que la plupart de temps le tribunal exclu par la clause d'élection du for est le tribunal saisi en contravention à cette clause. A cet égard, on peut citer la Convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les clauses d'élection du for. L'article 6 de cette Convention dispose que : "Tout autre tribunal que le tribunal ou les tribunaux élus doit se déclarer incompétent, sauf : ... si en vertu du droit interne de l'Etat du tribunal exclu les parties ne pouvaient, en raison de la matière, se soustraire contractuellement à la compétence des tribunaux de cet Etat".

⁽⁷⁸⁾ Voir cet arrêt in : Paolo Michele Patochi et Elliott Geisinger : Code de droit international privé suisse annoté, Editions Payot, Lausanne, 1995, p.86.

compétence n'est qu'une clause, parmi d'autres, insérée dans le contrat principal, et, pour autant, doit suivre son régime juridique.

La tendance simpliste ignore totalement la loi du contrat⁽⁷⁹⁾. En réalité, quand on détermine la loi applicable à la clause d'élection du for, on doit distinguer entre les questions procédurales et celles du fond. Pour ce qui concerne les questions de procédure elles vont régler par la loi du tribunal saisi, alors que pour celles du fond la loi du fond, i.e., la loi du contrat principal doit être appliquée. Il résulte que la licéité de la clause attributive de juridiction sera soumise à la loi du tribunal saisi, et la validité de cette clause d'après la loi contractuelle⁽⁸⁰⁾.

Il convient de rappeler ici l'arrêt de la Cour de cassation française du 21 janvier 2004. Dans cette affaire une hôtesse de l'air, embauchée en 1990 par la Compagnie aérienne United Airlines, est affectée en 1995 en France, sur la base de Roissy. La salariée avait signée avec la compagnie un accord attribuant compétence exclusive aux juridictions américaines pour le règlement des litiges nés de l'exécution du contrat de travail. En dépit de cet accord, la salariée avait saisi le conseil de prud'hommes de Bobigny qui s'est déclaré compétent. La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel de Paris de rejeter le contredit et de soumettre le contrat du travail, y compris la clause relative à la compétence judiciaire, à la loi américaine même après le changement d'affectation⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Les tenants de l'application de la loi du for saisi expliquent cette ignorance de la loi du contrat en disant que : "elle est très complexe et risque de subordonner la compétence du tribunal saisi à la reconnaissance de la validité de la clause selon une loi étrangère, ce qui n'est pas satisfaisant. A notre avis, la position adoptée par la Cour de Paris est préférable: elle évite de ne pas faire intervenir une loi supplémentaire alors qu'il est déjà nécessaire d'appliquer la loi du tribunal saisi et de vérifier que la loi du tribunal exclu autorise cette dérogation à la compétence, cette vérification n'étant d'ailleurs vraiment nécessaire que si la loi du tribunal désigné et saisi estime la clause nulle". Hélène Gaudemet-Tallon: Note sous, Paris 10 octobre 1990, op cit., p. 611 et s.

⁽⁸⁰⁾ L'application cumulative de la loi du for et celle de la loi du contrat est la position adoptée par certains auteurs égyptiens. Voir, Hisham Sadek : *Conflit de compétence juridictionnelle internationale*, Dar El-Matbouat Universitaire, Alexandrie, 2002, p.161 et s (en arabe). Ahmed Abd-Elkarim Salama : *La doctrine de la procédure civile internationale*, première édition, Dar El-Nahda El-Arabia, 2000, p. 139 et s. (en arabe).

⁽⁸¹⁾ Aux termes de l'arrêt de la Cour de cassation française du 21 janvier 2004, la Cour a déclaré que: "Le contrat de travail liant l'hôtesse à la compagnie =

La position adoptée par la Cour de cassation française, dans cet arrêt, prête le flanc à la critique dans la mesure où elle applique la loi du contrat à la clause attributive de compétence sans aucune distinction entre la licéité et la validité de cette clause. Il faut que la licéité de la clause soit appréciée au regard de la loi du for.

SIII- Les effets de la clause d'élection du for:

69- Si la clause d'élection a pour objet le choix d'un tribunal français, ce tribunal sera seul compétent pour connaître le différend. Prima facie, lorsque les parties désignent les tribunaux français sans autre précision, la clause est valable tant que la loi du pays désigné contient des règles internes qui détermine le tribunal compétent.

La jurisprudence française applique souvent en la matière les règles communautaires. C'est en matière de contrat de travail notamment que la question se pose pour savoir si la clause attributive de juridiction à un tribunal étranger est admissible ou non. Les questions appartenant au droit du travail sont considérées en France comme présentant un caractère d'ordre public. Deux positions différentes ont été exprimées par la Cour de cassation française : en 1979 une position hésitante de la chambre sociale et en 2002 une position moderne de la chambre civile. Nous allons rappeler ces deux tendances.

A) La position de la chambre sociale en 1979:

70- La chambre sociale de la Cour de cassation française avait pris une position hésitante et peu favorable à l'égard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles. Ainsi, une question a été adressée à la Cour de justice des Communautés européennes par la chambre sociale sur le point de savoir si l'article 17 concernant la clause attributive de juridiction est applicable à une clause souscrite avant son entrée en vigueur. La Cour de justice en répondant à cette question a déclaré

= de navigation aérienne, s'étant exécuté initialement aux Etats-Unis reste régi par la loi américaine, même après le changement d'affectation, de sorte que la clause attributive de compétence prévue par la note au personnel transférée et approuvée par la salariée n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international et est opposable à l'intéressée". V. Cass. Soc., 21 janvier 2004, Revue critique de droit international privé, 2004, p.644, note Fabienne Jault-Seseke.

que: "Dans les actions judiciaires introduites après l'entrée en vigueur de la Convention, les clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats de travail conclus antérieurement à cette entrée en vigueur doivent être tenues pour valables, même dans le cas où elles auraient été considérées comme nulles selon les règles nationales en vigueur au moment de la conclusion du contrat"⁽⁸²⁾.

B) La position moderne de la chambre civile en 2002: (d'hésitation à l'affirmation de la licéité):

71- la Cour de cassation française a déclaré, dans son arrêt du 19 mars 2002, que : "Attendu que la cour d'appel, qui a, sans dénaturation, retenu que la clause attributive de compétence visait toutes les contestations relatives au contrat, a exactement jugé que la clause attribuant compétence aux juridictions de Bruxelles, s'imposait, en vertu de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, la juridiction d'un Etat contractant désignée par une clause conforme à la disposition précitée étant exclusivement compétente même pour les actions tendant à contester la validité du contrat qui la stipule"⁽⁸³⁾.

Dans cette affaire, la société Clanic ainsi que M. et Mme Rochette contestaient la clause attributive de compétence dans le contrat qui les lie avec la banque belge Fortis. Ils s'appuyent sur le fait que la clause attributive de juridiction ne visait pas l'action en nullité du contrat, mais les litiges concernant l'exécution et l'interprétation de contrat. La clause attributive de compétence était globale et générale de sorte qu'elle ne se borne pas uniquement sur un aspect du contrat par la commune volonté des parties, et c'est la raison pour laquelle la Cour de cassation approuvait la Cour d'appel de considérer la compétence du tribunal élu comme étant générale englobant la question de la nullité du contrat.

Nous pouvons déduire de cet arrêt que les parties peuvent stipuler dans le contrat principal une clause attributive de juridiction qui se borne à un seul aspect du contrat. Si les parties adoptent pareille

⁽⁸²⁾ CJCE, 13 novembre 1979, cité in : Bernard Audit : Le droit international privé en quête d'universalité, R.C.A.D.I., tome 305, 2003, p. 373.

⁽⁸³⁾ V. Cass. Civ., 19 mars 2002, Clunet, 2003, note...; La Semaine Juridique, G., n 51-52, 2002, p. 2289, note Philippe Duez.

solution, le tribunal élu devra trancher seulement les questions prévues par les parties dans la clause d'élection du for.

Ainsi, on arrive à la conclusion que le juge français est obligé de respecter la clause attributive de juridiction dès que les conditions requises par l'article 17 de la Convention de Bruxelles sont réunies. D'autre part, la prorogation à la compétence peut être tacite si le demandeur a saisi un tribunal français et le défendeur ne conteste pas la compétence de ce tribunal avec sa comparution, bien entendu⁽⁸⁴⁾.

SIV- La transmission de la clause attributive de juridiction:

72- Nous avons déjà dit que la Cour de justice des Communautés européennes avait adoptée une position favorable à la transmission de la clause attributive de juridiction. Or, quelle est la position de la jurisprudence française à cet égard?

L'analyse des arrêts nous conduit à deux tendances distinctes : la tendance de la première chambre civile et celle de la chambre commerciale. Nous allons commencer par cette dernière tendance.

A) La tendance de la chambre commerciale:

73- La chambre commerciale de la Cour de cassation française refuse totalement la transmission de la clause attributive de juridiction au tiers sans le consentement de celui-ci. Nous pouvons citer les arrêts suivants:

* Dans une affaire, une clause attributive de compétence en faveur d'un tribunal allemand a été insérée dans un connaissance. Le contrat de transport a été conclu entre la société Malt, chargeur et la société De Grave, transporteur, cette dernière avait sous traité le transport à M. Meijer domicilié en Belgique. A l'arrivée des marchandises la société française, le destinataire, a constaté leur mauvais état et pour autant elle avait assigné M. Meijer et l'assureur devant le tribunal de grande instance de Strasbourg sur la base de l'article 5/1 de la Convention de Bruxelles (lieu d'exécution de l'obligation). Les défendeurs ont soulevé une exception d'incompétence

⁽⁸⁴⁾ Voir en ce sens : Hélène Gaudemet-Tallon: Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : forum non conveniens, lis pendens, Revue international de droit comparé, 1994, p.432.

car le connaissement contient une clause attributive de compétence au profit d'un tribunal allemand. La question posée était de savoir si la clause d'élection du for est opposable ou non au tiers (le destinataire).

La Cour de cassation a déclaré, dans son arrêt du 26 mai 1992, que: "Faute d'acceptation expresse par le destinataire la clause attributive de juridiction n'est pas opposable à lui"⁽⁸⁵⁾.

* Dans une affaire similaire en droit de transport maritime, la Cour d'appel de Paris a considéré que la clause d'élection du for est opposable au transporteur et au destinataire et que cette opposabilité résulte de l'acceptation de la clause par le chargeur qui a signé le connaissement à ordre au recto et au verso. Cependant, la Cour de cassation, dans son arrêt du 10 janvier et 4 avril 1995, a déclaré que la signature du connaissement n'est pas suffisante à elle-même pour cette opposabilité de sorte qu'il faut que le tiers accepte expressément la clause attributive de compétence au plus tard au moment de la livraison⁽⁸⁶⁾.

Il est à noter que la haute juridiction française a commis une erreur considérable dans cet arrêt du fait qu'elle qualifie la clause conclue par les parties comme une "clause attributive de juridiction à un tribunal arbitral". Il s'agit, en effet, d'une clause d'élection du for étatique, car le connaissement contient une clause qui attribue compétence de juridiction à Londres et selon la loi anglaise pour tout litige relatif au transport.

⁽⁸⁵⁾ Aux termes de cet arrêt, la Cour de cassation a déclaré que : " Une clause attributive de compétence figurant sur un connaissement n'est opposable qu'à la partie qui en a eu connaissance et qui l'a acceptée au moment de la formation du contrat" V. Cass. Com., 26 mai 1992, *Revue critique de droit international privé*, 1992, p. 703, note Hélène Gaudemet-Tallon.

⁽⁸⁶⁾ La Cour de cassation a déclaré que : " Ne justifie pas légalement sa décision au regard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, la cour d'appel qui, sans constater que la clause attributive de juridiction figurant dans le connaissement avait été acceptée par le destinataire au plus tard au moment de livraison soit par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, soit sous une forme répondant aux exigences de cet article, retient que ladite clause ayant été acceptée par le chargeur était opposable au destinataire, tiers porteur". V. Cass. Com., 10 janvier et 4 avril 1995, *Revue critique de droit international privé*, 1995, p.610, note Hélène Gaudemet-Tallon.

* La chambre commerciale de la Cour de cassation a réaffirmé la même position dans son arrêt du 8 décembre 1998 où elle a déclaré que: "Pour avoir effet à l'égard du destinataire la clause de compétence figurant au connaissance doit faire l'objet, de la part de celui-ci, d'une acceptation spéciale, laquelle ne résulte pas de l'accomplissement sans réserve du connaissance"⁽⁸⁷⁾.

* Dans son arrêt du 4 mars 2003, la chambre commerciale a confirmé sa tendance et a fait sienne la Cour d'appel qui a déclaré que la clause attributive de compétence aux tribunaux de Hambourg convenue entre un transporteur et un chargeur et insérée dans un connaissance est inopposable à l'assureur subrogé car il ne l'a pas acceptée au plus tard lors de livraison⁽⁸⁸⁾.

B) La tendance de la chambre civile:

74- La chambre civile de la Cour de cassation française a adopté une position diamétralement opposée à celle retenue par la chambre commerciale.

- Ainsi dans son arrêt du 25 novembre 1986, la Cour a déclaré que le privilège de juridiction de l'article 14 du Code civil français ne fonctionne pas en présence d'une clause attributive de compétence, et que cette clause est opposable à l'assureur subrogé car la clause attributive ne fait pas échec en l'espèce à la compétence territoriale impérative des tribunaux français et fait partie de l'économie de la Convention⁽⁸⁹⁾.

Or, l'on sait que d'après l'article 14 du Code civil français, un demandeur peut attirer un défendeur devant la juridiction française.

⁽⁸⁷⁾ V. Cass. Com., 8 décembre 1998, Revue critique de droit international privé, 1999, p.536, note Etienne Pataut.

⁽⁸⁸⁾ Cass. Com., 4 mars 2003, Clunet, 2004, p. 197, note André Huet.

⁽⁸⁹⁾ Dans cet arrêt, la Cour a déclaré que : " La renonciation à tout privilège de juridiction résultant de l'insertion d'une clause attributive de juridiction dans un contrat international s'impose aussi bien à l'égard de l'ancien titulaire du droit qu'à l'assureur français subrogé car cette clause fait partie de l'économie de la Convention. Les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licite lorsqu'elles ne font pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française et sont invoquées dans un litige de caractère international" V. Cass. Civ., 25 novembre 1986, Revue critique de droit international privé, 1987, p.396, note Hélène Gaudemet-Tallon.

De même l'article 15 permet au demandeur étranger d'attirer un français devant la juridiction française. C'est ce qu'on appelle le critère de privilège de juridiction en raison de la nationalité française du demandeur⁽⁹⁰⁾.

Avant l'arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 1986, la jurisprudence française a conféré à l'article 15 une portée exclusive, cela a été critiquée par la doctrine française car, invoquer uniquement la nationalité, n'est qu'un lien faible entre le litige et la France. La compétence des tribunaux français sur la base de privilège de juridiction peut conduire donc à une compétence artificielle ou frauduleuse. Pour autant, la doctrine a proposé d'écarter le privilège de juridiction chaque fois que les parties ont exprimé leur volonté de soumettre leur litige, en vertu d'une clause attributive de juridiction ou d'une clause d'arbitrage, à un organe déterminé. C'est la position prise par la Cour de cassation dans son arrêt du 25 novembre 1986 en déclarant que la clause d'élection du for comporte renonciation à tout privilège de juridiction⁽⁹¹⁾. Or, parce que la clause de compétence n'est qu'une accessoire à la créance, elle est transmise avec cette créance sans le besoin d'une acceptation expresse du cessionnaire⁽⁹²⁾.

En matière du contrat de travail, il semble également que le privilège de juridiction ne fonctionne pas en présence d'une clause attributive de compétence. Ainsi, la Cour de cassation a déclaré, dans son arrêt du 8 juillet 1985, que le salarié français, employé pendant

⁽⁹⁰⁾ Voir en détail : Etienne Pataut : Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé), LGDJ, Paris, 1999, p.71 et ss.

⁽⁹¹⁾ V. en détail, Patrick Courbe : Privilège de juridiction et transmission de la clause de compétence, Mélanges André Colmer, Litec, Paris, 1993, p.236 et s.

⁽⁹²⁾ Toutefois, M. Patrick Courbe voit que malgré l'arrêt du 25 novembre 1986, le cessionnaire doit accepter la transmission de la clause attributive de juridiction expressément ou tacitement, et la clause est opposable si la prévue est faite que la solution est conforme aux usages du commerce. L'auteur s'appuie sur le fait que " la clause, en effet, est jugée opposable par l'arrêt Siaci du 25 novembre 1986 parce qu'elle fait partie de l'économie de la Convention. C'est donc un fondement contractualiste qui est assigné à la transmission de la clause de compétence. Ne faut pas en tirer les conséquences ? Logiquement, l'acceptation de la clause par l'ayant cause devrait être établie". V. Patrick Courbe : *ibid*, p.244 et s.

quatre ans en Colombie par une société colombienne, ne pouvait, au mépris de la clause attribuant compétence aux tribunaux colombiens, saisir le conseil de prud'hommes du lieu où, de retour en France, il avait fixé son domicile " dès lors que ce contrat de travail revêtait le caractère d'un contrat international, il s'ensuivait que les parties avaient pu valablement déroger aux règles de l'article R.517/ du Code de travail"⁽⁹³⁾.

- De même, pour ce qui concerne la clause d'arbitrage, la Cour de cassation a déclaré que : " Valable par le seul effet de la volonté des contractants, la clause d'arbitrage internationale est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que cette créance existe dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire"⁽⁹⁴⁾.

C) La position retenue:

75- Nous avons exposé les deux tendances de la Cour de cassation française : l'une, celle de la chambre commerciale est hostile à la transmission de la clause attributive de juridiction, exception faite d'une acceptation expresse au moment de livraison, alors que celle de la chambre civile qui est favorable à la transmission de la clause attributive de juridiction au cessionnaire de la créance. Cette dualité de traitement de la même question est regrettable et inadmissible. Le sort de la transmission de la clause attributive de juridiction sera tributaire de la chambre qui juge l'affaire,,,

Quoi qu'il en soit, il est nécessaire de prendre parti sur l'une des deux positions susmentionnées. La tendance de la chambre commerciale s'appuie sur l'effet relatif des contrats et sur l'article 1134 du Code civil français qui exige l'acceptation expresse de tiers pour que lui soit opposable la clause attributive de compétence⁽⁹⁵⁾.

76- Nous approuvons la tendance retenue par la chambre civile. En réalité, plusieurs arguments militent en faveur de la tendance selon

⁽⁹³⁾ Voir, Pierre Mayer : Les clauses relatives à la compétence internationale insérées dans les contrats de travail, Mélanges Dominique Holleaux, Litec, Paris, 1990, p. 263 et ss, et spécialement p. 264.

⁽⁹⁴⁾ Cass. Civ., 5 janvier 1999, Revue critique de droit international privé, 1999, p. 536, note Etienne Pataut.

⁽⁹⁵⁾ L'article 1134 du Code civil français dispose que : " Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise".

laquelle la clause d'élection du for est opposable au tiers sans son acceptation expresse, à savoir:

1- **Les besoins du commerce international**, spécialement en matière de contrats exigeant que la clause attributive de juridiction soit opposable à tous. A cet égard, l'on observe que: " le connaissement est un titre destiné à circuler, à passer entre les mains de porteurs successifs et on ne voit pas pourquoi la clause attributive de compétence continue dans le connaissement échapperait à cette circulation"⁽⁹⁶⁾.

2- **L'harmonisation entre le droit français et l'article 17 des Conventions de Bruxelles et de Lugano** exige indubitablement l'opposabilité de la clause *d'electio* du for à l'égard des tiers. Dans son raisonnement, la chambre commerciale de la Cour de cassation invoque l'article 17, lequel prévoit la forme écrite ou la forme verbale confirmée par écrit. Mais la chambre ignore la position de la Cour de justice des Communautés à cet égard. En réalité, et comme nous l'avons indiqué, dans son arrêt du 19 juin 1984, la Cour européenne a déclaré que la clause attributive de juridiction conclue valablement entre les parties est opposable à l'égard des tiers et, surtout, pour le contrat de transport maritime elle a affirmé que: "En ce qui concerne le rapport entre transporteur et le tiers porteur, il est satisfait aux conditions posées à l'article 17 de la Convention dès lors que la clause attributive de compétence a été reconnue valide entre le chargeur et le transporteur, et qu'en vertu du droit national applicable, le tiers porteur, en acquérant le connaissement, a succédé au chargeur dans ses droits et obligations".

3- En matière d'arbitrage la plupart des lois acceptent le fait que la clause d'arbitrage est opposable à l'égard de tiers qui succède à l'une des parties. En Angleterre, par exemple, l'article 82 de l'Arbitration Act de 1996 dispose que: "Références in this part to a party to an arbitration agreement include any person claiming under or through a party to the agreement".

⁽⁹⁶⁾ Voir en ce sens, Hélène Gaudemet-Tallon: Note sous Cass. Com., 10 janvier et 4 avril 1995, *Revue critique de droit international privé*, 1995, p. 613.

Dans la plupart des lois européennes, l'opposabilité de la clause compromissoire est reconnue non par la loi mais par la jurisprudence. Le droit italien est le seul qui adopte une position voisine de celle adoptée par la chambre commerciale française. La Cour de cassation italienne a jugé, dans son arrêt du 19 septembre 2003, que : " le cessionnaire d'une créance ne devient pas parti à la convention d'arbitrage à moins qu'il l'ait expressément acceptée"⁽⁹⁷⁾.

La clause compromissoire est transférable et opposable sans l'intervention du consentement spéciale du cessionnaire à ce transfert. La raison d'être réside dans le fait que la clause est une clause accessoire de nature procédurale. La créance, selon l'arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 1999, est cédée "telle qu'elle existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé"⁽⁹⁸⁾.

De plus, la Cour de cassation a reconnu que la clause compromissoire a une autonomie totale par rapport au contrat principal. Ainsi, dans son arrêt du 28 mai 2002, la Cour a déclaré que: "En matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels"⁽⁹⁹⁾. La Cour a affirmé donc, dans cet arrêt, la transmission de plein droit de la clause d'arbitrage – à moins qu'elle ne soit conclue intuitu personae – en tant qu'accessoire de la créance. L'application de l'article 1692 du Code civil⁽¹⁰⁰⁾ conduit, en matière de cession de créance, au fait que le cessionnaire de la créance recueille avec cette créance, de plein droit, la clause d'arbitrage⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁷⁾ V. cet arrêt in : Pierre Mayer : La circulation des conventions d'arbitrage, Clunet, 2005, p. 253.

⁽⁹⁸⁾ V. en détail, Pierre Mayer : ibid, p. 254.

⁽⁹⁹⁾ Cass. Civ., 28 mai 2002, Revue d'arbitrage, 2003, p. 28, note D. Cohen.

⁽¹⁰⁰⁾ L'article 1692 du Code civil français dispose que : " La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque".

⁽¹⁰¹⁾ Voir en détail, Ashraf Wafa : La cession de créance dans le cadre des relations privées internationales, Revue égyptienne de droit international, tome 59, 2003, p.329 et s. (en arabe). Marie-Elisabeth Mathieu Bouyssou: La transmission de la clause compromissoire au cessionnaire de la créance, La Semaine Juridique, G., n. 11-12, mars 2003, p. 433 et s.

Section IV

Le principe d'autonomie de la volonté en droit égyptien

77- Le droit égyptien a organisé le principe d'autonomie de la volonté dans le cas où cette volonté vise le choix des tribunaux égyptiens, mais il n'existe pas une disposition concernant le cas du choix d'un tribunal étranger. Pour la commodité de l'exposé, on doit traiter ces deux cas séparément.

A) La clause attributive de juridiction au profit des tribunaux égyptiens:

78- L'article 32 de la loi de procédure civile et commerciale dispose que : " Les tribunaux égyptiens sont compétents, même s'ils n'étaient pas compétents selon les cas précédents, lorsque le défendeur accepte cette compétence expressément ou tacitement".

L'admission expresse peut résulter de l'insertion dans le contrat principal d'une clause attribuant compétence aux tribunaux égyptiens. Le droit égyptien n'a pas déterminé les conditions requises dans cet accord quand à la forme et au fond.

L'admission tacite de la compétence des tribunaux égyptiens peut résulter du fait que, e.g., le demandeur introduit l'instance devant un tribunal égyptien et le défendeur ne conteste pas cette compétence. Or, au cas où le défendeur contesterait la compétence, le tribunal doit se déclarer incompétent tant qu'il n'existe pas un autre chef de sa compétence.

79- Si le demandeur a introduit le procès devant un tribunal égyptien, l'absence du défendeur ne doit pas être considérée comme un accord tacite. C'est dans ce sens que l'article 35 de la loi égyptienne dispose que: "Si le défendeur n'avait pas comparait et les tribunaux égyptiens n'étaient pas compétents selon les articles précédents, le tribunal doit se déclarer d'office incompétent".

80- La doctrine égyptienne est favorable, en l'occurrence, à l'admission de la clause attributive de juridiction au profit des tribunaux égyptiens⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰²⁾ Voir, Foad Riad et Samia Rashed : Les conflits de lois et la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers, Dar =

L'article 32 de la loi égyptienne s'applique d'une manière générale quel que soit l'objet du litige. La clause d'élection du for égyptien est admise donc tant en matière d'actions réelles que pour les actions personnelles.

B) La clause attributive de juridiction au profit des tribunaux étrangers:

81- Il n'existe pas une disposition dans la loi égyptienne autorisant ou rejetant la dérogation à la compétence de la juridiction égyptienne par une clause attributive de compétence à un tribunal étranger. La doctrine égyptienne est divisée en deux tendances essentielles à cet égard, à savoir :

1- La première tendance: Le rejet de la clause attributive de juridiction au profit des tribunaux étrangers:

L'exclusion de la juridiction égyptienne résulte d'une clause attributive au profit d'un tribunal étranger, et résulte également de l'introduction du procès devant un tribunal étranger. Nous laissons à côté ce cas dernier, parce que les règles de compétence dans l'Etat où le procès a été introduit doivent être appliquées.

En ce qui concerne le cas où un accord entre les parties exclurait la compétence des tribunaux égyptiens, cet accord est sans effet selon certains auteurs égyptiens. La justice est une fonction publique qui a pour but la réalisation de l'ordre public et la sécurité sur les territoires du pays, et pour cela cette justice ne doit pas être laissée à la disposition des particuliers. Seul l'Etat est qualifié à organiser cette compétence par les chefs qui instituent la compétence des tribunaux nationaux dans les affaires et rapports internationaux privés⁽¹⁰³⁾.

Dans son arrêt du 8 mai 1950 sous l'ancienne loi de procédure du 1949, la Cour d'Alexandrie a jugé que: "lorsque les tribunaux

= El-Nahda El-Arabia, 1994, p. 444 et s. (en arabe); Ezz El-Din Abdallah : Droit international privé, tome II, 9e édition, Dar El-Kitab, 1986, p. 734 et s. (en arabe); Ahmed Abd El-Karim Salama : La doctrine de la procédure civile internationale, op cit., p. 134 et s; Enaet Abd El-Hamid Sabet : Le règlement de l'intervention des domaines d'application des lois de caractère international en droit égyptien, 2004, p. 89 et s (en arabe).

⁽¹⁰³⁾ C'est l'avis de Ezz El-Din Abdallah : Droit international privé, tome II, op cit., p.742 et s.

égyptiens sont compétents dans une affaire donnée, il est interdit aux parties d'attribuer la compétence à un tribunal étranger, car les règles égyptiennes de compétence sont d'ordre public⁽¹⁰⁴⁾.

D'après cette tendance la même solution s'impose dans la loi actuelle de procédure civile de 1968. Cette loi n'a admis que le cas de donner compétence à un tribunal égyptien. Toutefois, cette tendance accepte la clause attributive de juridiction au profit d'un tribunal étranger lorsque la compétence de la juridiction égyptienne s'appuie sur un chef de compétence fragile comme la nationalité égyptienne du défendeur.

2- La deuxième tendance : L'admission de la clause attributive de juridiction au profit des tribunaux étrangers:

A la différence de la tendance précédente, une autre tendance voit que la clause d'élection du for compétent doit être reconnue comme une règle générale, abstraction faite du tribunal élu. En fait, dès que le rapport juridique, objet du litige, n'est pas en relation étroite avec le système juridique égyptien, le juge saisi doit se reconnaître incompetent en raison de la clause donnant compétence à un tribunal étranger⁽¹⁰⁵⁾. La tendance première, lorsqu'il s'appuie sur la notion de l'ordre public interne, n'est pas compatible avec les besoins du commerce international.

D'après cette tendance, la reconnaissance du législateur égyptien à la volonté des parties de choisir un tribunal égyptien implique, en même temps, voire tacitement, la reconnaissance du choix d'un tribunal étranger.

Nous approuvons entièrement cette tendance car il s'appuie le principe d'autonomie de la volonté comme une règle générale. Cependant, on doit exclure de cette règle générale les cas où la loi égyptienne donne une compétence exclusive aux tribunaux égyptiens. C'est le cas, par exemple, de la Compétence égyptienne pour les

⁽¹⁰⁴⁾ Voir cet arrêt in : Ezz El-Din Abdallah : Droit international privé, tome II, op cit., p. 742.

⁽¹⁰⁵⁾ Voir en ce sens : Foad Riad et Samia Rashed : Les conflits de lois et la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers, op cit., p.446. Hisham Sadek : Conflit de compétence juridictionnelle internationale, op cit., p.157 et s.

actions concernant les immeubles situés sur le territoire égyptien. Le silence du législateur en ce qui concerne la clause attributive au profit d'un tribunal étranger ne doit pas être interprété comme une attitude négative. Si le législateur a l'intention d'interdire cette clause, il peut le faire par une disposition expresse⁽¹⁰⁶⁾.

C'est la raison pour laquelle l'article 298/1 de la loi égyptienne exige, pour la reconnaissance en Egypte d'un jugement étranger, que le jugement ne soit pas rendu dans un cas qui entre dans la compétence des tribunaux égyptiens. Il s'agit, évidemment, des cas de la compétence exclusive.

Chapitre II

Le rôle du tribunal saisi en présence d'une clause attributive de compétence

82- Nous avons étudié dans le premier chapitre le principe d'autonomie de la volonté en matière de compétence juridictionnelle, et nous avons constaté que les parties ont le droit de choisir le for compétent. Ce droit est reconnu tant dans les pays de civil law que dans ceux de common law.

Or, la question se pose de savoir quelle est la position du tribunal élu à l'égard de cette clause attributive de juridiction, est-ce que le tribunal choisi peut exercer une compétence qui résulte du seul accord des parties ? Et dans l'affirmative, est-ce qu'il est obligé de statuer sur le différend ou, en revanche, il a un pouvoir discrétionnaire à cet égard?

83- la clause attributive de juridiction entraîne des changements considérables tant pour les règles de compétence internationale que pour celles des conflits de lois.

Pour ce qui concerne les règles de compétence, la clause attributive a deux effets : l'un, positif, i.e., seul le tribunal élu est compétent pour connaître le différend (effet de prorogation), l'autre négatif, i.e., l'effet dérogoratoire qui signifie l'exclusion de toute compétence des autres tribunaux non choisis par les parties.

⁽¹⁰⁶⁾ Voir, Ahmed Abd-Elkarim Salama : La doctrine de la procédure civile internationale, op cit., p. 304 et s.

Pour ce qui concerne les règles de conflit des lois, la clause attributive de juridiction a pour effet l'application au fond du litige de la loi désignée par les règles de rattachement disposées dans le système de la loi du tribunal élu lorsque les parties n'ont pas fait un choix sur la loi applicable au fond du litige⁽¹⁰⁷⁾.

84- La question se pose de savoir, d'une part, si le juge peut statuer, à défaut d'un chef de compétence, s'il estime qu'il est le juge compétent pour statuer, et d'autre part, a-il le droit de décliner sa compétence au cas où, malgré l'existence d'une clause attributive de compétence, il estimerait qu'il est un for non convenable pour statuer dans l'affaire. C'est la notion de forum conveniens et de forum non conveniens.

Il est à noter que la doctrine de forum conveniens et de forum non conveniens peut être soulevée en plusieurs affaires ayant un élément d'extranéité, telles que : les questions de l'environnement, la concurrence, les brevets d'inventions, la succession, le statut personnel, la clause attributive de compétence ...etc.

85- La notion de forum conveniens et de forum non conveniens est différente de celle du *perpetuatio fori*. Cette dernière expression d'origine latine couramment utilisée en droit allemand signifie que la compétence d'une juridiction reste acquise même si, après l'introduction de l'instance, les circonstances avaient changées. Ainsi, la compétence de tribunal du domicile du défendeur n'est pas affectée par le changement de domicile du défendeur après l'introduction de l'instance⁽¹⁰⁸⁾.

86- Il faut distinguer également entre la notion de forum conveniens et celle du for de nécessité. Dans les deux cas, le juge a un certain pouvoir discrétionnaire, mais la démarche est totalement différente. Dans le forum conveniens, le juge se déclare compétent parce qu'il estime qu'il est le for approprié pour connaître le différend en prenant en compte les circonstances de l'affaire. En revanche, dans

⁽¹⁰⁷⁾ Voir en ce sens, François Rigaux : Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, cours général de droit international privé, R.C.A.D.I., tome 213, 1989, p. 169 et s.

⁽¹⁰⁸⁾ Voir en ce sens, Paul Lagarde : *perpetuatio fori* et litispendance en matière internationale, Mélanges Dominique Holleaux, Litec, Paris, 1990, p. 244.

le for de nécessité le juge se déclare compétent non pas parce qu'il est le juge approprié mais en raison du fait qu'il est impossible au demandeur de trouver un autre for.

Lorsque le demandeur peut saisir un autre tribunal plus approprié que celui du juge déjà saisi, on est en présence du forum non conveniens. Lorsqu'en revanche il ne peut saisir qu'un seul tribunal on est en face du for de nécessité. Il est à noter toutefois que l'impossibilité pour le demandeur de saisir un autre tribunal n'est pas un élément décisif pour que le tribunal du for soit compétent. Celui-ci dispose donc d'un pouvoir discrétionnaire.

Il convient de rappeler à ce propos, un arrêt rendu par les tribunaux américains dans lequel la notion du for de nécessité s'est cachée derrière la notion de forum non conveniens. Dans une affaire opposant la République islamique d'Iran au défunt shah et à sa famille, un procès a été introduit par le gouvernement d'Iran devant les tribunaux de l'Etat de New York contre le shah d'Iran et son épouse, au moment où ceux-ci étaient en traitement à l'hôpital de New York, et ce pour récupérer les fonds détournés et placés aux Etats-Unis.

Les tribunaux américains s'estiment forum non conveniens pour la raison que toutes les parties étaient étrangères, qu'aucune d'elles n'avait de domicile aux Etats-Unis. En raison du fait que le tribunal de New York avait déclaré qu'il est incompetent parce qu'il estime non conveniens, les demandeurs ont saisi la cour d'appel en s'appuyant sur le fait qu'aucun autre for ne leur était accessible (le for de nécessité). La cour d'appel, dans son arrêt du 5 juillet 1984, en estimant non conveniens a décliné sa compétence⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Selon l'arrêt de la cour d'appel, il a été déclaré que : " Bien que l'existence d'un for alternatif accessible soit un facteur de première importance à prendre en considération dans l'application de la doctrine du *forum non conveniens*, l'absence prétendue d'un tel for n'oblige pas le tribunal à retenir sa compétence ... cela étant, le tribunal a pu, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, se dessaisir de l'action sur le fondement de *forum non conveniens*, nonobstant le fait que le dossier n'établit pas l'existence d'un autre for où l'action pourrait être portée, et il a pu le faire sans subordonner son dessaisissement à l'acceptation par le défendeur du procès devant une autre juridiction". Voir cet arrêt in : P. Lagarde : Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, op cit., p. 148 et s. =

Plan de deuxième chapitre:

87- La notion de forum conveniens et de forum non conveniens est très différente dans les pays de common law et dans les pays de civil law. C'est la raison pour laquelle nous allons traiter cette notion tout d'abord dans les pays de common law, puis on va la traiter dans les pays de civil law, et dans les instruments internationaux.

Pour autant, le présent chapitre se devise comme suit :

Section I: Le rôle du tribunal élu dans les pays de common law.

Section II: Le rôle du tribunal élu dans les pays de civil law.

Section III: La notion de forum conveniens et de forum non conveniens dans les instruments internationaux.

Section I

**Le rôle du tribunal saisi dans
les pays de common law**

88- Nous allons traiter tout d'abord la notion de forum conveniens et de forum non conveniens dans les pays de common law, puis nous allons exposer le pouvoir discrétionnaire du tribunal élu en présence d'une clause attributive de juridiction.

§ 1er. La notion de forum conveniens et de forum non conveniens.

89- Est-ce que le juge peut décliner sa compétence s'il estime qu'il est mal placé pour connaître le différend et qu'un autre tribunal est mieux placé pour le connaître ? (cas de forum non conveniens). D'autre part, est-il permis au juge de connaître le différend, malgré le défaut de chefs de compétence, lorsque il estime qu'il est le juge le plus opportun pour statuer sur le différend ? (cas de forum conveniens). La technique de forum conveniens et de forum non conveniens est répandue dans les pays de common law.

= Cet arrêt prêt le flanc à la critique car, d'une part, il ne s'agit pas d'une application de *forum non conveniens* mais de for de nécessité, et d'autre part, il découle de cet arrêt la consécration d'un cas de déni de justice du fait que le demandeur est dans l'impossibilité d'introduire le procès devant un autre tribunal.

l'expression *forum non conveniens* désigne "une technique particulière du droit international privé permettant aux juridictions d'un Etat de décliner leur compétence lorsqu'il y a lieu d'estimer que le for saisi n'est pas approprié ou qu'un for étranger serait plus approprié pour trancher le fond du litige"⁽¹¹⁰⁾.

90- On va exposer cette notion dans les droits suivants : droit écossais, droit anglais et droit américain.

A) La notion de *forum conveniens* et de *forum non conveniens* en droit écossais:

91- En dépit du fait que le droit écossais avait pris les chefs de compétence de ses tribunaux du droit de l'Europe continentale et non du droit anglais, cela n'a pas empêché le développement de la théorie de *forum non conveniens* en Ecosse. On peut dire également que cette théorie a été développée en premier lieu par le droit écossais.

92- La notion de *forum non conveniens* apparaît d'abord sous le nom de *forum non competens*. Par cette dernière notion le défendeur peut soulever l'exception de *forum non competens* lorsque le tribunal est incompétent ou lorsque celui-ci est compétent mais le choix du for par le demandeur paraît vexatoire ou inopportun. Toutefois, aux XVII et aux XVIII siècles le demandeur qui invoque la clause attributive de juridiction au profit d'un tribunal écossais ne se voyait refuser l'accès aux tribunaux écossais sur la base du domicile étranger du défendeur que lorsqu'une action à l'étranger était possible⁽¹¹¹⁾.

Au début de XIX siècle, le *forum non competens* a pris un nouveau visage. A cette époque, la jurisprudence écossaise avait renforcé le caractère discrétionnaire et équitable du *forum non competens* afin de protéger les intérêts respectifs des parties. Ainsi, lorsqu'une clause attributive de juridiction donne la compétence aux tribunaux écossais, ceux-ci peuvent décliner leur compétence s'ils estiment que le choix de ces tribunaux paraît sérieusement abusif afin

⁽¹¹⁰⁾ Voir en détail, Arnaud Nuyts : *L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé)*, op cit, p.534.

⁽¹¹¹⁾ Voir en détail, Peter Herzog : *La théorie du *forum non conveniens* en droit anglo-américain : un aperçu*, *Revue critique de droit international privé*, 1976, p. 3 et s.

de permettre à la partie concernée de saisir le for de domicile du défendeur ou un autre for approprié.

C'est donc à partir de la seconde moitié du XIX siècle que la notion de forum non competens avait pris la fonction appréciative de la compétence par le tribunal saisi. Pour que la notion de forum non competens ne soit pas un pouvoir arbitraire des tribunaux écossais, il existe des conditions essentielles qui doivent être réunies, à savoir:

- La possibilité d'une action hors de l'Ecosse, compte tenu de la situation des parties, de la disponibilité des témoins et autres moyens de preuve, de l'importance de la loi étrangère éventuellement applicable et de la difficulté de la connaître.

- La procédure en Ecosse doit être oppressive et vexatoire pour le défendeur.

L'exigence de ces conditions ne permet pas au tribunal écossais de décliner sa compétence dans le cas où une action hors de l'Ecosse serait simplement susceptible d'être plus pratique pour l'une des parties. Lorsque, plus tard, la notion de forum non competens est appelée le forum non conveniens, pour décliner sa compétence, il ne suffit pas qu'il y ait des inconvénients pour une partie, mais il faut que le for écossais soit un for inapproprié afin qu'il se dessaisisse de l'action⁽¹¹²⁾.

93- Ainsi lorsque le juge écossais statue dans une affaire deux questions se posent à lui :

- Est-ce qu'il est compétent ou non de connaître le différend ?

- Et, dans l'affirmatif, est-ce qu'il doit décliner sa compétence en se fondant sur la théorie de forum non conveniens ?

Le juge écossais examine la première question d'office. En revanche, la deuxième question ne sera examinée qu'à la demande du défendeur si celui-ci a soulevé l'exception de forum non conveniens.

L'arrêt Société du Gaz de Paris, rendu le 3 décembre 1925 par la Chambre des Lords écossaise, selon laquelle l'exception de forum non conveniens doit être admise chaque fois que "dans l'intérêt de toutes

⁽¹¹²⁾ Voir, Peter Herzog : La théorie du *forum non conveniens* en droit anglo-américain, op cit., p. 4 et s.

les parties et les buts de la justice, l'affaire serait jugée plus convenablement ailleurs⁽¹¹³⁾.

Nous pouvons citer aussi l'arrêt *Sim v. Robinow* de 1982 qui constitue la pierre angulaire de la théorie de forum non conveniens en droit écossais. Cette affaire concerne une joint aventure conclue en Afrique du sud pour des mines situées dans ce pays. Le demandeur, établi en Angleterre avait saisi les tribunaux écossais sur la base du *actor sequitur forum rei*, puisque le défendeur réside en Ecosse depuis plus de quarante jours. Le défendeur a soulevé l'exception de forum non conveniens en disant que lui-même et le demandeur ont l'intention de retourner en Afrique du sud, où se trouve tous les moyens de preuve qui concernent le procès. Le premier juge déclare que la théorie de forum non conveniens est concevable dans toute action, de quelque nature qu'elle soit. La Court of session écossais avait affirmé la décision du premier degré⁽¹¹⁴⁾.

94- Lorsque le juge saisi estime qu'il est un for non conveniens il peut décliner sa compétence ou suspendre le procès, mais il ne peut pas désigner un for étranger.

Ainsi dans l'affaire *Tulloch v. Williams* de 1946, le tribunal écossais avait accepté l'exception du forum non conveniens en raison

(113) La Chambre des Lords a ajouté que : "chaque partie est titulaire d'un droit propre. le demandeur de recourir à une procédure exceptionnelle, contraire au principe *actor sequitur forum rei*, le défendeur dobjecter à cette procédure, s'il dispose de motifs suffisants pour le faire". A cet égard, l'on observe que "l'arrêt *Société du Gaz* constate que lorsque la compétence n'est pas fondée sur la règle *actor sequitur*, elle est "exceptionnelle", et ceci justifie que le défendeur soit autorisé à en contester l'exercice. L'exception de *forum non conveniens* joue ainsi, comme un mécanisme correcteur des règles de compétence spéciales qui permettent au demandeur d'attirer le défendeur devant d'autres tribunaux que ceux de son domicile". Voir, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit, p.104 et s.

(114) L'arrêt de la *Court of session* écossaise de 1882 a affirmé que : " Par conséquent, l'exception aboutit seulement à condition que la Cour soit convaincue qu'un autre tribunal dûment compétent, est susceptible de traiter l'affaire de manière plus convenable tant pour les intérêts de toutes les parties que pour les exigences de la justice". Voir cet arrêt in : Bernard Schneider : *Le forum conveniens et le forum non conveniens* (en droit écossais, anglais et américain), *Revue international de droit comp. é.* 1975, p. 609 et s.

du fait que le défendeur se déclarait disposé à défendre au fond si le procès était ouvert en Jamaïque. La Cour de cassation a suspendu le procès pendant trois mois afin que le défendeur puisse ouvrir le procès en Jamaïque⁽¹¹⁵⁾. La suspension du procès est habituellement suivies car, pour ne pas tomber dans un cas de déni de justice, le tribunal estimant le procès devant lui non conveniens ne pourrait connaître à l'avance quelle serait la position de l'autre tribunal jugé plus conveniens. Est-ce que ce tribunal accepte sa compétence ou non ? Et dans l'affirmative est-ce que le déroulement du procès est poursuivi d'une manière équitable ou non ?

B) La notion de forum conveniens et de forum non conveniens en droit anglais:

95- La notion de forum non conveniens a été connue en Angleterre dans un temps plus tard qu'en Ecosse. C'est uniquement à partir du XIX siècle que les tribunaux anglais ont commencé à déclarer non recevable une action pour laquelle une base de compétence existe, notamment dans le cas où une action parallèle a été instituée en pays étranger, et lorsque la compétence des tribunaux anglais est basée sur le fait qu'une personne non résidant de l'Angleterre a reçu l'assignation pendant un séjour temporaire et également lorsque l'action paraît sérieusement abusive.

Ainsi, en 1882 dans l'affaire McHenry, une action avait été portée en Angleterre alors que les tribunaux américains étaient déjà saisis d'une procédure parallèle. L'existence d'une situation de litispendance internationale ne faisait pas nécessairement obstacle à la poursuite de l'action anglaise. Cependant, la Cour a reconnu l'existence en droit anglais d'un principe général en vertu duquel le juge peut refuser de statuer sur toute action vexatoire et oppressive, afin d'éviter que la justice ne soit pervertie à des fins injustes. Ainsi, indépendamment de la question du caractère approprié du for, le tribunal a le pouvoir et l'obligation de suspendre la procédure⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹⁵⁾ Voir cet arrêt in : Bernard Schneider, *ibid*, p. 612.

⁽¹¹⁶⁾ Voir cet arrêt in, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), *op cit*, p.110 et s.

96- La pierre angulaire dans le fonctionnement de la théorie de forum non conveniens était la difficulté pour le défendeur de défendre une action. Ainsi, on a déclaré non recevable une action concernant des transactions complexes en Inde, difficilement susceptibles d'être prouvées en dehors de ce pays, notamment parce que la présence du défendeur en Angleterre était temporaire. Si le droit applicable au fond du litige est le droit anglais, cela constituera une bonne raison pour que les tribunaux anglais seront convenables pour connaître le différend. En revanche, ces tribunaux seront non conveniens si le droit applicable était un droit étranger. Si le contrat principal conclu entre les parties contient une clause attributive de juridiction au profit d'un tribunal étranger, cela est suffisant pour que les tribunaux anglais déclarent leur incompétence, mais ce n'est pas une règle absolue.

Ainsi, dans l'arrêt du 26 janvier 1978, la chambre des Lords anglaise a refusé, à l'unanimité, de statuer dans l'affaire concernant des litiges nés d'accidents du travail survenus en Ecosse, en raison du fait que le juge anglais n'est pas le juge naturel du litige, i.e., le *for more conveniens*.

L'arrêt rendu dans l'affaire Mac Shannon, va dans le même sens de l'arrêt *Atlantic Star* rendu par la même chambre en 10 avril 1973. Dans cette dernière affaire concernant un abordage survenue dans les eaux territoriales belges, la chambre des Lords avait refusé de statuer au profit d'un tribunal de commerce d'Anvers en dépit du fait que la navire a fait l'objet d'une saisie en Angleterre⁽¹¹⁷⁾.

Dans l'affaire *Atlantic Star* de 1973, la chambre des Lords a rejeté d'introduire dans le droit anglais la notion de forum non conveniens à l'écossaise. En dépit de cette confirmation, qui remonte au principe de souveraineté, l'on confirme que la notion de forum conveniens et forum non conveniens est bien connu, sous plus d'une forme, en droit anglais. Quand on remonte aux arrêts plus anciens, on remarque que, dans l'affaire *Logan v. Bank of Scotland* de 1905, la

⁽¹¹⁷⁾ Voir en détail, Hélène Gaudemet-Tallon et Denis Tallon: *Compétence internationale et dettes de monnaie étrangère devant la Chambre des Lords, nouveaux développements*, *Revue critique de droit international privé*, 1979, p. 687 et ss.

Cour d'appel avait déclaré le refus d'exercer sa compétence en se référant à la pratique écossaise de *forum non conveniens*⁽¹¹⁸⁾.

97- L'arrêt *Spiliada* rendu par la Chambre des Lords en 1986, représente le fondement moderne du *forum non conveniens* en Angleterre.

En l'espèce, le litige s'est déroulé en matière maritime. Un navire battant pavillon libérien avait prétendument été endommagé par une cargaison de produits chimiques lors d'un transport entre le Canada et l'Inde. Le navire appartenait à une société du Libéria, et la cargaison était affrétée par une société canadienne. Les assureurs étaient anglais, et le contrat de transport était soumis au droit anglais.

L'arrêt a confirmé que : "le principe de base est que le sursis à statuer ne sera accordé sur la base du *forum non conveniens* que si le tribunal est convaincu qu'il existe un autre tribunal, également compétent, qui est le for approprié du litige, c'est-à-dire devant lequel le litige peut être jugé de manière plus adéquate au regard des intérêts de toutes les parties et des fins de la justice"⁽¹¹⁹⁾.

C) La notion de *forum conveniens* et de *forum non conveniens* en droit américain:

98- Il y a une règle générale selon laquelle la notion de *forum conveniens* et de *forum non conveniens* est adoptée par le droit américain. Mais il existe des différences entre les Etats qui appartiennent à la fédération américaine à cet égard.

a- La règle générale de l'application de *forum conveniens* et de *forum non conveniens*:

99- Le fonctionnement de la théorie de *forum non conveniens* aux Etats-Unis est étroitement lié à l'utilisation abusive des règles de compétence. Ainsi, en dépit du fait qu'à la fin du XIX siècle les bases de compétence des tribunaux américains ont été bien définies, cela n'a pas empêché, dans certains cas, une utilisation abusive des règles de

⁽¹¹⁸⁾. Voir cet arrêt in : Bernard Schneider : *Le forum conveniens et le forum non conveniens* (en droit écossais, anglais et américain), op cit., p.613.

⁽¹¹⁹⁾ Voir cet arrêt in, Arnaud Nuyts : *L'exception de forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit, p.183 et ss.

compétence⁽¹²⁰⁾. Mais l'application générale de la théorie de forum non conveniens aux Etats-Unis était, au début, limitée en raison des doutes concernant la conformité de cette théorie avec les principes constitutionnels.

En effet, la constitution dispose que les citoyens de chaque Etat ont le droit aux mêmes privilèges dans tous les Etats que les citoyens de cet Etat de déclarer non recevable une action intentée par un résident d'un autre Etat en raison du fait qu'il n'était pas un résident local⁽¹²¹⁾.

⁽¹²⁰⁾ Avant l'adoption de la théorie du *forum non conveniens*, le seul remède contre ce type d'abus était d'invoquer la *Commerce clause* de la Constitution américaine. Cette clause, qui donne compétence au gouvernement fédéral pour réglementer le commerce entre les Etats et avec les nations étrangères, fonde un principe de liberté des échanges entre Etats fédérés. Dans un arrêt rendu en 1923, la Cour suprême des Etats-Unis s'est appuyée sur cette clause pour déclarer inconstitutionnelles les règles de compétence édictées par les Etats qui imposent une entrave importante et déraisonnable au commerce inter-étatique. La question de savoir si une règle de compétence entraîne une entrave de ce type ne dépend pas d'une évaluation abstraite de son effet sur le commerce inter-étatique, mais d'un examen concret, au cas par cas. Le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la situation, et notamment du lieu de naissance de la cause de l'action, du lieu de résidence des parties, de la localisation des moyens de preuve et de la charge imposée au défendeur pour assurer sa défense.

L'on observe qu'aux Etats-Unis, la clause d'exception fondée sur la *Commerce clause* n'a pas rencontré un très grand succès dans la pratique. Deux motifs principaux l'expliquent. Tout d'abord, la tendance ultérieure de la jurisprudence a été d'exiger davantage que la simple démonstration du caractère inapproprié du for. La *Commerce clause* n'est violée, relève la Cour suprême dans un arrêt prononcé en 1934, que lorsque la poursuite de l'action imposerait au défendeur "une charge tellement lourde et inutile qu'elle en devienne oppressive et déraisonnable". Le critère se rapprochait ainsi de l'exception d'abus de procédure du droit anglais, plutôt que de l'exception de *forum non conveniens* du droit écossais. Enfin, plus fondamentalement, le système de la *Commerce clause* a été supplanté, à partir de l'arrêt *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, par l'exception proprement dite du forum non conveniens, qui a été appliquée également dans le domaine du commerce inter-étatique.

Voir, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit, p. 125 et s.

⁽¹²¹⁾ Voir, Peter Herzog : La théorie du *forum non conveniens* en droit anglo-américain, op cit., p. 9 et s.

100- Il est à noter que deux considérations ont, aux Etats-Unis, causé particulièrement la prolifération de la théorie de forum non conveniens, à savoir :

- La première était en 1929 où un avocat de New York avait conseillé l'utilisation générale de la théorie de forum non conveniens comme remède à la surcharge des tribunaux des Etats-Unis lorsque le procès a peu ou pas de liens avec ces Etats.

La consécration du forum non conveniens aux Etats-Unis a été influencée, en grande partie, par la publication en 1929 d'une étude doctrinale par un avocat du barreau de New York, alors que l'expression forum non conveniens était encore quasiment inconnue à cette époque aux Etats-Unis. L'auteur de cette étude P. Blair, a défendu l'idée selon laquelle chaque tribunal possède un pouvoir inhérent... à l'exercice effectif de ses fonctions judiciaires de décliner l'exercice d'une compétence reconnue quand il apparaît que la contestation serait jugée de façon plus appropriée ailleurs⁽¹²²⁾.

-La deuxième considération était en 1946 où la Cour suprême des Etats-Unis a déclaré que la théorie de forum non conveniens n'est pas en désaccord avec la constitution.

Par l'arrêt *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, la Cour suprême des Etats-Unis a consacré la doctrine du forum non conveniens comme une règle générale du droit fédéral américain. Les faits de la cause sont simples. Une société établie en Pennsylvanie a été atraite en justice par un résident de Virginie concernant la réparation d'un dommage consécutif à un incendie survenu dans ce dernier Etat. L'action a été introduite devant un tribunal fédéral de l'Etat de New York, où la société défenderesse exerce des activités. En première instance, la District Court a décliné sa compétence et a rejeté l'action, au motif que tous les éléments du litige sont situés en Virginie. Cette décision a été

⁽¹²²⁾ L'apport essentiel de l'étude était d'avoir fait découvrir aux juristes américains le droit écossais du *forum non conveniens* à travers l'étude des décisions de la Cour de *cession* du XIX siècle. A la suite de cette étude, l'un des juges à la Cour suprême a ainsi relevé, que la doctrine du *forum non conveniens* représente "une technique familière qui est l'expression d'un système judiciaire civilisé". Voir, Arnaud Nuyts : *L'exception de forum non conveniens (étude de droit international privé comparé)*, op cit, p.127.

réformée par la Court of Appeal, qui a considéré qu'elle n'a pas le pouvoir de renoncer à sa compétence. Un recours a été introduit devant la Cour suprême des Etats-Unis.

S'appuyant sur l'étude de P. Blair et sur la jurisprudence écossaise, la Cour suprême a appliqué la théorie du forum non conveniens et a considéré qu'en l'espèce, sur la base de cette théorie, il y a lieu de refuser d'exercer la compétence⁽¹²³⁾.

Les précédentes considérations avaient pour effet d'encourager les tribunaux des Etats-Unis à l'utilisation de la théorie de forum non conveniens non seulement dans les cas où l'action locale serait vexatoire pour le défendeur, mais également dans ceux où il apparaît que le lien entre le litige et le tribunal est très lâche, voir faible.

101- La théorie de forum non conveniens a été adoptée par la Commission d'unification des lois au sein des lois appartenant aux Etats de la fédération américaine. Le texte adopté par cette commission, qui a été adoptée par la plupart des Etats fédératifs, prévoit : " Si le tribunal détermine que dans l'intérêt d'une bonne justice l'action devrait être portée devant un autre for, le tribunal, à la demande de l'une ou de l'autre partie, peut suspendre l'action, ou la déclarer non recevable, en tout ou en partie, et en imposant les conditions qui paraîtront justes au tribunal"⁽¹²⁴⁾

⁽¹²³⁾ Dans sa démonstration, la Cour a affirmé que: "le principe du forum non conveniens signifie simplement qu'un tribunal peut résister à l'obligation d'exercer sa juridiction même lorsque celle-ci est prévue par la lettre d'une loi générale de compétence".

La Cour a ajouté que "l'utilisation abusive des règles de compétence est un très vieux problème à qui affecte l'administration de la justice et les intérêts des parties. Les règles de compétence sont établies avec un certain degré de généralité et offrent habituellement au demandeur un choix de tribunaux pour qu'il soit sûr de pouvoir faire valoir ses droits quelque part. Cependant, la porte ouverte permet également l'entrée à des personnes qui ne cherchent pas simplement la justice, mais aussi peut-être une justice alliée à quelque harcèlement. Un demandeur est parfois tenté de recourir à une stratégie visant à forcer son adversaire à plaider en un endroit qui lui sied très mal, même si ce for ne convient pas non plus au demandeur lui-même". Voir cet arrêt in, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit, p.129 et s.

⁽¹²⁴⁾ Voir, Peter Herzog : La théorie du *forum non conveniens* en droit anglo-américain, op cit., p. 12 et s.

b- La différence entre les Etats au sein de l'Union fédérative:

102- la doctrine du forum non conveniens ne représente pas une règle de droit commun fédéral qui serait applicable de manière uniforme. Il en résulte que chacun des cinquante Etats composant les Etats-Unis peut déterminer de manière individuelle s'il souhaite que le forum non conveniens s'applique devant ses propres tribunaux ou non.

certains Etats qui rejetaient totalement ou partiellement la doctrine du forum non conveniens ont modifié leur droit pour permettre à leurs tribunaux de refuser l'exercice de leur compétence aussi largement qu'en droit fédéral. C'est le cas notamment en Texas. Par l'arrêt *Dow Chemical Co. v. Alfaro*, rendu en 1990, la Cour suprême de cet Etat avait interprété une disposition du Code de procédure civile du Texas comme prohibant l'utilisation du forum non conveniens dans les actions en responsabilité pour dommage corporel.

On peut citer l'Etat de Louisiane. Par un arrêt de 1991, en cause *Fox v. Board of Supervisors of L.S.U.*, la Cour suprême de cet Etat a jugé que, sous réserve des cas où le législateur a explicitement prévu la possibilité d'un dessaisissement discrétionnaire, les tribunaux de Louisiane ne possèdent pas le pouvoir de décliner la compétence en vertu du forum non conveniens. A l'appui de cette solution, la Cour a considéré notamment que le forum non conveniens est une institution de common law et que "la common law ne fait pas partie du droit de Louisiane"⁽¹²⁵⁾.

Aux Etats-Unis la plupart des affaires sont jugées par les tribunaux des Etats qui constituent l'union fédéral. Les sources du droit juridictionnel sont de deux ordres : les chefs de compétence de common law et ceux qui découlent de la loi. Chaque Etat ne peut pas exercer sa compétence et statuer dans l'affaire au delà des limites posées par le droit fédéral, y compris, bien entendu, la constitution.

103- Il existe une différence fondamentale dans l'utilisation de forum conveniens et de forum non conveniens entre le système américain et écossais d'une part et celui du droit anglais : dans ce dernier le juge anglais a un pouvoir discrétionnaire dès le début de

⁽¹²⁵⁾Voir en détail, Arnaud Nuys : *L'exception de forum non conveniens (étude de droit international privé comparé)*, op cit, p. 172 et s.

statuer s'il est ou non le for conveniens pour connaître l'affaire. En droit américain comme en droit écossais, il y a un pouvoir reconnu au plaideur dès l'ouverture de procès tant qu'il existe un chef de compétence, de sorte que le juge n'a pas le droit de se demander à priori si son for est ou non le for approprié. La notion de forum non conveniens intervient plus tard après l'ouverture du procès et le lancement des procédures⁽¹²⁶⁾.

104- Il convient de souligner que, au sein des Etats-Unis, le juge d'un Etat n'est pas obligé de suspendre le procès lorsque la même affaire est déjà pendante dans un autre Etat. La constitution impose aux Etats seulement l'obligation de la reconnaissance des jugements rendus dans un autre Etat. Le juge américain a donc un pouvoir discrétionnaire de suspendre ou, au contraire, d'instruire la cause qui lui est soumise. L'exception de litispendance se confond parfois avec l'exception de forum non conveniens lorsque le juge apprécie non seulement sa compétence mais également la compétence du tribunal étranger pour déterminer quel est le tribunal bien placé pour connaître le différend⁽¹²⁷⁾.

§ II. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal saisi en présence D'une clause attributive de compétence dans les pays de *common law*.

105- Lorsque Le contrat contient une clause attributive de juridiction, deux effets essentiels en découlent : l'un concerne les parties qui doivent respecter leurs engagements, l'autre concerne le tribunal saisi qui a un pouvoir discrétionnaire à l'égard de cette clause.

A) Le respect par les parties de la clause attributive de juridiction:

106- Il est un principe général d'après lequel les parties doivent respecter leurs engagements contractuels. Ainsi, les parties qui ont conclu un accord donnant à un tribunal étranger le pouvoir de statuer sur leur potentiel litige n'ont pas le droit de saisir les tribunaux nationaux en violation de la clause attributive de juridiction.

⁽¹²⁶⁾ Voir, Bernard Schneider : *Le forum conveniens et le forum non conveniens* (en droit écossais, anglais et américain), op cit., p. 629.

⁽¹²⁷⁾ Voir, Bernard Schneider : *Le forum conveniens et le forum non conveniens* (en droit écossais, anglais et américain), op cit., p. 632.

Le juge anglais quand il s'interroge sur l'exercice de sa compétence juridictionnelle en violation d'une clause attributive de compétence prend en compte le principe essentiel selon lequel les parties doivent respecter leurs engagements. Ainsi, dans l'affaire Mackender, le Lord Justice Diplock a déclaré que : " lorsque les parties ont choisi de soumettre tous leurs différends à un tribunal étranger, seuls des raisons décisives pourraient me conduire à les autoriser à revenir sur leur parole donnée"⁽¹²⁸⁾. Dans cette affaire, la clause attributive de compétence a été passée par les parties en vue de donner la compétence exclusive aux juridictions belges.

Dans l'affaire Chaparral, les parties se sont mises d'accord pour porter leurs différends devant la Cour de justice de Londres. La partie américaine en violation de la clause attributive de juridiction a saisi les tribunaux américaines. La partie allemande, en riposte à cette violation, a obtenu des tribunaux anglais l'autorisation de signifier aux défendeurs aux Etats-Unis une citation à comparaître devant les tribunaux anglais. Dans son arrêt de 1968, la Cour d'appel anglaise en rejetant l'objection faite par les défendeurs américains a déclaré qu'elle est : " investie d'un pouvoir discrétionnaire, il s'agit d'un pouvoir qui, normalement et en l'absence de raisons déterminantes en sens contraire, sera exercé en faveur du respect de leurs engagements par les parties"⁽¹²⁹⁾.

107- L'arrêt rendu en 1969 par la Cour suprême anglaise dans l'affaire the Eleftheria a posé les principes directeurs de la clause attributive de juridiction, à savoir:

- Le juge n'a pas l'obligation de suspendre sa compétence, mais il a un pouvoir discrétionnaire de le faire.

- le pouvoir discrétionnaire sera exercé en faveur de la suspension de sa compétence juridictionnelle par le juge à moins qu'une "strong cause" ne soit établie pour ne pas le faire.

- La charge de la preuve de cette strong cause incombe au demandeur⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁸⁾ Voir cet arrêt in : Christelle Chalas : L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé, op cit, p. 165.

⁽¹²⁹⁾ Voir cet arrêt in : Christelle Chalas : ibid p. 168 et s.

⁽¹³⁰⁾ Voir cet arrêt in : Christelle Chalas, ibid p. 169.

Il en découle que les juges anglais doivent en principe respecter les accords des parties en vue de soumettre leur litige à un tribunal étranger. Seules des raisons très importantes pourront conduire le juge à méconnaître une clause attributive de compétence étrangère. C'est donc au demandeur qui introduit l'instance devant un tribunal anglais, qu'incombe la charge de prouver ces raisons.

108- Le principe *pacta sunt servanda* constitue le fondement du principe selon lequel le tribunal respecte les engagements des parties, mais ce respect est suivi lorsqu'on est en présence d'une clause attributive de juridiction exclusive, de sorte que lorsque les parties attribuent une compétence non exclusive à un tribunal étranger, le juge saisi peut exercer sa compétence malgré l'existence de cette clause. On doit consulter la loi applicable au contrat pour savoir si on est en présence d'une clause exclusive ou non.

B) Le pouvoir discrétionnaire du juge saisi en présence d'une clause attributive de juridiction :

109- La compétence du juge anglais se divise en deux sortes, à savoir: la compétence ordinaire et la compétence extraordinaire.

a-La compétence ordinaire: en droit anglais signifie la compétence automatique où il existe deux chefs de compétence : la présence physique du défendeur sur le territoire au moment de l'assignation (*action in personam*), et la présence d'un navire dans les eaux territoriales (*action in rem*).

b-La compétence extraordinaire: Si le défendeur n'est pas physiquement présent sur le territoire anglais, les tribunaux anglais peuvent toutefois être compétents lorsqu'il existe un des cas de compétence extraordinaire énumérés dans l'Order XI des Rules of the Supreme Court. Pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le juge anglais de son pouvoir en présence d'une clause attributive de compétence, on doit traiter séparément les deux cas suivants.

I- L'exercice discrétionnaire de la compétence ordinaire en présence d'une clause attributive de compétence:

110- Lorsque le juge anglais est compétent selon l'un des deux cas de compétence ordinaire, il peut exclure la clause attributive de juridiction qui donne la compétence à un tribunal étranger. La

jurisprudence anglaise a affirmé ce principe dans l'affaire *the Eleftheria* du 1969. Dans cette affaire, une action en réparation pour inexécution d'un contrat de transport maritime, avait été intentée en Angleterre en dépit du fait que les parties ont conclu un accord contenant une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux grecs.

Le Lord Justice Brandon estime que pour l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de donner effet ou non à la clause contractuelle attributive de compétence il doit prendre en compte toutes les circonstances de l'affaire⁽¹³¹⁾. Parmi ces circonstances le lien entre le litige et le tribunal tant élu qu'exclu. C'est une application de ce qu'on appelle le principe de proximité.

L'arrêt *the Eleftheria* est un signe se rapprochant de la notion de forum non conveniens. Le respect de la clause attributive de juridiction d'après cet arrêt dépend de la mise en oeuvre concrètement des points de contact et des circonstances du litige avec tant le pays du for élu qu'avec le pays du juge saisi.

ii-L'exercice discrétionnaire de la compétence extraordinaire en présence d'une clause attributive de compétence :

111- En raison du caractère extraordinaire des règles de compétence de l'Order XI, la jurisprudence a affirmé que la charge de la preuve qui incombe sur le demandeur, pour convaincre le juge de ne pas donner effet à la clause attributive de compétence, est plus lourde dans ce cas. C'est logique donc car nous ne sommes pas en

⁽¹³¹⁾ A propos de cette affaire, on dit que les facteurs suivants déterminent l'appréciation, par le juge, de son pouvoir discrétionnaire : a) Le pays dans lequel les preuves sont localisées, ou plus facilement accessibles, et les conséquences qui s'en suivent sur la commodité et les dépenses du procès selon qu'il a lieu en Angleterre ou à l'étranger; b) L'applicabilité de la loi étrangère et la mesure dans laquelle elle diffère de la loi anglaise dans ses aspects matériels; c) Le pays avec lequel chaque partie présente des liens et l'intensité de ces liens; d) Le fait que le défendeur souhaite de bonne foi que le litige soit tranché par le tribunal choisi ou recherche uniquement des avantages procédurux; e) Le préjudice qui pourrait découler pour le demandeur d'avoir à entamer des poursuites à l'étranger dans la mesure où : (i) son action ne serait pas garantie; (ii) le jugement obtenu ne pourrait pas recevoir exécution; (iii) son action serait prescrite; (iv) le jugement ne serait pas rendu équitablement pour des raisons politiques, raciales ou religieuses". V. Christelle Chalas : *ibid*, p.172 et s.

présence d'un chef ordinaire de compétence, mais d'un chef de compétence extraordinaire. Toutefois, il est admis dans ce cas aussi que le tribunal saisi dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de son droit pour arriver au résultat souhaité, i.e., que le procès soit tranché d'une manière plus convenable et moins coûteuse en Angleterre que devant le for élu.

Dans l'arrêt Evans Marshall rendu par la Cour d'appel en 1972, la clause attributive de compétence au profit des tribunaux espagnols a été éliminée et la Cour a statué dans cette affaire. Deux sortes d'arguments ont été invoquées par la Cour en la matière :

- Le lien de proximité qui existe entre le litige et l'Angleterre. En effet, le litige était essentiellement un litige de droit anglais tant par les parties qu'il opposait (deux sur trois), que par la localisation des preuves.

- La loi espagnole ne contient pas de dispositions permettant au demandeur d'obtenir un intérêt de la justice⁽¹³²⁾.

C'est donc le principe de proximité, autrement dit le forum non conveniens, qui conduit la jurisprudence anglaise dans l'utilisation de son pouvoir discrétionnaire à l'égard du respect ou non de la clause attributive de juridiction quelle que soit la base de la compétence retenue.

Dans les cas de compétence ordinaire comme dans ceux de compétence extraordinaire, le juge anglais peut se saisir de l'affaire et méconnaître ainsi la clause d'electio de for lorsque il lui paraît le for convenable et opportun pour en connaître.

112- La raison d'être du pouvoir discrétionnaire du juge anglais réside dans le fait que la compétence du juge s'appuie essentiellement sur la présence physique du défendeur sur le territoire. Ce chef de compétence est confus et peut conduire au fait qu'un tribunal anglais soit compétent tandis que l'affaire ne présente qu'un lien très fragile avec l'Angleterre. C'est la raison pour laquelle on a prévu, dans l'Order XI, des chefs de compétence extraordinaires.

⁽¹³²⁾ Voir cet arrêt in : Christelle Chalas : L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé, op cit, p. 174 et s.

Ainsi, lorsque les chefs de compétence ordinaire n'existe pas, le juge peut connaître l'affaire sur la base de chefs facultatifs. Prima facie, du fait que ceux-ci sont facultatifs, ils ne sont pas obligatoires pour le juge qui, en l'occurrence, a un pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il est le for approprié dans le cas concret (*forum conveniens*). Or, s'il estime approprié dans l'affaire, le juge déclare sa compétence et, dans le cas contraire, il peut se déclarer incompétent. Il s'ensuit qu'en dépit de l'existence d'un chef de compétence selon l'ordonnancement Order XI, le juge anglais peut décliner sa compétence en raison du fait qu'il n'est pas le for *conveniens* dans le cas d'espèce⁽¹³³⁾.

Partant, lorsque le juge anglais établit sa compétence, il doit d'une part constater l'existence d'un chef de cette compétence et d'autre part, constater qu'il est le *forum conveniens*⁽¹³⁴⁾. C'est une application du principe de proximité en matière de compétence judiciaire internationale.

C) La consécration de la notion de for conveniens:

113- Nous allons exposer, tout d'abord, la position de la doctrine et, ensuite, déterminer la primauté du for choisi ou du for convenient.

a) La controverse doctrinale:

114- Ni la Cour suprême des Etats-Unis, ni la Chambre des Lords, n'ont tranché de façon explicite la question de savoir si la doctrine du *forum non conveniens* peut continuer à s'appliquer en présence d'une clause attributive de juridiction.

A la lumière de la jurisprudence des tribunaux inférieurs et les tendances doctrinales on peut dégager deux tendances essentielles⁽¹³⁵⁾, à

⁽¹³³⁾ Voir, P. Lagarde: *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, op cit., p. 138 et ss.

⁽¹³⁴⁾ A ce propos, on dit : " Le juge anglais doit établir les raisons positives de sa compétence en montrant non seulement que le chef de compétence est bien réalisé, mais encore qu'il est le *forum conveniens*, le juge le mieux à même de statuer sur l'affaire en cause. Traditionnellement, le juge anglais a donc la possibilité de décliner sa compétence quel que soit le rattachement sur lequel celle-ci se fonde". Voir, Etienne Pataut : *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, op cit., p. 118.

⁽¹³⁵⁾ A propos de ces tendances voir, Arnaud Nuyts : *L'exception de forum non conveniens (étude de droit international privé comparé)*, op cit, p. 277 et ss.

savoir:

Primo, la doctrine du forum non conveniens est purement et simplement inapplicable lorsque les parties ont conclu une clause attributive de juridiction. Pour autant, le juge doit respecter la clause et lui donner effet. La seule réserve est celle de la situation tout à fait exceptionnelle, visée par l'arrêt Bremen, où le for élu serait si incommode qu'il aboutirait, en pratique; à priver (le demandeur) de son droit d'accès à la justice, situation à laquelle il faudrait assimiler, en droit anglais, l'hypothèse des sérieux motifs, pour ne pas donner effet à la clause. Cette réserve ne se confond pas avec la doctrine du forum non conveniens, car le juge n'exerce ici aucun pouvoir d'appréciation discrétionnaire à propos de sa compétence.

Cette première approche est appliquée non seulement dans le domaine des clauses attributives de juridiction, mais aussi dans celui des clauses d'arbitrage. Selon la jurisprudence américaine, un juge étatique ne peut appliquer la doctrine du forum non conveniens pour connaître du fond d'un litige au mépris d'une clause d'arbitrage au motif que le for étatique saisi serait mieux placé pour trancher la contestation que le for arbitral. Lorsqu'une clause d'arbitrage a été valablement conclue entre parties, le juge doit décliner sa juridiction en faveur des arbitres. Mais, exceptionnellement, le juge étatique peut exercer sa compétence lorsqu'il est établi que les plaideurs ne peuvent avoir un accès effectif au for arbitral étranger.

Secundo, D'après une approche différente, la doctrine du forum non conveniens, joue en présence d'une clause attributive de juridiction. La clause attributive représente, dans cette conception, l'un des éléments d'appréciation du forum non conveniens, qui doit être mis en balance avec les autres éléments de la situation. Le juge conserve donc un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, et peut refuser de donner effet à la clause lorsqu'il ressort des circonstances de la cause que le tribunal élu n'est pas approprié. Dans cette perspective, la clause attributive de juridiction a seulement pour effet de déplacer la charge de la preuve : ce n'est plus au défendeur qu'il appartient de renverser la présomption d'exercice de la compétence qui joue normalement en faveur du tribunal choisi par le demandeur, lorsqu'il

existe une clause attributive de juridiction. C'est à celui qui entend y échapper qu'il revient de déterminer que le for élu n'est pas approprié.

Or, si le droit anglais se marque par l'utilisation du pouvoir discrétionnaire du juge de façon à faire respecter leurs engagements par les parties, cela était valable dans un certain temps. Ce respect a été effacé peu à peu par la notion de forum conveniens et de forum non conveniens.

b) Quelle primauté doit-on donner au for choisi ou au for convenient?

115- Selon la logique de la théorie de forum non conveniens lorsque les parties choisissent un tribunal donné, celui-ci peut décliner sa compétence s'il estime qu'il est un for non approprié. Mais, Le for choisi peut-il être considéré comme le for convenient.

i- La primauté de for approprié sur le for choisi:

116- La théorie de forum conveniens et de forum non conveniens a pour but essentiel de rechercher de façon neutre le tribunal par lequel le litige doit être le plus convenablement tranché, en prenant en compte les intérêts des parties et de la justice. Or, peut-on concilier ladite théorie avec la présence d'une clause attributive de compétence dans laquelle le juge doit respecter les engagements des parties ?

L'analyse des arrêts rendus par la jurisprudence anglaise démontre que le respect de la clause attributive de juridiction a peu à peu disparu devant la notion de forum conveniens et de forum non conveniens. Ainsi, pour la commodité de l'exposé, on doit distinguer deux hypothèses, à savoir: l'hypothèse où la clause attributive donne compétence aux tribunaux anglais et l'hypothèse inverse où cette clause désigne un tribunal étranger.

Le choix par les parties d'un tribunal anglais ou américain:

117- Lorsque les parties désignent un tribunal anglais le juge doit, en théorie, rechercher s'il est le for convenable ou non pour connaître le différend. C'est la logique de la théorie qui voit que lorsque le juge voit qu'il est le forum conveniens, il doit statuer (cas du forum conveniens), et lorsqu'il estime qu'il n'est pas le for approprié, il doit décliner sa compétence (cas de forum non

conveniens). Evidemment, en pratique, le juge saisi statuera sur le différend lorsque les parties l'ont désigné, par la clause attributive de juridiction, pour connaître le différend.

Ainsi, dans l'arrêt *New Hampshire Insurance* du 1990, le juge Hobhouse soutient que lorsque la clause attributive de juridiction désigne les tribunaux étrangers, le tribunal anglais saisi a le pouvoir discrétionnaire de lui donner efficacité. En revanche, lorsque les parties ont donné une compétence exclusive aux tribunaux anglais "il est difficile de voir comment le juge pourrait avoir une quelconque discrétion pour suspendre sa compétence juridictionnelle sur le fondement de la doctrine de *forum non conveniens* en violation de la clause"⁽¹³⁶⁾.

118- Dans le droit américain, le tribunal saisi peut déclarer l'action non recevable parce qu'il est un *forum non conveniens* et ce en dépit du fait que les parties se sont convenues de donner compétence à ce tribunal⁽¹³⁷⁾.

Le choix par les parties d'un tribunal étranger:

119- Lorsque les parties désignent un tribunal étranger pour trancher leur litige, et l'une d'entre elles saisit un tribunal anglais, le respect des engagements des parties disparaît devant la théorie de *forum non conveniens*. Or, quand le juge saisi estime que le juge élu n'est pas le *for conveniens* pour connaître le différend et que le juge saisi est plus convenable, il tranchera l'affaire et pour autant mettra en échec la clause désignant un *for étranger*.

⁽¹³⁶⁾ Lorsque la clause attributive de juridiction désigne les tribunaux anglais dans un des cas de compétence extraordinaire selon l'*Order XI*, il est bien connu que la charge de la preuve incombe au demandeur qui doit prouver que le juge anglais est le *for conveniens* pour connaître le différend. Mais en pratique, même dans ce cas, les tribunaux anglais ne déclinent pas leur compétence. Voir en détail, Christelle Châlas : L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé, op cit, p. 248 et s.

⁽¹³⁷⁾ Il est à noter toutefois, que: " Un tribunal déclaré compétent par une stipulation contractuelle n'est donc que très rarement enclin à se déclarer incompétent, à supposer évidemment que le contrat entre les parties ne soit pas entaché de vices du consentement". Voir, Peter Herzog : La théorie du *forum non conveniens* en droit anglo-américain, op cit., p. 21.

Ainsi, dans l'affaire El Amria jugée par la Cour d'appel en 1979, le juge anglais a refusé de suspendre sa compétence juridictionnelle à la demande de défendeur qui invoque la clause attributive de juridiction au profit des tribunaux égyptiens. Le juge anglais a estimé qu'il est le plus approprié pour connaître le litige.

Dans une autre affaire (the Nile Rhapsody) la Commercial Court a déclaré en 1992 la suspension de sa compétence en raison de l'existence d'un accord entre les parties qui donne une compétence exclusive aux tribunaux égyptiens. La Cour saisie a constaté que le tribunal anglais est un *for non conveniens* et que le tribunal égyptien est le *for conveniens*. Cet arrêt montre bien évidemment que le pouvoir discrétionnaire du juge en présence d'une clause attributive de juridiction est remplacée par la notion de *forum non conveniens*, car le tribunal a affirmé qu'à partir du moment où le défendeur avait pu faire la preuve que les tribunaux égyptiens étaient plus appropriés que les tribunaux anglais, le demandeur se voyait automatiquement empêché de tenter de rapporter l'existence de "circonstances exceptionnelles" pour consolider la compétence des tribunaux anglais selon l'Order XI⁽¹³⁸⁾.

120- Aux Etats-Unis, dans l'affaire Zapata en 1972, la Cour suprême a cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel fédéral qui a jugé que les tribunaux fédéraux étaient compétents malgré la clause insérée dans le contrat qui donne une compétence exclusive aux tribunaux anglais. La Cour suprême a jugé que les intérêts du commerce international exige la reconnaissance par les tribunaux fédéraux des clauses attributives de juridiction⁽¹³⁹⁾.

Il semble que les tribunaux fédéraux ont suivi la position de la Cour suprême. Ainsi, un tribunal fédéral a déclaré en 1975, après l'arrêt Zapata, comme valable la clause d'élection d'un *for* allemand insérée dans un contrat d'emploi entre le gérant américain de la

⁽¹³⁸⁾ Voir en détail, Christelle Chalas : L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé, op cit, p. 250 et s.

⁽¹³⁹⁾ Voir l'arrêt Zapata rendu par la Cour suprême des Etats-Unis en 1972 in : Revue critique de droit international privé, 1973, p.530. En détail voir aussi, Peter Herzog : La théorie du *forum non conveniens* en droit anglo-américain, op cit., p. 22 et s.

filiale à New York d'une société allemande et ladite société, et ce malgré le fait que le contrat était rédigé en allemand, langue que le gérant avait une connaissance insuffisante⁽¹⁴⁰⁾.

La reconnaissance du jugement rendu par le tribunal élu:

121- Peut-on refuser un jugement étranger rendu par le for choisi selon la clause attributive de juridiction, lorsque le juge d'exequatur estime que le tribunal qui a rendu ce jugement est un tribunal non conveniens ?

La réponse doit être négative. La théorie de forum non conveniens permet au juge d'exclure la compétence du tribunal élu et non pas la reconnaissance et l'exécution ou non des jugements étrangers.

Aux Etats-Unis, la loi (le Uniform Foreign Money Judgment Recognition Act) prévoit qu'un tribunal étranger doit être considéré comme internationalement compétent s'il a été désigné comme compétent par une clause attributive de juridiction. Cette loi permet au juge de refuser l'exécution d'un jugement étranger lorsque la compétence du tribunal étranger est inappropriée seulement si la base de cette compétence est la simple présence du défendeur au for⁽¹⁴¹⁾.

ii- Le for choisi peut-il être considéré comme le for convenient:

122- Lorsque les parties désignent un tribunal déterminé pour connaître le différend, peut-on considérer cette désignation comme un choix du for approprié.

La clause attributive de compétence doit être le conducteur ou le moteur qui détermine, d'une manière catégorique, la notion de forum conveniens et de forum non conveniens. Pour se faire, le for choisi par les parties doit être considéré toujours le for approprié. Deux démarches peuvent aboutir à ce résultat, à savoir :

- La première démarche consiste dans le fait que la clause attributive de juridiction constitue un facteur essentiel en ce qui concerne la détermination du forum conveniens. Or, cette démarche a l'inconvénient de laisser le sort de la clause d'élection du for au

⁽¹⁴⁰⁾ Voir cet arrêt in, Peter Herzog : *ibid*, p. 23.

⁽¹⁴¹⁾ Voir en détail, Peter Herzog : *ibid*, p. 24.

pouvoir discrétionnaire du juge saisi. Celui-ci va apprécier, à la lumière de plusieurs facteurs, dont la clause attributive de compétence, si le choix fait par les parties correspond à la notion du *forum conveniens* ou non.

- La deuxième démarche consiste dans le fait que ce sont les parties qui déterminent le sort de la clause d'élection du for. Le choix fait par les parties d'un tribunal donné doit être regardé toujours comme un choix approprié⁽¹⁴²⁾. A cet égard, la clause attributive de juridiction va conduire la notion de *forum conveniens*⁽¹⁴³⁾. Le choix du tribunal par la clause d'*electio fori* a pour but dans la plupart des cas de réaliser les intérêts respectifs des deux parties. Il suffit de rappeler l'exemple suivant: Un contrat de transport maritime de marchandises conclu entre une société égyptienne et une autre française et le contrat contient une clause attributive de compétence au profit des tribunaux anglais. Le choix de ces tribunaux est profitable pour les parties parce que d'une part, il est habituelle de désigner les tribunaux anglais dans les affaires maritimes et d'autre part, ce choix est un "choix neutre" dans cet exemple. Or, il ne faut pas considérer ce choix comme un choix inapproprié ou non *conveniens*⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴²⁾ L'on dit : " Le chef de compétence doit être objectif. Il est fixé par le législateur et non par la volonté des parties. C'est dire qu'en cas de prorogation de for par les parties, l'intervention du *forum non conveniens* est exclue. Cependant, alors que la volonté des parties exclut les clauses d'exception en matière de compétence judiciaire, cela n'implique pas que l'autonomie des parties ne puisse pas faire elle-même l'objet de limitations ... il s'agit tout simplement d'une restriction de l'autonomie des parties prévue à priori par le législateur". Voir, César E. Dubler : Les clauses d'exception en droit international privé, Librairie de l'Université, Georg & Cie S.A., Genève, 1983, p.200 et s.

⁽¹⁴³⁾ Voir en ce sens, Christelle Chalas : L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé, op cit, p. 253 et s.

⁽¹⁴⁴⁾ C'est la raison pour laquelle "la théorie du *forum non conveniens* a été appliquée moins souvent en matière contractuelle qu'en matière délictuelle en partie parce que dans les affaires contractuelles les demandeurs sont moins susceptibles de porter leur action, uniquement pour des raisons de tactique procédurale, devant un tribunal ayant peu de liens effectifs avec l'affaire". Voir, Peter Herzog : La théorie du *forum non conveniens* en droit anglo-américain, op cit., p. 19.

123- Toutefois, il existe des cas exceptionnels dans lesquels le juge saisi peut exclure le choix du for désigné par les parties. Ce sont les cas d'injustice flagrante comme dans le cas où le demandeur ou le défendeur serait victime d'une discrimination devant le juge étranger pour des raisons politiques, raciales ou religieuses. Le juge saisi peut également exclure la compétence du tribunal élu au cas où cette compétence serait en contravention avec l'ordre public du juge saisi.

D'après l'opinion de certains auteurs, on doit excepter aussi le cas dans lequel la clause attributive de juridiction aboutit à un "forum shopping" flagrant, notamment lorsqu'il n'existe aucun lien entre le litige et le for désigné⁽¹⁴⁵⁾.

124- Cependant, cet opinion inadmissible, car le forum shopping n'est pas nécessairement lié à la désignation du for compétent, même si les parties ont désigné un for qui n'entretient aucun lien avec le litige. Nous avons mentionné tout de suite que le choix du for peut porter sur un choix "neutre".

La crainte d'exclure la clause attributive de compétence persiste lorsqu'on ouvre au juge saisi la porte du "forum shopping". Il s'ensuit que la détermination du forum conveniens, en présence d'une clause attributive de juridiction, doit être laissée aux parties et non pas au juge saisi. Il en découle qu'à l'exclusion des cas exceptionnels susindiqués, la clause attributive de compétence sera toujours valable et, pour autant, le juge est obligé de respecter le choix fait par les parties, et doit décliner sa compétence dès qu'il lui apparaît que les parties ont choisi expressément ou tacitement un tribunal étranger donné⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ Voir en ce sens, Christelle Chalas : L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé, op cit, p. 277.

⁽¹⁴⁶⁾ En ce sens, M. Chalas dit que : "L'approche proposée consiste à admettre que le for choisi par les parties est le for clairement plus approprié pour trancher le litige. Le juge suspendra sa compétence juridictionnelle, sauf si des circonstances exceptionnelles font que l'intérêt de la justice commande que le litige soit tranché par les tribunaux du for". Voir, Christelle Chalas : L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé, op cit, p.255. En même sens, P. Lagarde : Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, op cit., p. 147.

125- La pratique dans les pays de common law confirme le fait que la clause attributive de juridiction n'est pas compatible avec la théorie de forum non conveniens. Ainsi, l'Etat de New York a promulgué une loi du 19 juillet 1984 qui prévoit que lorsqu'un contrat porte sur plus de 250000 dollars⁽¹⁴⁷⁾, les parties peuvent s'accorder sur une clause du choix de la loi de l'Etat de New York et une clause donnant compétence aux tribunaux de cet Etat, même si le contrat est sans lien raisonnable avec New York. Il s'ensuit que les tribunaux de New York doivent se saisir de l'affaire et exclure pour autant l'utilisation du forum non conveniens⁽¹⁴⁸⁾.

Section II

Le rôle du tribunal saisi dans les pays de civil law

126- Pour la commodité de l'exposé, nous allons traiter successivement les questions suivantes : l'obligation de trancher le litige par le tribunal élu, Le rejet de la théorie de forum conveniens et de forum non conveniens comme un procédé général déterminant le tribunal compétent et la consécration limitée de la notion de forum non conveniens.

§ I. L'obligation de trancher le litige par le tribunal élu:

127- Dans les pays de civil law, les parties disposent d'une grande liberté dans le choix du tribunal compétent. Le principe d'autonomie de la volonté n'est pas limité par l'existence d'un lien quelconque entre le litige et le tribunal élu.

Or, on peut se demander si le principe de proximité ne joue aucun rôle dans les pays de civil law ? Nous avons mentionné que ce principe joue un rôle positif dans les pays de common law par le

⁽¹⁴⁷⁾ Selon une modification de la loi, ce montant s'élève maintenant à 1 million de dollars. Cette loi de l'Etat de New York s'interprète par le fait que " Il s'agit, d'un texte de circonstances, destiné à promouvoir New York comme place du commerce mondial". Voir, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 373 et s.

⁽¹⁴⁸⁾ Voir, P. Lagarde : Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, op cit., p. 147.

jeu de la théorie de forum conveniens et de forum non conveniens. Dans les pays de civil law le principe de proximité ne joue qu'un rôle négatif.

Ainsi, en droit allemand et en droit français, lorsque les parties choisissent un tribunal étranger on ne se soucie pas des titres de compétence du tribunal élu mais des titres de compétence du tribunal exclu lorsque celui-ci est saisi par l'une des parties. Lorsque la compétence du tribunal de for repose sur un chef fragile de compétence, les parties peuvent déroger à cette compétence par le choix d'un autre tribunal étranger. Autrement dit, le principe de proximité n'a pas un rôle positif pour justifier la compétence du tribunal élu, mais un rôle négatif qui consiste à justifier la dérogation à la compétence du tribunal de for.

Ainsi, selon l'article 38/2 de la loi allemande du 21 mars 1974: "La compétence d'un tribunal de première instance peut être convenue quand l'une des parties au moins n'a pas un for général de compétence en Allemagne fédérale".

Il s'ensuit, comme le dit M. Lagarde, que la validité de la clause dépend non pas du lien avec le for élu, mais de l'absence d'un certain lien avec le territoire allemand. Or, si les deux parties ont leur domicile en Allemagne, elles ne peuvent donner compétence à un tribunal étranger. Dans ce cas, le lien entre le litige et le territoire allemand est très fort. En revanche, si l'une des parties a son domicile à l'étranger, et il existe un tribunal allemand compétent selon un critère de compétence spéciale, les parties peuvent déroger à la compétence de celui-ci par la clause attributive de juridiction à un tribunal étranger⁽¹⁴⁹⁾.

Le droit français a connu un développement similaire de droit allemand de sorte que les parties ont le pouvoir de désigner un tribunal étranger et, donc, déroger à la compétence des tribunaux français dès qu'il apparaît que le lien entre la France et le litige est fragile⁽¹⁵⁰⁾. Nous avons mentionné auparavant à cet égard que les

⁽¹⁴⁹⁾ Voir, P. Lagarde : *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, op cit., p. 137 et s.

⁽¹⁵⁰⁾ A cet égard, l'on voit que l'approche négative de droit allemand et français ne se différencie pas beaucoup de l'approche anglaise reposant sur la =

parties peuvent déroger à la compétence française qui s'appuie sur la nationalité française (le privilège de juridiction) par l'accord de donner compétence à un tribunal étranger⁽¹⁵¹⁾.

S II. Le principe général : Le rejet de la théorie du forum non conveniens comme un procédé général déterminant le tribunal compétent.

128- La théorie de forum conveniens et de forum non conveniens repose sur des éléments d'opportunité. Si le tribunal élu par les parties est opportun, en raison des liens qu'elles entretiennent avec le litige, la clause attributive de juridiction est reconnue, et dans le cas contraire le tribunal saisi peut connaître le différend en néant la clause d'élection du for. Cette théorie très répandue dans les pays de common law est rejetée catégoriquement dans les pays de civil law parce que, comme nous l'avons mentionné, il n'est pas nécessaire qu'il existe un lien entre le litige et le tribunal choisi par les parties⁽¹⁵²⁾. Le refus de la théorie de forum non conveniens par les lois de civil law s'appuie sur plusieurs considérations, à savoir:

1- L'incompatibilité de la théorie de forum non conveniens avec la sécurité juridique:

129- Les parties, lorsqu'elles concluent une clause attributive de compétence, cherchent la sécurité juridique. Cette sécurité se réalise dans le cas où les parties ont la connaissance, à l'avance,

= théorie de *forum non conveniens* : " Néanmoins, il faut convenir que les approches française et anglaise des clauses dérogeant à la compétence des tribunaux nationaux n'apparaissent pas si différentes : la seconde a simplement le tort, mais il est important, de concevoir trop largement ce qui peut être considéré comme la sphère d'impérativité des tribunaux anglais, en l'étendant à tous les cas où les tribunaux nationaux constituent le for naturel du litige". Voir, Christelle Chalas : L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé, op cit, p.516.

⁽¹⁵¹⁾ Voir en détail, P. Lagarde : Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, op cit., p. 138 et ss.

⁽¹⁵²⁾ Cela concerne bien entendu les questions des relations internationales privées. Or, pour ce qui concerne les questions de compétence interne, le conflit de compétence peut être tranché par un organe judiciaire tel que le "tribunal des conflits" qui peut décider de refuser de référer le litige à un tribunal donné ou de trancher lui-même le fond du litige". Voir, S. Sucharitkul in : Annuaire de l'Institut de Droit International, 2003, p. 70.

d'une part des règles de rattachement qui s'appliquent à leur relation et, d'autre part, du tribunal qui va trancher leur litige. Il est bien connu que le principe d'autonomie de la volonté est un principe bien admis universellement en matière de compétence législative. Dans ce domaine, les parties ont le libre choix de la loi applicable sans l'exigence d'aucun lien entre le litige et la loi applicable élue. La même considération s'impose en matière de compétence juridictionnelle⁽¹⁵³⁾. Nous observons que la reconnaissance du principe d'autonomie de la volonté en ce qui concerne le choix du tribunal compétent a une influence directe sur la détermination de la loi applicable au fond du litige dans le cas où les parties avaient abstenu de déterminer la loi applicable. Dans ce cas, le tribunal choisi par les parties détermine lui-même la loi applicable selon les règles de rattachement de la loi du for élu⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁵³⁾ Il est à noter toutefois que dans les pays de *civil law*, le principe de proximité est observé et respecté d'une manière rigoureuse en matière de compétence législative. En revanche, en matière de compétence juridictionnelle " il n'est pas nécessaire que la relation soit principalement localisée dans le sort du for. Les règles de compétence territoriale peuvent admettre une souplesse et des options qui ne conviennent pas aux règles de conflit de lois" Voir, Bernard Audit : *Le droit international privé en quête d'universalité*, op cit., p. 375 et s. En même sens, H. Batiffol : *Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative*, in : Henri Batiffol : *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976, p.311.

En revanche, en matière de compétence judiciaire, il est remarquable de souligner que : " On conçoit en effet qu'aucun chef de compétence conventionnel n'étant exorbitant même si les rattachements retenues ne correspondent pas toujours aux liens les plus étroits entre le juge et le litige, l'insécurité qu'engendrerait l'admission dans ce contexte du *forum non conveniens* serait un prix trop élevé à payer pour assurer l'adéquation parfaite entre le for et la contestation. Par ailleurs, en matière de compétence internationale, les principes généraux régissant ces derniers enseignent que le principe de proximité se contente en ce domaine (et à la différence de celui du conflit de lois) d'un lien simplement substantiel entre le juge et la contestation, qui n'est pas nécessairement le plus caractérisé". Voir, Horatia Muir-Watt: *Droit judiciaire international, Qui a peur de la compétence exorbitante*, *Justices : Revue générale de Droit Processuel*, no II, 1995, p. 340. En même sens, Konstantinos Kerameus : *La compétence internationale en matière délictuelle dans la Convention de Bruxelles*, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1992-1993, p. 265.

⁽¹⁵⁴⁾ C'est dans ce sens que M. Fragistas écrit : " En effet, les accords des parties sur la compétence internationale, une fois considérés comme valables, =

2- L'incompatibilité de la théorie de forum non conveniens avec les besoins du commerce international:

130- Infirmier et limiter le principe d'autonomie de la volonté par l'utilisation de la théorie du forum non conveniens ne sera pas compatible avec les besoins du commerce international. En réalité, le développement des relations du commerce international exige indubitablement le respect du choix fait par les parties non seulement pour la loi applicable mais également pour le tribunal compétent. Lorsque, par le jeu de forum non conveniens, on exclut la compétence du tribunal élu et on désigne un autre tribunal jugé plus conveniens, celui-ci peut être un tribunal non qualifié dans le type de commerce du rapport juridique concerné, de sorte que ce tribunal peut appliquer la loi applicable d'une manière incorrecte.

Ainsi, lorsque, par exemple, dans une affaire de droit maritime les parties désignent les tribunaux anglais pour résoudre leur litige, ce choix est significatif pour les parties parce qu'il est un choix conscient en raison du fait que les tribunaux anglais sont spécialisés dans ce type de différends. Pour cela, l'exclusion du choix ainsi déterminé par les parties sera en contravention avec les besoins du commerce international.

C'est la raison pour laquelle au sein du système des pays de common law, il existe des cas où l'on refuse le jeu de la théorie de forum non conveniens en présence d'une clause attributive de compétence. C'est le cas par exemple de la loi de l'Etat de New York du 19 juillet 1984⁽¹⁵⁵⁾.

= ne se bornent pas à fixer le pays dans lequel le procès se déroulera, mais déterminent en même temps, implicitement, les règles de conflit que le juge y appliquera. Il est évident que le juge de chaque Etat applique les règles de conflit de l'Etat auquel il appartient. Il s'ensuit que la possibilité pour les parties de choisir les juges devant lesquels leur litige sera porté, conduit de façon implicite au choix des règles de conflit qui y seront appliquées. Or, les règles de conflit n'étant pas partout les mêmes, le choix de la juridiction peut influencer le droit substantiel applicable au fond de l'affaire. L'importance du problème ne se limite donc pas dans le domaine de la procédure; elle s'étend aussi au domaine du droit substantiel". Voir, N. Fragistas : La compétence internationale en droit privé, RCADI, tome 104, 1961, p. 234.

⁽¹⁵⁵⁾ *Vide supra*. En fait, l'Etat de New York a promulgué une loi du 19 juillet 1984 selon laquelle lorsqu'un contrat porte plus de 250000 dollars, les parties peuvent stipuler une clause de choix de la loi de l'Etat de New York et une clause attribuant compétence aux tribunaux de cet Etat, même si =

3- L'incompatibilité de la théorie de forum non conveniens avec la Convention de Bruxelles et le règlement européen:

131- Le système de compétence judiciaire dans les pays de common law repose sur des chefs de compétence flexibles. A côté du cas où la compétence des tribunaux anglais s'appuie sur l'assignation du défendeur sur le territoire, il existe des autres cas dans lesquels le demandeur peut attirer le défendeur se trouvant à l'étranger devant un tribunal de for anglais dans des cas énumérés dans l'Order XI. Dans pareil cas le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire: il peut être compétent lorsqu'il estime qu'il est un forum conveniens et au contraire peut décliner sa compétence lorsqu'il estime qu'il est un forum non conveniens.

Il convient de souligner ici que l'Angleterre comme une partie à la Convention de Bruxelles ne doit pas utiliser la théorie de forum non conveniens lorsque l'un des chefs énumérés dans la Convention est applicable. Ainsi, d'une part dans les rapports intercommunautaires la Convention de Bruxelles interdit le jeu de forum non conveniens. Si le juge anglais est compétent d'après la Convention de Bruxelles alors qu'il estime qu'il est non conveniens et le juge français est mieux placé pour connaître le différend, il ne doit pas décliner sa compétence⁽¹⁵⁶⁾.

132- La question de l'applicabilité du forum non conveniens dans la Convention de Bruxelles a été abordée par la chambre des Lords dans l'affaire Airbus Industrie, rendu en 1998. La haute juridiction a souligné que la Convention de Bruxelles repose sur des chefs de compétence "bien définis" en vertu d'un système qui se caractérise par sa "rigidité". Ce système est parfois une source d'injustice et de solutions inopportunes, relève la haute juridiction,

= le contrat est sans lien raisonnable avec New York. V. P. Lagarde: Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, op cit, p. 147.

⁽¹⁵⁶⁾ Il est à noter que selon l'article 49 de *Civil Jurisdiction and Judgments Act* de 1982 qui a introduit la Convention de Bruxelles en droit anglais, les tribunaux du Royaume-Uni peuvent continuer à refuser de statuer en invoquant le *forum non conveniens* à condition que cela ne soit pas incompatible avec la Convention". Voir, Hélène Gaudemet-Fallon : Le forum non conveniens , une menace pour la convention de Bruxelles ? op cit., p. 500.

mais les juges du Royaume-Uni doivent accepter ce fait, car le but premier de la Convention est d'éviter tout conflit entre les juridictions des Etats membres des communautés.

De ces éléments, la Chambre des Lords déduit que la doctrine du forum non conveniens ne reçoit aucune application entre les Etats parties à la Convention de Bruxelles⁽¹⁵⁷⁾.

L'arrêt *Lubbe v. Cape plc.*, rendu le 20 juillet 2000, a donné l'occasion à la Chambre des Lords de confirmer ses doutes sur la légalité de l'arrêt *Harrods*, même si la haute juridiction a estimé qu'il était inutile dans cette affaire, de saisir la Cour de justice.

En l'espece, les tribunaux anglais ont été saisis par des victimes sud-africaines d'une exposition à l'amiante, qui était consécutive aux activités de la filiale sud-africaine d'une société anglaise. L'action étant dirigée contre cette dernière, la compétence des tribunaux anglais était établie sur la base de l'article 2 de la Convention de Bruxelles. L'exception de forum non conveniens fut soulevée par la défenderesse, qui faisait valoir que les tribunaux sud-africains étaient clairement plus appropriés pour connaître des actions. Les parties ont débattu devant la Chambre des Lords la question de savoir si l'article 2 de la Convention de Bruxelles fait obstacle à un dessaisissement en faveur des tribunaux sud-africains. La Chambre des Lords a estimé qu'il était inutile de résoudre ce problème dans le cas d'espece dès lors qu'en toute hypothèse, l'application du forum non conveniens ne pourrait conduire à un dessaisissement en l'espece, car le for alternatif en Afrique du Sud n'était pas accessible aux victimes en raison de l'impossibilité d'obtenir dans ce pays une aide juridictionnelle.

Une nouvelle affaire *Owusu v. Jackson*, plaidée au cours du premier semestre 2002 devant la Cour d'appel de Londres a donné l'occasion à la Cour de justice de trancher la controverse. En l'espece, le litige était dû à un accident survenu en Jamaïque lors d'une baignade sur la plage privée d'une villa-hotel louée par la victime, résident en Angleterre. Une action en dommages intérêts

⁽¹⁵⁷⁾ Voir, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 234.

pour négligence fut introduite contre le bailleur de la villa, domicilié en Angleterre, ainsi que contre plusieurs sociétés jamaïcaines qui intervenaient aux titres de propriétaire ou de responsable de l'entretien de la plage. La question s'est posée de savoir si la compétence des tribunaux anglais au regard du défendeur domicilié en Angleterre, fondée sur l'article 2 de la Convention de Bruxelles, pouvait être déclinée en faveur des tribunaux jamaïcains.

Par un arrêt du 19 juin 2002, la Cour d'appel de Londres a décidé de saisir, à titre préjudiciel, la Cour de justice de cette question: est-ce qu'il n'est pas incompatible avec la Convention de Bruxelles que la juridiction d'un Etat contractant décline sa compétence fondée sur l'article 2 de la Convention en faveur des tribunaux d'Etats non contractants, par application du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par son droit national, dans le cas où l'affaire ne présente aucun lien avec les autres Etats contractants⁽¹⁵⁸⁾.

133- Il est à noter que, même dans les cas concernant les rapports avec les Etats tiers non contractants, le forum non conveniens est hors jeu dès que le domicile du défendeur existe sur le territoire d'un Etat contractant. Dans ce sens, l'article 2 de la Convention de Bruxelles dispose que : " Les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat".

Dans le même ordre d'idées, la Commercial Court du Queen's avait estimé, dans deux arrêts du 27 novembre 1989 et du 24 janvier 1990, que : " Si le défendeur était domicilié au Royaume-Uni, et donc que le juge anglais était compétent en vertu de l'article 2 de la Convention de Bruxelles, ce juge n'avait pas le pouvoir de se dessaisir au motif qu'un tribunal des Etats-Unis était le tribunal approprié (for convenient)"⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ Voir cet arrêt in, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 258 et s.

⁽¹⁵⁹⁾ Voir ces arrêts in : Hélène Gaudemet-Tallon Le forum non conveniens, une menace pour la convention de Bruxelles ? op cit., p. 491 et ss.

134- La théorie de forum non conveniens est incompatible avec l'article 17 et 18 de la Convention de Bruxelles, qui consacrent le principe d'autonomie de la volonté.

Ainsi, dans l'affaire Tuner v. Grovit en décembre 2001, the House of Lords a décidé de référer à la Cour européenne la question suivante "Est-il conforme à la convention de Bruxelles pour les Cours de Royaume-Uni d'adopter des ordres contre des défendeurs qui menacent de commencer ou de continuer des procédures légales dans un autre pays partie lorsque ces défendeurs agissent de mauvaise foi dans l'intention et le but de faire échec aux procédures devant les tribunaux anglais?"⁽¹⁶⁰⁾.

Pour ce qui concerne tout d'abord l'article 17, lorsqu'il y a une clause attributive de juridiction au profit d'un tribunal anglais et les conditions de l'article 17 sont réunies, le tribunal anglais ne pourrait pas utiliser le forum non conveniens pour décliner sa compétence. Le forum non conveniens est en contravention avec la volonté exprimée par les parties et avec l'article 17 qui considère la clause attributive de compétence comme un chef de compétence exclusif. Toutefois, selon les tribunaux anglais, la clause attributive de juridiction n'est pas impérative.

D'après l'article 18, le forum non conveniens ne doit pas être utilisé lorsque le procès est introduit devant un tribunal et que le défendeur comparait sans contester la compétence. Il existe ici une volonté implicite par les parties de soumettre leur litige à un tribunal donné, et c'est une raison suffisante pour que le forum non conveniens ne soit pas utilisé⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ Voir, Arnaud Nuyts: L'exception de forum non conveniens (étude de droit international privé comparé), op. cit., p. 258 et s.

⁽¹⁶¹⁾ Toutefois, l'on estime qu'il existe des différences fondamentales entre l'article 17 et l'article 18. Selon cet opinion le *forum non conveniens* peut être utilisé si l'article 18 est applicable car " force est de constater que la compétence reposant sur l'article 18 a sensiblement moins de force que celle reposant sur l'article 17 : elle n'est pas exclusive et, de plus, il n'y a aucune condition de domicile de l'une des parties sur le territoire d'un État contractant. Si un américain domicilié à New York assigne un japonais domicilié à Tokyo devant les tribunaux anglais et que le défendeur ne conteste pas la compétence anglaise, il ne nous paraîtrait pas choquant =

135- Le système de compétence dans les pays de civil law est un système rigide s'appuyant sur des chefs de compétence objectifs. Il s'ensuit qu'en face d'un chef de compétence objectif dans les pays de common law le juge peut décliner sa compétence lorsqu'il estime qu'il constitue, dans le cas concret, un forum non conveniens, tandis que dans le système de civil law le juge ne peut en principe décliner sa compétence. Le rôle du juge dans le système civiliste est de rechercher s'il est compétent ou non à la lumière des chefs de compétence énumérés dans sa propre loi ou dans la Convention de Bruxelles.

Lorsque le juge constate qu'il est compétent selon un chef de compétence déterminé, il ne se préoccupe pas du fait que sa compétence est une compétence appropriée ou non. Ce n'est pas le rôle du juge : son rôle se borne à rechercher les chefs de compétence préexistants sans qu'il soit investi d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard, et pour autant en matière de clause attributive de juridiction, le juge civiliste respecte le choix effectué par les parties quel que soit le lien qui existe entre leur différend et le for élu, voire même lorsqu'il n'existe aucun lien.

Le système basé sur des chefs de compétence rigide est en parfaite conformité avec la prévisibilité et avec l'attente légitime des parties et également avec les préceptes de la Communauté européenne qui n'autorise pas d'une manière générale le pouvoir discrétionnaire du juge⁽¹⁶²⁾.

= que le tribunal anglais refuse de statuer au motif qu'il n'est pas le for convenient. Le rattachement à la Communauté européenne est faible : la volonté des parties ne s'est manifestée qu'au moment du litige et seulement tacitement. Tout ceci pourrait justifier que le forum non conveniens soit utilisé contre une compétence fondée sur l'article 18 et non contre une compétence fondée sur l'article 17". Voir, en détail, Hélène Gaudemet-Tallon : Le " forum non conveniens", une menace pour la convention de Bruxelles ? (A propos de trois arrêts anglais récents), op cit., p.514 et s.

(162) Pour autant, on dit que: "On peut douter que le *forum non conveniens* soit compatible avec le droit communautaire de la compétence juridictionnelle notamment si l'on regarde le considérant 11 du Règlement 44/2001 qui affirme que (les règles de compétence doivent présenter un degré de prévisibilité et s'articuler autour de compétence de principe du domicile du défendeur qui doit toujours être disponible) on peut légitimement se demander si l'application de cette doctrine ne va pas directement à =

Ainsi, le préambule du règlement communautaire no 44 de 2001 qui a été substitué à la Convention de Bruxelles déclare que: "Les règles de compétence doivent présenter un haut degré de prévisibilité"⁽¹⁶³⁾.

Le juge civiliste lorsqu'il décline sa compétence ne s'appuie pas sur le fait qu'il est un forum non conveniens, mais sur le fait que les clauses d'appliquer le chef de compétence retenu ne sont pas réunies.

En présence d'une clause attributive de compétence le juge dans les pays de civil law qui applique sa loi ou une règle de compétence conventionnelle, ne peut décliner sa compétence sous prétexte qu'il n'est pas mieux placé pour connaître le différend et qu'il existe un autre tribunal plus conveniens. Nous avons déjà indiqué que la jurisprudence française reconnaît la licéité des clauses attributives de juridiction en matière des relations privées internationales dès que la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française. Il existe donc une "incompatibilité fondamentale entre clause attributive de juridiction et forum non conveniens"⁽¹⁶⁴⁾.

= l'encontre des principes que l'on veut sauvegarder et des droits que l'on veut protéger en admettant les actions civiles pour violation des droits de l'homme. En l'état actuel de notre réflexion, nous pensons donc que, en droit communautaire, une telle doctrine ne devrait pas être accueillie dans notre matière. Cette conclusion n'est pas nuancée par le fait que le for alternatif serait situé hors du territoire communautaire. A notre avis, en effet, c'est tout le contraire puisque, dans ce cas, les garanties représentées par le droit communautaire sont absentes si l'on renvoie l'affaire à une juridiction hors du territoire de l'Union". Voir, Catherine Kessedjian : Les actions civiles pour violation des droits de l'homme, aspects de droit international privé, Travaux du Comité français de droit international privé, 2002-2004, Paris, A. Pedone, 2005, p. 166.

(163) Voir, Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Clunet, 2001, p. 1084.

(164) C'est dans ce sens que Mme Hélène Gaudemet-Tallon dit que: "Que la théorie de *forum non conveniens* n'ait aucune place au regard des prorogations de compétence ne doit pas étonner. Lorsque la volonté des parties est intervenue de façon licite pour désigner le tribunal compétent elle doit logiquement être respectée sous peine de priver de tout intérêt les clauses attributives de juridiction dont on reconnaît unanimement les bienfaits dans l'ordre international. D'ailleurs même aux Etats-Unis, =

136- En outre, le respect de la volonté des parties exprimée dans la convention attributive de juridiction s'accorde avec ce qui est reconnu en matière d'arbitrage. La clause d'arbitrage exclut la compétence des tribunaux étatiques.

C'est dans ce sens que l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile française, du 12 mai 1981, dispose que: "Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitrale est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente". Personne ne dit, même dans les pays de common law, que le juge a un pouvoir discrétionnaire en présence d'une clause d'arbitrage. La même réponse s'impose par analogie pour la clause attributive de juridiction⁽¹⁶⁵⁾.

= pays dans lequel la théorie du *forum non conveniens* est bien reçue, il semble qu'elle doit être écartée en présence d'une prorogation volontaire de compétence". Voir: Hélène Gaudemet-Tallon: Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : *forum non conveniens, lis pendens*, op cit., p. 432. En même sens, P. Lagarde: Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, cours général de droit international privé, op cit., p.147; César E. Dubler: Les clauses d'exception en droit international privé, op cit., p. 200.

(165) L'analogie avec la clause d'arbitrage nous conduit également à accepter la clause attributive de juridiction même dans le cas où le seul élément d'extranéité serait le choix par les parties d'un tribunal étranger. A cet égard M. Rigaux dit que: "Quand la clause d'élection de for est l'unique élément d'extranéité introduit dans le contrat par tous ses autres éléments doivent-ils se déclarer incompétents ? Il est notable que ni la Convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les clauses d'élection de for ni l'article 17 de la Convention CEE du 27 septembre 1968 n'ont explicitement réglé la question. La réponse dépend de l'étendue attribuée au principe dispositif selon l'ordre juridique du pays dont un tribunal est saisi en dépit de la clause d'élection de for. Les règles de droit interne applicables à l'arbitrage peuvent aussi être invoquées sur ce point : si un litige peut être valablement soustrait aux juridictions d'un Etat en vertu d'une clause d'arbitrage, pourquoi la clause attribuant compétence à un tribunal étranger ne pourrait-elle pas avoir le même effet ? Dans les matières dont les parties peuvent librement disposer, le droit matériel interne applicable à une situation juridique homogène ne saurait faire obstacle à l'effet dérogoire de la clause d'élection de for". Voir, François Rigaux : Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, op cit., p.172 et s.

§ III. Les exceptions : La consécration limitée de la notion de forum conveniens et de forum non conveniens par certains pays de civil law.

137- La théorie de forum non conveniens se manifeste non seulement dans les pays de common law, mais elle a commencé à susciter certains intérêts dans les pays de civil law, notamment en Allemagne⁽¹⁶⁶⁾.

Certains auteurs rapprochent la notion de forum non conveniens de la clause d'exception en matière de conflit des lois. Mais les effets se distinguent dans les deux cas : en matière de droit applicable, par la clause d'exception, le juge peut imposer l'application de la loi du for à la place d'une loi étrangère ou l'inverse et peut également appliquer une loi étrangère à la place d'une autre loi étrangère. Mais dans le cadre de la notion du forum non conveniens le juge ne peut que décliner sa compétence, il ne peut imposer aux tribunaux d'un autre Etat de trancher le litige. Pour autant, avant de décliner sa compétence, le juge doit s'assurer que le demandeur peut présenter sa demande devant la juridiction d'un autre Etat. Le déni de justice limite donc le forum non conveniens. C'est la raison pour laquelle, afin d'éviter le déni de justice, la pratique, notamment aux Etats-Unis, se limite parfois à suspendre le procès jusqu'à ce que le demandeur ait présenté sa demande devant un autre tribunal⁽¹⁶⁷⁾.

Les règles de compétence sont des règles unilatérales et cela est applicable en matière de forum non conveniens. Le juge ne peut intervenir que de manière négative. Lorsqu'il lui paraît qu'il n'est pas le for convenable pour connaître l'affaire, il peut décliner sa compétence ou suspendre le procès, mais il n'a pas le droit de désigner le for compétent.

138- La doctrine dominante dans le système de civil law s'accord sur le fait que la théorie de forum non conveniens est

⁽¹⁶⁶⁾ Voir, César E. Dubler : Les clauses d'exception en droit international privé, op cit., p. 191.

⁽¹⁶⁷⁾ Voir en ce sens, César E. Dubler : ibid, p. 194 et s.

incompatible avec la clause attributive de compétence. Le principe d'autonomie de la volonté donne aux parties le droit de désigner le tribunal compétent, et lorsque on donne au tribunal un certain pouvoir discrétionnaire en présence d'une clause attributive de juridiction on met en échec ce principe. C'est dans ce sens que M.Chalas écrit que: "Le pouvoir modérateur du juge va directement à l'encontre de la possibilité qui est donnée aux parties, par le moyen d'une clause attributive de juridiction, de s'accorder sur le choix d'un tribunal qui leur convient, que ce soit à raison de l'expérience particulière qu'il a des problèmes soulevés par certains types de contrats ou à raison de la neutralité que sa position lui assure dans le règlement du litige"⁽¹⁶⁸⁾.

Or, si la doctrine rejette la théorie de forum non conveniens en tant que procédé général, elle accepte l'application ou la prise en compte de cette théorie d'une manière limitée, ou comme une clause d'exception permettant aux tribunaux de se dessaisir "lorsque leur compétence souvent exorbitante, est à ce point contraire au principe de proximité qu'elle équivaut à priver le défendeur d'un procès juste et équitable"⁽¹⁶⁹⁾.

⁽¹⁶⁸⁾ Voir, Christelle Chalas : *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, op cit, p.511. En même sens : César E. Dubler : *Les clauses d'exception en droit international privé*, op cit., p. 250 et s; P. Lagarde : *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, cours général de droit international privé*, op cit., p.147; Hélène Gaudemet-Tallon: *Le "forum non conveniens", une menace pour la convention de Bruxelles ? (A propos de trois arrêts anglais récents)*, op cit., p.512 et s; A.V.M. Struycken: *Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé*, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1986-1987, p. 124; Pascal de Vareilles-Sommières : *Le forum shopping devant les juridictions françaises*, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1998-1999, p. 59; Georges A.L.Droz: *Les droits de la demande dans les relations privées internationales*, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1993-1994, p. 104.

⁽¹⁶⁹⁾ Voir, P. Lagarde: *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, cours général de droit international privé*, op cit., p.155 et s; en même sens, Hélène Gaudemet-Tallon: *Le " forum non conveniens", une menace pour la convention de Bruxelles? (A propos de trois arrêts anglais récents)*, op cit., p. 523 et s.

Ainsi, en matière de litispendance le forum non conveniens peut donner des solutions satisfaisantes. Le tribunal saisi premièrement peut se dessaisir s'il estime que l'autre tribunal saisi en deuxième lieu est plus et mieux qualifié pour connaître le litige en raison des liens qu'elle entretient avec le différend.

139- L'analyse de droit comparé nous donne quelques exemples de la prise en considération de la théorie du forum non conveniens, même si cette terminologie n'est pas assez utilisée, au sein du système de civil law, à savoir:

A) En Allemagne:

140- Un arrêt de la Cour d'appel de Francfort du 15 novembre 1982 a consacré la notion du forum non conveniens en matière d'adoption. Aux termes de cet arrêt : "La doctrine du forum non conveniens, qui provient du droit américain et qui, jusqu'à présent, s'est développée particulièrement de protection juridique dans le droit processuel international et signifie qu'il peut être exigé de parties étrangères qu'elles portent leur litige devant les tribunaux de leur Etat national quand cela coïncide avec les intérêts bien compris de toutes les parties"⁽¹⁷⁰⁾.

B) En Belgique:

141- Le nouveau Code de droit international privé du 16 juillet 2004 contient dans son article 6/2 la disposition suivante : " Le juge belge choisi par les parties peut décliner sa compétence lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le litige ne présente aucun lien significatif avec la Belgique".

L'article 6/1 et l'article 7 ont consacré le principe d'autonomie de la volonté en matière de compétence juridictionnelle tant pour la prorogation que pour la dérogation. La prorogation volontaire peut se déduire de la comparution du défendeur⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ Voir cet arrêt in, P. Lagarde: Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, cours général de droit international privé, op cit, p. 152.

⁽¹⁷¹⁾ Voir, Jean-Yves Carlier : Le Code belge de droit international privé, Revue critique de droit international privé, 2005, p. 24 et s.

S'inspirant de l'article 3 du droit international privé suisse, l'article 11 du droit belge consacre la compétence des tribunaux belges lorsque " la cause présente des liens étroits avec la Belgique et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou déraisonnable". Cette disposition, qui constitue une clause d'exception, consacre la notion du for de nécessité.

C) En Suisse:

142- Lors des discussions préparatoires concernant l'adoption de la loi fédérale suisse sur le droit international privé de 1987, Kurt Siehr a proposé l'introduction d'une clause d'exception à la compétence des tribunaux suisses comme suit "Le juge suisse peut renoncer à sa compétence quand les parties ont un accès facile aux tribunaux d'un autre Etat et que celui-ci est mieux placé pour rendre justice aux parties, ou bien quand il est le tribunal de l'Etat dont le droit est applicable au litige en vertu des règles de cette loi. Cette disposition n'est pas applicable quand la compétence suisse a été choisie"⁽¹⁷²⁾.

L'introduction d'une clause d'exception générale a été rejetée en matière de conflit de compétence tandis qu'elle a été acceptée en matière de conflit des lois. Ainsi, l'article 15 de droit international privé suisse dispose que "(1) Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit, et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit. (2) Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit".

Si une clause d'exception générale a été rejetée, on voit qu'une clause d'exception limitée a été prévue. La loi suisse concernant le droit international privé du 18 décembre 1987, après avoir consacré dans son article 5/1 le droit des parties de choisir le tribunal compétent, a indiqué, dans l'alinéa 3 de cet article, que "le tribunal élu peut décliner sa compétence dans les cas où aucune partie n'a son domicile, sa résidence ou son établissement dans le canton du

⁽¹⁷²⁾ Voir, Arnaud Nuyts : *L'exception de forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 211 et s.

tribunal concerné et que le droit suisse n'est pas applicable au litige"⁽¹⁷³⁾.

D) Aux Pays-Bas:

143- Dans le passé, la jurisprudence néerlandaise ne donnait pas à l'autonomie de la volonté des parties le droit de déterminer le tribunal compétent. En Hollande, la compétence internationale ne peut se fonder que sur la loi⁽¹⁷⁴⁾. L'exclusion de la clause attributive de juridiction a été expliqué par le fait que les règles relatives à la juridiction sont d'ordre public, et que la volonté des parties ne peut pas décider de l'étendue de cette juridiction⁽¹⁷⁵⁾.

L'arrêt du premier février 1985 dans l'affaire *Piscator*, rendu par le Hoge Raad a reconnu la licéité des clauses attributives de compétence à condition qu'un intérêt raisonnable existe entre le litige et le tribunal néerlandais. La notion d'intérêt raisonnable s'interprète selon les tribunaux néerlandais d'une façon large de sorte qu'il est difficile, à l'exception du cas de fraude, d'imaginer qu'un tribunal décline sa compétence parce que l'intérêt raisonnable fait défaut⁽¹⁷⁶⁾.

Il n'existe pas aucune trace dans l'ancien droit hollandais, d'un mécanisme spécifique qui permettrait au juge saisi d'un litige de décliner sa compétence pour des motifs d'opportunité.

Il ne faut pas exclure, toutefois, une certaine influence du modèle hollandais à cet égard. Les juges écossais ont été influencés par le principe de *Comitas gentium* dégagé par les auteurs de droit international public hollandais du XVIII^e siècle. L'une des toutes

⁽¹⁷³⁾ Aux termes de l'article 5/3 de droit international privé suisse: "Le tribunal élu ne peut décliner sa compétence:

a) si une partie est domiciliée, a sa résidence habituelle ou un établissement dans le canton où il siège, ou

b) si, en vertu de la présente loi, le droit suisse est applicable au litige".

⁽¹⁷⁴⁾ "Voir, N. Fragistas : La compétence internationale en droit privé, op cit., p. 241.

⁽¹⁷⁵⁾ Voir, Jerzy Jedlowski : Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière privé, RCADI, tome 143, 1974, p. 529.

⁽¹⁷⁶⁾ Voir, Christelle Chalas : L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé, op cit, p. 513.

premières décisions qui se trouvent à l'origine de la doctrine du forum non conveniens en Ecosse est explicitement fondée sur le principe de *Comitas gentium*. En déclinant sa compétence en faveur du juge siégeant dans un autre Etat, le juge écossais prend en compte la compétence étrangère et l'intérêt à ce que le litige soit tranché par les juridictions étrangères⁽¹⁷⁷⁾.

L'article 429 c/2, du Code de procédure civile néerlandais dispose que : " Le juge n'a pas de pouvoir de juridiction lorsque la requête est sans attache suffisante avec la sphère juridique des Pays-Bas". Ce texte est souvent invoqué par la doctrine comme une consécration de la théorie du forum non conveniens⁽¹⁷⁸⁾.

E) Au Québec:

144- Depuis l'entrée en vigueur du Code civil du Québec de 1991, la compétence internationale des tribunaux québécois est déterminée par un ensemble complet de règles inspirés directement du modèle romano-germanique des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Pour la commodité de l'exposé, nous allons rappeler les deux points suivants:

i- Le rejet de la théorie du forum non conveniens avant la réforme du Code civil en 1991:

145- Un arrêt de la Cour suprême du Canada de 1977, a consacré l'approche anglaise en vertu de laquelle le dessaisissement s'impose lorsqu'il est établi qu'un autre tribunal est clairement plus approprié pour connaître de la cause.

L'incorporation du forum non conveniens en droit canadien anglais a soulevé très tôt la question de savoir si ce mécanisme était applicable également dans la province du Québec. Cette question a fait l'objet de vives controverses. Selon une première thèse, les

⁽¹⁷⁷⁾ Voir, Arnaud Nuyts : *L'exception de forum non conveniens (étude de droit international privé comparé)*, op cit., p. 146 et s.

⁽¹⁷⁸⁾ Toutefois M. Droz voit que ce texte ne permet pas un exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle car "tout ce que peut faire le tribunal c'est apprécier si les conditions de sa compétence sont réunies : dans l'affirmative, il est compétent, dans la négative, il doit se déclarer incompétent". Voir, Réponse de M. Georges A. L. Droz : *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 2003, p. 63.

principes généraux de la common law, dont ferait partie la doctrine du forum non conveniens, sont applicables à la procédure civile québécoise sauf indication législative explicite en sens contraire. Une autre thèse a soutenu que les règles de compétence convenue dans le Code de procédure civile sont d'ordre public, et que lorsqu'elles confèrent compétence à un tribunal, celui-ci est tenu de l'exercer sans pouvoir se dessaisir de la contestation.

Par un arrêt de 1986, la Cour d'appel du Québec a retenu cette dernière thèse, jugeant que "dans l'état actuel du droit la doctrine du forum non conveniens ne trouve pas à s'appliquer en droit du Québec". La réforme de 1991 du Code civil du Québec a mis fin à toute discussion en consacrant par voie législative la doctrine du forum non conveniens en droit québécois⁽¹⁷⁹⁾.

ii- L'admission de la théorie du forum non conveniens après la réforme du Code civil en 1991:

146- Le Code civil a introduit une clause d'exception concernant la théorie du forum conveniens et de forum non conveniens⁽¹⁸⁰⁾. Ainsi, l'article 3135 permet au tribunal québécois de décliner sa compétence si elle estime que les tribunaux d'un autre Etat sont mieux placés pour connaître le différend.

L'article 3135 du Code civil de Québec de 1991 dispose que: "Bien qu'elle soit compétente pour connaître d'un litige, une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d'une partie, décliner cette compétence si elle estime que les autorités d'un autre Etat sont mieux à même de trancher le litige".

Selon le commentaire du ministre de la justice sur l'article 3135, "en vertu du forum non conveniens, le tribunal peut décliner sa compétence quand il juge que les intérêts de la justice seraient mieux servis si l'affaire dont est saisi était instruite par un autre tribunal". Ce critère est très proche de celui de l'arrêt anglais

⁽¹⁷⁹⁾ Voir en détail, Arnaud Nuyts : *L'exception de forum non conveniens (étude de droit international privé comparé)*, op cit., p. 193 et s.

⁽¹⁸⁰⁾ Voir, J.G.Gastel : *Commentaire sur certaines dispositions du Code civil du Québec se rapportant au droit international privé*, Clunet, 1992, p. 625 et ss; Ethel Groffier : *La réforme du droit international privé québécois*, Revue critique de droit international privé, 1992, p. 584 et ss.

Spiliada, en vertu duquel le juge peut décliner sa compétence lorsqu'il y a lieu d'estimer qu'il existe un autre for plus adéquat au regard des intérêts de toutes les parties et des fins de la justice.

Le ministre de la justice a indiqué que l'article 3135 ne s'applique que dans des "cas exceptionnels". Il dit ceci: "pourraient donner lieu à ces cas exceptionnels, les considérations suivantes : la disponibilité des témoins, l'absence de familiarité de l'autorité appelée à trancher le litige avec le droit applicable, la faiblesse du rattachement du litige à cette autorité, le litige se trouvant en relation beaucoup plus étroite avec les autorités d'un autre Etat".

147- En 1996, la Cour d'appel du Québec a déclaré que: le juge peut arrêter la procédure, lorsqu'il "conclut que le défendeur a établi clairement... qu'une Cour étrangère ou celle d'une autre province constitue un forum mieux approprié". La limitation prévue à l'article 3135 relative au caractère exceptionnel du dessaisissement a été interprétée de façon large "le terme exceptionnel signifie seulement qu'il y a lieu de démontrer que le tribunal alternatif est clairement un for plus approprié pour connaître de la contestation.

La Cour suprême du Canada s'est prononcée pour la première fois sur l'application de l'article 3135 du Code civil québécois dans un arrêt du 6 décembre 2002. La Cour a déclaré qu'« en n'accordant aucune considération à l'exigence du caractère exceptionnel, les tribunaux peuvent volontairement créer de l'incertitude et de l'inefficacité dans les affaires où des questions de droit international privé se posent, entraînant du coup des frais plus élevés pour les parties ... une telle incertitude pourrait gravement compromettre les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité, principes mêmes dont les règles du droit international privé sont supposées favoriser la mise en œuvre"⁽¹⁸¹⁾.

148- l'article 3136 permet au tribunal québécois non compétent de se saisir de l'affaire lorsqu'il lui paraît que l'introduction de l'action est impossible à l'étranger à condition qu'un lien suffisant existe avec le Québec.

⁽¹⁸¹⁾ Voir ces arrêts in, Arnaud Nuyts : *L'exception de forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 196 et s.

Cet article dispose que: "Bien qu'une autorité québécoise ne soit pas compétente pour connaître d'un litige, elle peut, néanmoins, si une action à l'étranger se révèle impossible ou si on ne peut exiger qu'elle y soit introduite, entendre le litige si celui-ci présente un lien suffisant avec le Québec".

F) En Egypte: La théorie de forum non conveniens dans le droit égyptien:

149- Est-ce que le juge égyptien dispose d'un pouvoir discrétionnaire ? Autrement dit, peut-on accepter qu'un tribunal égyptien décline sa compétence au cas où il estime qu'il est in concreto for non convenable et qu'un tribunal étranger est plus approprié pour connaître le différend ?

Nous avons constaté que la théorie de forum non conveniens s'est développée dans le système de common law dans lequel le législateur adopte des chefs de compétence souples et le juge peut décliner sa compétence lorsqu'il est non conveniens.

S'inspirant du système du civil law, le droit égyptien avait adopté des chefs rigides de compétence. Le juge doit statuer dans l'affaire dès qu'il estime qu'il est compétent selon l'un des chefs prévus par la loi, et parmi ceux-ci l'accord des parties qui attribue compétence à un tribunal égyptien.

150- Dans le cadre de l'ancienne loi de procédure civile de 1949, l'article 865 avait disposé que: "Dans les cas prévus par les deux articles 861/2 et 862, et lorsque dans ces deux cas la loi applicable est la loi nationale étrangère de toutes les parties, il est permis au tribunal égyptien de décliner sa compétence et d'ordonner le demandeur d'introduire le procès devant un tribunal étranger pour la bonne administration de la justice". Cette disposition a été considérée comme une consécration de la théorie de forum non conveniens par le droit égyptien.

151- La loi actuelle de la procédure civile du 1968 ne contient pas une disposition similaire car, comme l'indique les travaux préparatoires, la compétence des tribunaux égyptiens selon l'article

861/1 de l'ancienne loi repose sur la protection de la partie faible au procès⁽¹⁸²⁾.

152- Cependant, certaines opinions dans la doctrine égyptienne moderne voient que, parmi les cas d'incompétence, est le cas de forum non conveniens⁽¹⁸³⁾.

Selon cette tendance, le principe d'autonomie de la volonté sera limité en matière judiciaire internationale par l'exigence d'un lien entre le litige et le tribunal élu. Il n'y a aucune raison pour que les tribunaux égyptiens soient obligés de statuer sur un différend opposant deux étrangers domiciliés hors d'Égypte lorsque l'action concerne un immeuble située hors de ce pays. Dans cet exemple le tribunal égyptien doit refuser la clause attributive de juridiction au profit des tribunaux nationaux, faute de lien entre le litige et l'Égypte⁽¹⁸⁴⁾.

Nous ne partageons pas ces opinions. En fait, les exemples cités qui nécessitent un lien entre le litige et le tribunal élu, concerne des cas de compétence exclusive dans lesquels la clause attributive de juridiction ne fonctionne pas. L'on peut citer, e.g., le choix d'un tribunal égyptien pour statuer dans une action concernant un immeuble situé à l'étranger. Or, le tribunal égyptien n'est pas compétent non parce qu'il n'existe pas un lien entre le litige et l'Égypte, mais parce que le droit international pose certaines limites à la compétence judiciaire des Etats. Parmi ces limites la règle selon laquelle les actions qui concernent l'immeuble doivent être jugées par l'organe judiciaire où il existe. C'est donc un cas de compétence exclusive.

Ainsi, hors des cas de compétence exclusive le juge doit donner effet à la volonté des parties quel que soit le tribunal élu, i.e., qu'il soit un tribunal national, ou un tribunal étranger. Les

⁽¹⁸²⁾ Voir en détail, Ezz El-Din Abdallah: Droit international privé, tome II, op cit., p. 747 et s.

⁽¹⁸³⁾ Voir, Ahmed Abd-Elkarim Salama: La doctrine de la procédure civile internationale, op cit., p. 310 et s.

⁽¹⁸⁴⁾ Voir en ce sens, Hisham Sadek: Conflit de compétence juridictionnelle internationale, op cit., p. 166 et s. Ahmed Abd-Elkarim Salama: La doctrine de la procédure civile internationale, op cit., p. 310 et s.

effets de ce choix doivent être réalisés d'emblée sans l'exigence d'un lien quelconque entre le litige et le tribunal choisi par les parties. On doit reconnaître à la volonté des parties le droit de choisir un tribunal "neutre" selon leurs intérêts. Notre opinion a le mérite d'une part, d'éviter l'arbitraire du juge compétent choisi par les parties et, d'autre part, de prendre en compte l'attente légitime des parties qui exige, certainement, le respect du choix effectué par elles.

Section III

La notion de forum conveniens et de forum non conveniens dans les instruments internationaux

153- Lorsque nous traitons la notion de forum non conveniens dans les instruments internationaux, on entend par là non seulement les règles stipulées dans les Conventions internationales mais aussi les Règlements de droit européen et les Résolutions de l'Institut de droit international. Ceci étant, nous allons traiter dans cette section la théorie de forum non conveniens dans les instruments suivants: la récente résolution de l'Institut de droit international de Bruges de 2003; Le Règlement européen du 22 décembre 2000 qui a remplacé la convention de Bruxelles de 1968; le projet de la Convention de La Haye sur la compétence judiciaire.

A) La Résolution de l'Institut de droit international de Bruges en 2003:

154- Cette Résolution a consacré la notion de forum non conveniens, mais elle a exclu de son application le cas où la détermination de la compétence du tribunal résulte d'une clause attributive de juridiction.

i- La consécration de la notion de forum non conveniens:

155- La résolution de Bruges de 2003 concerne "le recours à la doctrine du forum non conveniens et aux anti-suit injunctions".

Le préambule de la Résolution a affirmé le principe d'autonomie de la volonté en déclarant que : " Il est universellement admis (sous réserve de règles spécifiques fondées sur la volonté de protéger les intérêts de la partie faible) que les accords d'élection de for dans les transactions internationales doivent être respectés".

156- Les membres de l'Institut ont constaté que l'inexistence de la doctrine du forum non conveniens dans les pays de civil law s'explique essentiellement par le fait que les chefs de juridiction doivent être prévues et ne doivent pas être soumises à la manipulation ou aux changements discrétionnaires⁽¹⁸⁵⁾.

L'on dit même que la pratique de forum non conveniens est contraire à la Convention de Bruxelles et de Lugano. Il en résulte que le litige est poursuivi dans un Etat non contractant, car dans pareil cas le requérant serait privé de son droit d'obtenir un jugement facilement exécutoire dans tous les Etats contractants⁽¹⁸⁶⁾⁽¹⁸⁷⁾.

Le rapporteur de la Résolution a observé que l'absence de la doctrine de forum non conveniens dans certains pays peut être due à la question des droits de l'homme. Ainsi par exemple l'article 25/1 de la constitution italienne prévoit que : "personne ne peut être nié le droit à être jugée par le juge pré-établi par le statut"⁽¹⁸⁸⁾.

157- L'article 2 de la Résolution a indiqué les éléments que le juge peut prendre en considération lorsqu'il utilise son pouvoir discrétionnaire pour déterminer si il est ou non un for convenient. Aux termes de cet article: "Afin de déterminer si les juridictions d'un autre pays constituent clairement un for plus approprié, le

⁽¹⁸⁵⁾ Voir, la réponse de F. Matscher in : Annuaire de l'I.D.I, session de Bruges, vol. 70-I, 2003, p. 49.

⁽¹⁸⁶⁾ Voir, G. Van Heck in : Annuaire de l'I.D.I, session de Bruges, op cit., p. 56.

⁽¹⁸⁷⁾ Dans sa réponse au questionnaire posé par le rapporteur, M. Ibrahim Fadlallah a indiqué que la théorie de *forum non conveniens* est incompatible avec les principes dominants dans les pays de *civil law*, de sorte que " en matière de compétence internationale, les pays de droit civil admettent plus ou moins, les présupposés suivants :

- chaque juridiction est juge de sa compétence selon sa propre loi;
- cette compétence est déterminée par des rattachements fixes;
- s'il y a compétence, le juge a non seulement la faculté mais également l'obligation de trancher le litige".

V. réponse de M. Ibrahim Fadlallah, in : Annuaire de l'I.D.I, session de Bruges, op cit., p.75.

⁽¹⁸⁸⁾ Voir d'autres exemples in : Sir L. Collins : Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* et aux *anti-suit injunctions*, op cit, pp 28-29.

tribunal saisi peut tenir compte en particulier: a) du caractère adéquat d'un for alternatif ; b) de la localisation⁽¹⁸⁹⁾ des parties; c) de la localisation des preuves (témoins et documents) et des procédures permettant de les obtenir; d) du droit applicable aux questions en cause; e) des délais de prescription applicables; f) de l'effectivité et de la possibilité d'exécuter tout jugement au fond⁽¹⁹⁰⁾».

Selon l'article 3 de la Résolution, il faut décourager la tenue parallèle, dans plus d'un pays, de procès identiques ou connexes.

158- Lorsque deux tribunaux appartenant à deux pays ont été saisi, l'article 4 de la Résolution stipule que le tribunal saisi en premier doit trancher les questions qui lui sont soumises sauf : a) lorsque les parties ont conféré une compétence exclusive aux juridictions d'un autre pays ou b) lorsque le tribunal saisi en premier agit dans le cadre d'une procédure visant à contrecarrer une procédure suivie dans un second for clairement plus approprié.

159- En ce qui concerne les anti-suit injunctions, l'article 5 de la Résolution a indiqué que les juridictions qui accordent des anti-suit injunctions doivent être sensibles aux exigences de la comity et, en particulier, ne doivent accorder de telles injonctions que lorsqu'il y a a) violation d'un accord relatif au choix du tribunal ou d'un accord d'arbitrage; b) comportement déraisonnable ou oppressif d'un demandeur devant une juridiction étrangère; ou c) nécessité de protection de leur propre compétence dans des matières telles que l'administration de biens et les procédures d'insolvabilité.

⁽¹⁸⁹⁾ La doctrine de *forum non conveniens* a été étudiée par l' International law association par " the committee on international civil and commercial litigation". Voir, Third Interim Report: Declining and referring jurisdiction in international litigation, 2000.

Les principes adoptés par l' International law association ajoutent "et les langues" (la localisation et les langues des parties).

⁽¹⁹⁰⁾ Les mêmes principes ci-dessus ajoutent un autre critère, i.e., l'opération efficace du système judiciaire des juridictions respectives.

L'injonction anti-suit est "un ordre donné par un tribunal à un plaideur lui enjoignant de renoncer à commencer ou à poursuivre une action devant un autre tribunal"⁽¹⁹¹⁾.

160- Il est à noter que les anti-suit injunctions sont octroyé en Angleterre dans deux catégories d'affaires, à savoir:

- Si la conduite du défendeur concernant la continuation des procédures étrangères est vexatoire ou oppressive.

- Si la poursuite des procédures étrangères est contraire à un traité international⁽¹⁹²⁾.

161- Il résulte des dispositions de la Résolution de l'I.D.I, que le juge a un pouvoir discrétionnaire et peut décliner sa compétence lorsqu'il estime non conveniens et qu'un autre tribunal est plus convenient pour connaître le litige. Cette règle ne s'applique pas lorsque la compétence du tribunal saisi résulte du principe d'autonomie de la volonté. Or, si les parties ont désigné un tribunal donné, il est totalement interdit à ce tribunal de décliner sa compétence sous prétexte de la notion du forum non conveniens.

ii- La non application de la théorie du forum non conveniens à la clause attributive de juridiction:

162- Cette exclusion résulte de deux dispositions dans la Résolution : l'article 4/a et l'article premier.

- D'une part, l'exclusion du forum non conveniens résulte tout d'abord de l'article 4/a qui indique que le tribunal saisi en premier doit trancher les questions qui lui sont soumises sauf lorsque les parties ont conféré une compétence exclusive aux juridictions d'un autre pays.

- D'autre part, cette exclusion résulte plus clairement de l'article premier de la Résolution qui prévoit que: "lorsque la compétence du tribunal saisi n'est pas fondée sur un accord d'élection de for exclusif et lorsque son droit permet de le faire un tribunal peut refuser d'assumer ou d'exercer sa compétence au fond,

⁽¹⁹¹⁾ Voir, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 472 et s.

⁽¹⁹²⁾ Voir aussi des exemples in : Sir L. Collins : Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* et aux *anti-suit injunctions*, op cit, p. 33-40.

au motif que les juridictions d'un autre Etat, compétentes d'après leur propre droit, sont clairement plus appropriées pour trancher les questions en cause".

B) Le Règlement européen du 22 décembre 2000 remplaçant la Convention de Bruxelles de 1968:

163- Le Règlement 44/2001 du Conseil de l'Union européenne concernant la juridiction et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale a remplacé la Convention de Bruxelles de 1968⁽¹⁹³⁾.

Il convient de souligner qu'en dépit du fait que la théorie de forum non conveniens ne constitue pas un procédé général dans les pays de civil law et dans ce Règlement, il existe des cas dans lesquels le juge exerce un pouvoir discrétionnaire. C'est le cas, par exemple, de l'article 28/2 du Règlement qui prévoit que: "lorsque des demandes sont pendantes au premier degré (devant des juridictions d'Etats membres différents) la juridiction saisie en second lieu peut se dessaisir à la demande de l'une des parties à condition que le tribunal saisi soit compétent pour connaître des demandes en question et que son droit permette leur jonction".

Il s'ensuit que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire parce que le tribunal saisi en second lieu n'est pas tenu d'accepter l'exception de connexité.

Il est à noter que l'article 23 de ce Règlement a confirmé le principe d'autonomie de la volonté en matière de juridiction internationale.

La théorie de forum non conveniens a été condamnée implicitement par le Règlement, puisque le **considérant 11** déclare que: "Les règles de juridiction doivent présenter " un **haut degré de prévisibilité** et s'articuler autour de la compétence de principe du domicile du défendeur et cette compétence doit toujours être disponible sauf dans quelques cas bien déterminés où la matière en

⁽¹⁹³⁾ La Convention de Bruxelles de 1968 a été remplacée par le Règlement européen qui est entrée en vigueur le premier mars 2002, il est obligatoire dans tous les pays européens contractants.

litige ou l'autonomie des parties justifie un autre critère de rattachement⁽¹⁹⁴⁾.

C) Le projet de la convention de La Haye sur la compétence judiciaire:

164- Nous allons exposer d'une manière assez détaillé les dispositions de ce projet, comme suit : le but envisagé, Le caractère exceptionnel de l'article 22 du projet, qui peut soulever l'exception de refus de compétence, les conditions de refus d'exercer la compétence, les facteurs qui déterminent le refus d'exercer la compétence, et l'interdiction du contrôle du forum non conveniens au stade de l'effet des jugements.

1) Le but: La formation d'une Convention universelle en matière de compétence judiciaire et d'exécution des jugements étrangers:

165- Le but essentiel de la conférence de La Haye est de préparer une Convention mondiale en matière de compétence judiciaire. La question du forum non conveniens qui a été introduit dès le début des travaux préparatoires en 1992 risquait de constituer un point de désaccord en raison des traditions différentes des pays de common law et de civil law. La question a été présentée à ce moment de la manière suivante : est-il souhaitable d'autoriser les tribunaux d'un Etat partie à la nouvelle convention à décliner leur compétence dans le cas particulier où l'action ne présente pas de liens suffisants avec cet Etat? Tout en relevant qu'une telle pratique n'est en principe pas autorisée dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano, le Groupe de travail a estimé que des travaux complémentaires seraient nécessaires pour trancher la question.

166- La question du forum non conveniens a été placée à l'ordre du jour des réunions de la Commission spéciale de mars

⁽¹⁹⁴⁾ Voir en détail, Georges A.L.Droz : La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 601 et ss. Jean-Paul Beraudo : Le Règlement du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale *Clunet*, 2001, p. 1061 et ss.

1998, de septembre 1998, et de juin 1999. Un véritable conflit a vu le jour entre les experts, qui se sont partagés en deux camps. Il existe des critiques avancées par les adversaires de la clause de forum non conveniens, sur trois points, à savoir:

- Tout d'abord, le forum non conveniens est contraire aux dispositions constitutionnelles de certains Etats et à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui confèrent un droit d'accès à un juge déterminé à l'avance par des règles précises.

- Ensuite, le forum non conveniens introduit l'insécurité juridique en matière de compétence internationale. En réponse, on a souligné que le recours au forum non conveniens est nécessaire si l'on veut éviter l'exercice d'une compétence inappropriée.

- Enfin l'on a invoqué l'inutilité du mécanisme du forum non conveniens dans un système conventionnel où les chefs de compétences sont fondés sur des liens étroits avec le litige et sont suffisamment clairs, et peu nombreux.

En somme, le conflit au sein de la Conférence de La Haye traduit l'hésitation classique entre la sécurité juridique et la justice du cas d'espèce. La solution ne peut, par conséquent, venir que d'un compromis qui permettrait de trouver un équilibre entre ces deux valeurs fondamentales de la règle de droit.

167- En juin 1999, on a parvenu à un compromis. Pour se faire, on a évité l'utilisation de l'expression du forum non conveniens qui a été remplacée par une disposition concernant les circonstances exceptionnelles pour refuser d'exercer la compétence⁽¹⁹⁵⁾.

2) Le caractère exceptionnel de l'article 22 du projet:

168- Le rapport explicatif souligne que les dispositions de l'article 22⁽¹⁹⁶⁾ "ne doivent pas être confondues avec la doctrine du

⁽¹⁹⁵⁾ Voir en détail, Arnaud Nuyts : *L'exception de forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 525 et ss.

⁽¹⁹⁶⁾ Le texte de l'article 22 (version de juin 2001) est le suivant :

1- Dans des circonstances exceptionnelles et lorsque sa compétence n'est pas fondée sur une clause exclusive d'élection de for valide en vertu de l'article 4, ou sur les articles 7, 8 ou 12, le tribunal saisi peut, à la requête d'une partie, suspendre la procédure si, en l'espèce, il est =

forum non conveniens, telle qu'elle est utilisée dans les pays de common law". Par cette précision, les auteurs du projet ont entendu se dissocier de la pratique de certains pays de common law, qui était considérée comme inacceptable dans le cadre conventionnel. Il s'agit du système de forum non conveniens appliqué aux Etats-Unis

-
- = clairement inapproprié pour ce tribunal d'exercer sa compétence et que le tribunal d'un autre Etat ayant compétence est clairement plus approprié pour statuer sur le litige. cette réquite doit être présentée au plus tard au moment de la première défense au fond.
- 2- Le tribunal prend en considération, notamment :
- tout inconvénient qui en résulterait pour les parties, compte tenu de leur résidence habituelle;
 - la nature et le lieu de situation des moyens de preuve, y compris les documents et les témoins, ainsi que les procédures pour leur obtention;
- c) les délais de prescription applicables;
- d) la possibilité d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de toute décision au fond.
- 3- En décidant de suspendre la procédure, le tribunal ne procède à aucune discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence habituelle des parties.
- 4- Lorsque le tribunal décide de surseoir à statuer en vertu du paragraphe premier, il peut exiger du défendeur qu'il dépose une caution suffisante pour satisfaire à toute décision au fond de l'autre tribunal. Toutefois, le tribunal doit exiger une telle caution si l'autre tribunal est compétent seulement en vertu de l'article 17 ou s'il est situé dans un Etat non contractant, sauf si le défendeur établit [que le demandeur ne se trouvera pas matériellement lésé dans l'exécution du jugement si une telle caution n'est pas exigée] [qu'il existe suffisamment de biens dans l'Etat de cet autre tribunal ou dans un autre Etat, où la décision serait susceptible d'être exécutée].
- 5- lorsque le tribunal a sursis à statuer en vertu du paragraphe premier.
- il renonce à exercer sa compétence si le tribunal de l'autre Etat se déclare compétent ou si le demandeur n'entame pas la procédure dans cet Etat, dans le délai déterminé par le tribunal, ou
- b) il statue sur le litige si le tribunal de l'autre Etat renonce à exercer sa compétence.
- 6- Cet article n'est pas applicable lorsque la compétence est fondée uniquement sur l'article 17 (qui n'est pas conforme avec les articles [liste blanche]). Dans un tel cas, le refus d'exercer la compétence est soumise au droit national.
- 7- Le tribunal saisi dont la compétence est fondée sur une disposition des articles 3 à 15 ne peut appliquer la doctrine dite du *forum non conveniens* ou une règle similaire pour décliner sa compétence].

ou en Angleterre, qui appliquent une version libérale, en permettant à leurs tribunaux de se dessaisir chaque fois qu'il y a lieu d'estimer qu'un tribunal étranger est mieux placé pour trancher le litige.

Pour autant le projet n'a pas utilisé l'expression *forum non conveniens*⁽¹⁹⁷⁾. L'article 22 du projet est intitulé "circonstances exceptionnelles pour refuser d'exercer la compétence". Composé de sept paragraphes qui déterminent de manière relativement détaillée les conditions du refus d'exercice de la compétence, cet article est l'un des plus longs de l'avant-projet⁽¹⁹⁸⁾.

169- Le projet de Convention relatif à la compétence et aux effets des jugements dans les matières civiles et commerciales (conférence de La Haye de droit international privé)⁽¹⁹⁹⁾, prévoit dans son article 21/7 que la Cour premièrement saisie peut, à la demande d'une partie, décider de se dessaisir en faveur de la Cour qui a été deuxièmement saisie si elle considère que cette dernière est clairement plus appropriée pour résoudre le litige.

Le projet de l'article 22 de la conférence prévoit que si une partie peut demander à un tribunal de suspendre les procédures en

⁽¹⁹⁷⁾ En dépit du fait que le projet de La Haye n'a pas utilisé l'expression du *forum non conveniens*, la réalité nous montre que cela est due à la nécessité de faire un compromis entre les adversaires et les tenants de *forum non conveniens*, l'article 22 de ce projet présente les caractéristiques de *forum non conveniens*. Dans ce sens l'on dit que: "L'analogie entre l'article 22 du projet et le *forum non conveniens* ne s'arrête pas là. C'est que l'on retrouve aussi dans l'article 22 les deux caractères principaux du *forum non conveniens*. Tout d'abord, l'article 22 met en place *une exception au sens procédural du terme*, en ce sens qu'il s'agit d'un moyen de défense qui peut être soulevé par le défendeur pour s'opposer à l'action dirigée contre lui de manière à anéantir ou à retarder la procédure engagée par l'adversaire. Ensuite, l'article 22 instaure *une clause d'exception au sens du droit international privé* : en refusant d'exercer sa compétence, le juge corrige la règle de rattachement de principe qui désigne l'Etat du for". Voir, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p.534 et s.

⁽¹⁹⁸⁾ Voir, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 531 et s.

⁽¹⁹⁹⁾ Le projet de la Conférence de La Haye n'a pas été adopté jusqu'à présent comme une Convention en raison de l'opposition des Etats-Unis. Voir en détail, Arthur 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 ?, *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 85 et ss.

faveur d'une Cour plus appropriée pour trancher le litige, pareille application doit être faite au plus tard avant la première défense sur le fond.

170- Le rapport initial présenté par Mme Kessedjian au Bureau permanent de la Conférence de La Haye contient une clause d'exception permettant au juge de refuser d'exercer la compétence qui lui est conférée par l'une ou l'autre des règles de la Convention compte tenu de l'existence d'un autre tribunal mieux placé pour statuer sur le litige⁽²⁰⁰⁾.

171- Le projet a reconnu l'élection du for par les parties soit expressément ou tacitement, et il ne s'est pas référé à plusieurs raisons pour que la future Convention soit libérale en la matière⁽²⁰¹⁾.

⁽²⁰⁰⁾ Selon le rapport initial de Mme Kessedjian, si une clause d'exception était intégrée dans la future Convention, les questions suivantes doivent être réglées :

- a) les éléments que le juge saisi peut prendre en considération pour refuser d'exercer sa compétence;
- b) les éléments que le juge saisi n'a pas le droit d'utiliser pour refuser d'exercer sa compétence (par exemple la nationalité de l'une ou l'autre des parties en cause ou le droit applicable au fond).
- c) Le point de savoir si le juge saisi doit agir seul ou consulter et agir en coopération avec celui ou ceux des autres juges qui pourraient être compétents pour l'action en cause;
- d) Le mécanisme du transfert de la cause au juge considéré comme étant mieux placé pour juger le litige;
- e) La compétence résiduelle que pourrait se réserver le juge saisi initialement alors qu'il a décidé du transfert de la cause;
- f) L'incidence du transfert sur la prescription de l'action;
- g) Les conséquences d'un tel transfert sur les effets à donner au jugement dans les autres Etats membres de la Convention et notamment sur la question de la vérification de la compétence au stade du juge requis;
- h) La possibilité ou non de refuser d'exercer sa compétence en faveur d'une juridiction située sur le territoire d'un Etat non contractant.

Voir, Catherine Kessedjian : Vers une Convention à vocation mondiale en matière de compétence juridictionnelle internationale et d'effets des jugements étrangers, Revue de droit uniforme, 1997, p. 675 et ss.

⁽²⁰¹⁾ Selon le rapport initial: "A la fin du XXème siècle, à l'heure où les relations internationales se mondialisent et où les modes alternatifs de règlement des différends ont connu un essor sans précédent, les Etats persistent à adopter une vue conservatrice sur la validité des clauses d'élection =

3) Les conditions de refus d'exercer la compétence:

172- D'après l'alinéa 1er de l'article 22 le refus d'exercer la compétence est subordonné à trois conditions. Comme le relève le rapport explicatif, pour que le refus d'exercer la compétence soit envisageable, "chacune de ces conditions doit être remplies"⁽²⁰²⁾. Lesdites conditions sont les suivantes:

a- Le tribunal du for doit être inapproprié pour exercer sa compétence:

173- Cette condition ne concerne que le tribunal du for. Il doit être démontré que l'exercice de la compétence par ce tribunal est clairement inapproprié. La condition est totalement séparée de l'autre condition qui concerne le tribunal étranger. L'indépendance des deux conditions est confirmée expressément par le rapport explicatif: "le fait qu'un autre for peut être clairement plus approprié n'implique pas nécessairement que le tribunal saisi est clairement inapproprié".

Il ne s'agit pas de rechercher le tribunal le mieux placé pour statuer sur le litige, mais plus modestement d'éviter l'exercice d'une compétence clairement inopportune, i.e., *forum non conveniens*.

= de for. Cela tient en partie au fait que tous les systèmes judiciaires font face aux mêmes difficultés d'organisation, de ressources financières et en personnel, si bien que l'administration de la justice par les tribunaux nationaux présente souvent des délais importants rendant problématique un véritable accès à la justice. Les Etats peuvent donc craindre qu'en laissant les parties choisir les tribunaux qui seront compétents pour statuer sur leurs éventuels litiges, sans prévoir de limites autres qu'un accord de volonté libre, éclairé et certain, des conséquences insurmontables s'ensuivent pour leur organisation judiciaire interne. On doit également souligner que l'élection de for n'est pas seulement un poids pour l'économie des pays dont les tribunaux sont choisis, mais également un apport économique parfois important puisque les parties à ce contentieux doivent utiliser les ressources locales en expertise juridique et judiciaire, venir pour des audiences et ainsi utiliser à la fois les ressources hôtelières, de télécommunication et faire fonctionner la machine économique du pays en cause". Voir, Catherine Kessedjian: Vers une Convention à vocation mondiale en matière de compétence juridictionnelle internationale et d'effets des jugements étrangers, op cit., p. 682 et s.

⁽²⁰²⁾ Voir, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 536.

b- Le tribunal étranger doit être clairement approprié pour statuer sur le litige:

174- Le projet de La Haye ne mentionne pas uniquement que le tribunal étranger soit clairement approprié pour statuer sur le litige, mais aussi il ajoute que le tribunal de l'autre Etat doit être clairement plus approprié pour statuer sur le litige. Le terme "plus" implique une comparaison qui doit être effectuée par rapport au tribunal du for, de sorte que le juge doit vérifier que le tribunal étranger est clairement plus approprié que le tribunal du for pour statuer sur le litige.

L'exigence du caractère plus approprié de la compétence du tribunal étranger est critiquable. A notre avis, le forum non conveniens est une exception et la règle est que le juge saisi doit se prononcer compétent dès qu'il existe un chef de sa compétence. L'exigence du caractère plus approprié de la compétence du tribunal étranger ouvre la porte de transformer l'exception de forum non conveniens à un principe général⁽²⁰³⁾.

⁽²⁰³⁾ Dans ce sens M. Arnaud Nuyts dit que: "A notre avis, l'exigence que le tribunal étranger soit clairement plus approprié est tout à la fois excessive, inutile et dangereuse.

Excessive tout d'abord : à partir du moment où il doit être établi, en vertu de la première condition, que le tribunal saisi est clairement inapproprié, n'est-il pas exagéré de forcer ce tribunal à statuer sur le litige, avec les graves inconvénients qui risquent d'en résulter, alors pourtant qu'il existe un autre tribunal à l'étranger qui, tout en étant raisonnablement bien placé pour se prononcer, n'est pas clairement plus approprié?

La condition peut sembler, ensuite, inutile des lors qu'elle tend à répondre à un danger qui paraît essentiellement théorique. Or, il nous semble difficile d'imaginer une situation litigieuse où les règles de compétence applicables ne désigneraient que des fors qui seraient tous inappropriés. Il semble raisonnable au contraire d'admettre que dans chaque litige il existe au moins un for raisonnablement approprié pour connaître du litige, même s'il ne s'agit pas nécessairement du for idéal ou naturel du litige. Il n'y a, par conséquent, aucun risque réel à ce qu'un tribunal clairement inapproprié se dessaisisse.

Enfin et surtout, la condition nous paraît dangereuse. En demandant aux parties et au juge de se prononcer sur le caractère clairement plus approprié du tribunal étranger, on introduit un processus de comparaison entre les mérites respectifs des fors disponibles pour trancher le litige. Or, cette comparaison est non seulement délicate =

c- Le tribunal étranger doit être compétent pour connaître le litige.

175- Selon l'article 22-1 du projet, la suspension de la procédure est subordonnée à l'existence à l'étranger d'un tribunal ayant compétence pour connaître de l'affaire. Cette condition est évidemment essentielle, la recherche d'un tribunal plus approprié ne doit pas déboucher sur un déni de justice, alors que le demandeur a saisi un tribunal normalement compétent en vertu de la convention.

4) Qui peut soulever l'exception de refus de compétence:

176- Selon l'article 22/1 du projet, le juge ne peut refuser d'exercer sa compétence qu'à la demande d'une partie. Il en résulte, comme le confirme le rapport explicatif, que le tribunal ne peut décider d'office de décliner sa propre compétence. C'est la solution du droit anglais, tandis qu'on a écarté la pratique américaine consistant à permettre au juge de soulever lui-même l'exception de *forum non conveniens*.

L'article 22 requiert que l'exception soit invoquée par "une partie", sans préciser laquelle. Selon le rapport explicatif, ce sera presque toujours au défendeur à qui il reviendra de faire la demande. C'est logique, puisqu'il s'agit de s'opposer à l'exercice de la compétence qui est invoquée par le demandeur. L'expérience américaine montre cependant que ce n'est pas toujours le cas, et que le demandeur peut avoir intérêt à saisir un premier tribunal pour obtenir un avantage procédural pour ensuite requérir le dessaisissement en faveur d'un autre tribunal plus approprié⁽²⁰⁴⁾.

L'article 22/1 du projet dispose que la requête invoquant l'exception de refus d'exercer la compétence doit être présentée au plus tard au moment de la première défense au fond.

= sur le plan de la courtoisie internationale car elle repose sur la mise en balance de la procédure étrangère et de la procédure locale, mais elle est surtout extrêmement difficile à mettre en oeuvre et produit des résultats assez imprévisibles. Voir, Arnaud Nuyts: *L'exception de forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 551 et s.

⁽²⁰⁴⁾ Voir, Arnaud Nuyts : *L'exception de forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 538.

5) Les facteurs qui déterminent le refus d'exercer la compétence:

177- L'article 22-2 du projet mentionne un certain nombre de facteurs que le tribunal prend en considération, notamment, dans sa décision relative au refus d'exercer la compétence. Comme l'indique le rapport explicatif, ces facteurs sont destinés à déterminer si le for saisi est clairement inapproprié et si le for alternatif est clairement plus approprié. Les facteurs sont formulés de manière relativement souple. C'est ce que souligne le rapport explicatif, qui relève que "l'importance de chacun des facteurs dépend des circonstances de la cause"⁽²⁰⁵⁾.

Selon le paragraphe 3 de l'article 22 du projet "en décidant de suspendre la procédure, le tribunal ne procède à aucune discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence habituelle des parties". Toute discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence des parties est, par conséquent, interdite en vertu de l'article 22-3 du projet. Il s'agit, en fait, de "renforcer la règle de principe selon laquelle le demandeur doit pouvoir saisir le tribunal compétent en vertu des règles de la Convention"⁽²⁰⁶⁾.

On va exposer maintenant les facteurs retenus par le projet de La Haye.

a- Les inconvénients pour les parties:

178- Il ressort du rapport explicatif que les inconvénients pour les parties peuvent ressortir non seulement de l'éloignement de leur résidence habituelle par rapport au for, mais aussi de "l'absence de familiarité avec le système juridique ou avec la procédure", de "la difficulté d'accéder aux services d'un avocat" ou de "la langue utilisée par l'autre tribunal".

⁽²⁰⁵⁾ Voir, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 553.

⁽²⁰⁶⁾ L'article 22/3 du projet n'empêche pas que le juge prenne en considération le facteur de la résidence habituelle, "C'est ce qui ressort explicitement du paragraphe 2 de l'article 22, qui mentionne parmi les critères que le juge prend en compte tout inconvénient pour les parties, "compte tenu de leur résidence habituelle". Voir, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p.556.

b- L'accès aux preuves:

179- Aux termes de l'article 22-2 du projet, le tribunal prend en considération la nature et le lieu de situation des moyens de preuve, y compris les documents et les témoins, ainsi que les procédures pour leur obtention". La prise en considération de ce facteur est inspirée de la pratique des pays de common law .

c- Les délais de prescription:

180- La référence aux délais de prescription n'est pas pertinente. Les délais de prescription qui sont visés par le texte ne peuvent être que ceux relatifs à l'introduction de l'action devant le tribunal étranger. Le juge du for qui envisage de refuser d'exercer sa compétence en vertu de l'article 22 doit vérifier si, compte tenu des délais de prescription applicables à l'étranger, une action peut être introduite par les parties dans un pays étranger.

d- L'exécution de la décision:

181- Le dernier facteur explicitement prévu par l'article 22 porte sur la possibilité d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de toute décision au fond. Selon le rapport explicatif ce facteur a deux composantes: Tout d'abord, le juge doit avoir égard aux possibilités de reconnaissance et d'exécution du jugement qu'il pourrait lui-même rendre. S'il est établi que le jugement que rendrait le tribunal du for resterait lettre morte à défaut de pouvoir être exécuté non seulement dans le for mais aussi à l'étranger, il pourrait s'agir d'un signe du caractère clairement inapproprié du for.

D'autre part, le juge doit considérer la possibilité de reconnaissance et d'exécution du jugement qui serait rendu par le tribunal alternatif étranger. Cet aspect concerné, cette fois, la question de savoir si le tribunal étranger est clairement plus approprié que le tribunal saisi⁽²⁰⁷⁾.

6) La mise en œuvre du refus d'exercer la compétence:

182- L'article 22 a indiqué que lorsque les conditions du refus d'exercer la compétence sont réunies, le tribunal saisi peut suspendre la procédure.

⁽²⁰⁷⁾ Voir, Arnaud Nuyts: *L'exception de forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 561 et s.

L'application de la clause d'exception entraîne un simple sursis à statuer et non le rejet de l'action. Il s'agit de prévenir le risque de déni de justice qui pourrait résulter du fait que la cause ne peut être tranchée effectivement par le tribunal étranger, par exemple parce que ce dernier est incompétent.

Selon le paragraphe 5 de l'article 22, il y a, à cet égard, trois hypothèses, à savoir :

Primo: La première est que le tribunal alternatif se déclare compétent pour connaître de l'affaire: dans ce cas, le tribunal qui a ordonné, le sursis à statuer renonce à exercer sa compétence. Le tribunal de for prend ainsi une décision déclinatoire définitif de compétence intervient dès que le tribunal alternatif s'est déclaré compétent, même si ce dernier n'a pas encore tranché le fond du litige⁽²⁰⁸⁾.

Secundo: La deuxième hypothèse est que le tribunal étranger renonce à exercer sa compétence: dans ce cas, le tribunal du for qui a ordonné le sursis à statuer doit trancher lui-même le litige, sinon il y aurait un cas de déni la justice.

Tertio: La troisième hypothèse concerne la situation où, après que le juge du for ait ordonné le sursis à statuer, aucune action n'est portée dans le for étranger. Dans ce cas le texte prévoit que le tribunal du for peut renoncer à sa compétence si le demandeur n'entame pas la procédure dans le délai déterminé par le tribunal du for.

Il est à noter que lorsqu'il décide de surseoir à statuer, le juge peut, selon l'article 22-4° du projet, exiger du défendeur qu'il dépose une caution suffisante pour satisfaire à toute décision au fond de l'autre tribunal. Il s'agit de contraindre le défendeur à fournir les garanties nécessaires pour assurer au demandeur

⁽²⁰⁸⁾ On voit cependant que cette renonciation doit être retardée jusqu'à ce que le tribunal alternatif se prononce sur le fond. "Il serait préférable que le déclinatoire définitif de compétence n'intervienne qu'après le prononcé définitif d'une décision sur le fond à l'étranger". Voir, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 570.

l'exécution de la condamnation éventuelle au fond que celui-ci pourrait obtenir du tribunal alternatif.

7) L'interdiction du contrôle du forum non conveniens au stade de l'effet des jugements.

183- Selon l'article 27 du projet, la reconnaissance et l'exécution d'un jugement ne peuvent être refusées au motif que le tribunal requis considère que le tribunal d'origine aurait dû décliner sa compétence conformément à l'article 22. Le rôle de forum non conveniens ne peut jouer qu'au stade de la détermination de la compétence directe, et non à celui du contrôle de la compétence indirecte⁽²⁰⁹⁾.

Conclusion

Notre opinion

184- Notre opinion se caractérise par deux points essentiels, à savoir: Le rejet de la théorie de forum non conveniens comme un procédé général; l'admission du forum non conveniens comme une exception.

A) Le rejet de la théorie de forum non conveniens comme un procédé général:

185- Notre rejet s'appuie sur plusieurs arguments qui militent contre la théorie de forum non conveniens, à savoir:

1- La compétence internationale des tribunaux d'un Etat donné repose essentiellement sur la réalisation de la paix sociale dans le pays. Pour ce faire, il est indispensable que ces tribunaux soient compétents pour connaître le différend dès que celui-ci a un lien raisonnable avec le pays. Pour autant, chaque pays organise des chefs de compétence comme le domicile du défendeur, l'autonomie des parties de choisir le for compétent... etc.

2- Le principe d'autonomie de la volonté permet le choix du tribunal compétent aux yeux des parties et non pas pour le tribunal choisi. A notre avis, le for convenient ou non convenient doit être

⁽²⁰⁹⁾ Voir, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 573 et s.

apprécié par les parties et non pas par le tribunal élu. Lorsque les parties choisissent un for donné ce serait un for conveniens dans tous les cas parce que, du seul choix des parties il serait conveniens. Le for choisi peut sembler, *prima facie*, sans un lien quelconque avec le litige, il est un for raisonnable pour les parties, e.g., lorsqu'il est un "for neutre". La crainte des deux parties de choisir le tribunal de l'autre partie peut leur inciter de choisir un for neutre.

3- L'exigence d'un lien avec le litige et l'utilisation de la notion de *forum non conveniens* seront en contravention avec la nature de principe d'autonomie de la volonté. On donne aux parties le droit de déterminer le tribunal compétent et, en même temps, on leur dit : votre choix ne sera pas respecter car vous avez choisi un for non conveniens. Cette notion de *forum non conveniens* sera donc incompatible avec le droit reconnu aux parties d'élire le for compétent. Nous donnons aux parties par la droite ce que nous retirons par la gauche. On est en présence d'un double discours.

4- La théorie de *forum non conveniens* est incompatible avec les exigences du commerce international. Le commerce international exige indubitablement le respect du choix effectué par les parties du tribunal compétent. Le respect de ce choix rassure les parties car elles connaissent, à l'avance, l'organe judiciaire qui va résoudre leurs potentiels différends. En revanche, le non respect de ce choix sera en contravention avec l'attente légitime des parties, et pour autant, avec la sécurité juridique qui est considérée comme l'élément indispensable pour la floraison des relations commerciales internationales.

5- Il faut traiter la clause attributive de juridiction sur le même pied d'égalité avec la clause compromissoire. Il est bien connu que le choix fait par les parties au profit d'un tribunal arbitrale ne doit pas être exclu lorsque ce tribunal estime non approprié pour résoudre le litige. Or, à partir du moment où la théorie de *forum non conveniens* est exclue pour la clause compromissoire, elle doit l'être aussi pour la clause d'élection d'un tribunal étatique.

6- Notre système juridique en Egypte appartient au système de civil law. Dans le système civiliste, l'Etat institue des chefs de compétence fixés et rigides, et pour cela il n'existe pas en principe un pouvoir discrétionnaire laissé au juge. Celui-ci est obligé de se

reconnaître compétent dès qu'il constate l'existence d'un chef de compétence, comme le choix fait par les parties.

7- L'exclusion de la compétence du tribunal choisi par les parties au nom du forum non conveniens ouvre la porte à l'arbitraire du juge. Ce dernier peut, surtout lorsqu'il est surchargé des affaires, se cacher derrière le forum non conveniens pour refuser de connaître le différend.

8- La théorie de forum non conveniens n'est pas une théorie absolue même dans les pays de common law. Ainsi, l'on dit que: "Par ailleurs, même outre-Atlantique, les destins de la doctrine du forum non conveniens ont subi un certain déclin. Et plus récemment la Cour suprême de Texas en 1990, confrontée d'une action intentée contre une société établie dans l'Etat par des étrangers tendant à obtenir réparation du dommage subi également à l'étranger, a statué que la doctrine du forum non conveniens a été abolie par le législateur et, par conséquent, que rien ne s'opposait à l'examen du fond à Texas"⁽²¹⁰⁾.

186- Pour toutes ces raisons, nous rejetons la théorie de forum non conveniens comme un procédé général en matière des rapports internationaux et notamment en matière de la clause attributive de juridiction. Nous avons constaté, à cet égard, que les instruments internationaux qui ont adopté la règle de forum non conveniens ont exclu la clause attributive de compétence de cette règle.

b) l'admission du forum non conveniens sous la forme d'une clause d'exception limitée:

187- Si nous rejetons la théorie du forum non conveniens comme un procédé général, nous l'accepte comme une clause d'exception limitée. Dans certains cas exceptionnels, il paraît au tribunal élu que le choix du tribunal par les parties est oppressif ou vexatoire. Dans ces cas, le refus de l'exception de forum non conveniens conduit au forum shopping et à la fraude⁽²¹¹⁾.

⁽²¹⁰⁾ Voir cet arrêt in : Konstantinos Kerameus : La compétence internationale en matière délictuelle dans la Convention de Bruxelles, op cit, p. 265.

⁽²¹¹⁾ M.Droz dit à cet égard que: "Bien que l'esprit de la Convention de Bruxelles de 1968 s'opposent à l'introduction généralisée du mécanisme du *forum non conveniens*, on devrait pouvoir tenir compte de l'effet réflexe" =

Notre admission du fonctionnement exceptionnel du forum non conveniens s'appuie sur le principe de *fraus omnia corrumpit*.

Ainsi, par cette clause d'exception on arrive à une certaine conciliation entre les deux systèmes de civil law et de common law, de sorte que " loin de cristalliser un clivage irrémédiable entre les cultures judiciaires de common law et de civil law, l'exception de forum non conveniens est l'instrument de la promotion et de la conciliation des intérêts concurrents qui traversent le droit des litiges privés internationaux"⁽²¹²⁾.

= des compétences se concrétisent en dehors des Etats contractants. J'estime que si l'on attaque une personne à son domicile dans un Etat contractant à propos de la propriété d'un immeuble situé hors du territoire des Etats contractants, ou en nullité d'un brevet enregistré dans un Etat tiers, le juge du domicile, malgré la règle générale de l'article 2, devrait pouvoir refuser sa compétence. En effet, les raisons qui militent pour son incompétence radicale lorsque l'immeuble ou le brevet est localisé dans un Etat contractant vaut tout autant lorsque la localisation a lieu dans un Etat non contractant: on pense par exemple à l'impossibilité du juge d'un pays d'ordonner des changements sur des registres publics d'un autre pays. J'admets également l'effet réflexe d'un accord d'élection de for en faveur d'un tribunal d'un Etat tiers ou encore d'une convention d'arbitrage. Ces pouvoirs discrétionnaires constituent une sorte de *forum non conveniens*". V. Georges A.L.Droz : réponse au questionnaire, Annuaire de l'IDI, 2003, p. 64.

⁽²¹²⁾ Voir, Arnaud Nuyts : L'exception de *forum non conveniens* (étude de droit international privé comparé), op cit., p. 910.