

**La tendance à la limitation de la compétence judiciaire
à l'épreuve du droit d'accès à la justice**

Diego P. FERNANDEZ ARROYO*

1. Une des caractéristiques distinctives du très remarquable cours général de Bernard Audit à l'Académie de droit international de La Haye¹ est l'utilisation soignée de la méthode comparative. On pourrait se demander s'il existe une autre voie, lorsque l'on décide d'entamer une explication générale du droit international privé (surtout si elle est abordée « en quête d'universalité »), mais il faut reconnaître que tandis que beaucoup d'esprits ont du mal à sortir de leur jardin (fût-il national ou supranational), le destinataire de ce livre a préféré aller constater comment les règles et méthodes du droit international privé sont conçues et appliquées dans différents systèmes juridiques. De ces voyages, il a su tirer tant des conclusions précises que des propositions sensées. Tel est le cas des conclusions et propositions dérivées de sa comparaison de la façon de traiter le problème basique de la compétence judiciaire internationale dans divers États, partie singulièrement riche de l'ouvrage².

2. Tout particulièrement, sa connaissance approfondie des approches dominantes dans cette matière lui a permis de démystifier le divorce prétendument irrémédiable entre les conceptions du droit civil et du *common law*, ce qui conduit, en prenant en considération toute une série de questions, à plaider aussi pour un rapprochement entre eux. Les résultats des produits expérimentaux dans les laboratoires hyperactifs du droit international privé européen fournissent des données intéressantes pour le développement de ces thèses à une échelle globale. Ainsi, par exemple, la contradiction établie par la Cour de justice européenne entre la certitude assurée par le for du domicile du défendeur et la faculté de décliner la compétence³, devient parfaitement

* Professeur permanent à l'École de droit de Sciences Po (Paris). Membre du Curatorium de l'Académie de droit international de La Haye.

¹ B. Audit, « Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, t. 305, 2003, p. 9.

² *Ibid.*, pp. 361-452.

³ CJCE, 1 mars 2005, aff. C-281/02, *Owusu*.

supportable si une exigence d'exceptionnalité est mise en œuvre pour l'application du caractère discrétionnaire dans le contrôle de sa propre compétence et, surtout, si l'on réalise que refuser au juge (qui est obligé d'agir en respectant les principes d'égalité et de contradiction) ce que l'on accepte en général de la part du demandeur (qui, logiquement, agit dans son propre intérêt) n'est guère convaincant⁴.

3. Une décennie après son cours, nous voudrions jeter un coup d'œil sur ce qu'il s'est passé dans le domaine de la compétence judiciaire internationale pendant cette période afin de tester si les conclusions et propositions de Bernard Audit sont encore valables. L'apparition de nouvelles règles nationales, internationales et supranationales, ainsi que l'évolution expérimentée par différentes jurisprudences autour du globe, permettent d'extraire certaines tendances sur lesquelles nous allons essayer d'évaluer les affirmations du dédicataire de ces lignes. Les paramètres d'une telle évaluation seront la tendance à la restriction de la portée de la compétence juridictionnelle de chaque État, d'un côté, et la montée du droit d'accès à la justice qui est en train de s'ériger en mur porteur de la justice transnationale, d'un autre côté. Nous analyserons les manifestations de cette politique de limitation, tant convenue qu'unilatérale, du domaine de la compétence juridictionnelle (I), laquelle se manifeste essentiellement de deux façons : par l'extension du pouvoir discrétionnaire des juges d'une part et par l'atténuation de l'influence des fors exorbitants d'autre part. Dans un second stade, nous verrons jusqu'à quel point le développement du droit fondamental d'accès à la justice n'est pas contradictoire avec notre première observation (II).

I. La restriction du domaine de la compétence juridictionnelle étatique (une tendance universelle)

4. Les temps de la souplesse des limites juridictionnelles pour s'emparer des cas pluri-connectés sont presque tombés dans l'oubli. Certes, certaines attitudes expansives existeront toujours, mais elles deviennent de plus en plus isolées et exceptionnelles⁵. Dans les dernières décennies de

⁴ B. Audit, « Cours général », p. 393.

⁵ Un exemple aussi surprenant qu'intéressant dans ce sens est l'interprétation extensive faite par le Tribunal suprême de justice vénézuélien (chambre constitutionnelle) de l'exception contenue dans l'article 14 de la loi de droit international privé de cet état, selon laquelle les règles sur la détermination du domicile ne s'appliquent pas lorsque

nombreux États ont introduit dans leur ordre juridique des réglementations sur la compétence judiciaire sous la forme de catalogues de cas dans lesquels les autorités judiciaires étatiques sont autorisées à intervenir. Ces listes, nonobstant la présence habituelle de certaines valves d'expansion, sont en principe complètes et composées de règles faisant allusion à des situations concrètes. L'époque des normes comme celle des articles 51 et 70 de l'ancienne loi de la procédure civile espagnole⁶ établissant que la compétence espagnole s'étendait aux litiges entre nationaux, entre étrangers et entre nationaux et étrangers, semble aujourd'hui presque risible. Même si l'on accepte que la finalité des telles normes n'était pas celle qui ressortait au premier égard et que leur interprétation pouvait avoir été moins expansive que celle retenue par les tribunaux espagnols pendant un siècle, ce qui nous intéresse de constater ici est que de tels types de règles juridiques ne sont plus imaginables pour discipliner l'exercice de la compétence d'un État vis-à-vis des situations privées internationales. La raison essentielle de cette impossibilité a été la substitution progressive, consciente ou inconsciente, du paradigme souverainiste de la compétence judiciaire par un autre plus attentif aux droits des justiciables⁷.

5. Peut-on dire que cette tendance, qui est clairement visible au moins depuis les années 80 du siècle dernier, a subi des modifications substantielles après 2003 ? Parmi les différents aspects de la compétence judiciaire internationale permettant de ressembler des éléments pour répondre à cette question, nous allons nous centrer sur deux d'entre eux qui ont particulièrement attiré l'attention de Bernard Audit : l'atténuation des effets des fors exorbitants (B) et l'appréciation discrétionnaire de la compétence – avec une mention spécifique de la technique du *forum non conveniens* – (C). Mais avant de les aborder spécialement, il convient de voir si la tendance

la résidence habituelle (facteur identifié avec le domicile) dans un Etat est motivée par l'exercice d'une fonction publique. Le tribunal applique ce critère dans un cas de divorce pour ne pas prendre en considération la résidence à l'étranger d'une personne qui se trouvait là dans le cadre d'un travail privé et qui était, au surplus, le président de la compagnie, afin de justifier la compétence des tribunaux de Venezuela (arrêt du 20 octobre 2011, exp. n°11-0844).

⁶ Cette loi a été abrogée par une nouvelle loi adoptée en 2000 et entrée en vigueur en 2001. Cependant, les règles mentionnées avaient déjà perdu leur efficacité depuis 1986, lorsque le « catalogue » de fors de compétence contenu dans la loi du pouvoir judiciaire de 1985 est entré en vigueur. V. M. A. Amores Conradi, « La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: Article 22 LOPJ », *REDI* 1989, p. 113. Sur la situation précédente, v. A. Miaja de la Muela, « El 'imperialismo jurisdiccional' español y el derecho internacional », *Mélanges C. Fragistas*, vol. I-B, Université Aristotélique 1968, p. 87.

⁷ Ou, en utilisant d'autres termes, la conception de l'activité juridictionnelle de l'Etat comme *pouvoir* a été progressivement substituée par la notion de *fonction*. V. A. Heldrich, « Die Interessen bei der Regelung der internationalen Zuständigkeit », *Festschrift für Hans G. Ficker*, Alfred Metzner 1967, p. 209 et, surtout, T. Pfeiffer, *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, Klostermann 1995, pp. 201-204.

générale à l'autolimitation et à la limitation concertée de la portée de la compétence juridictionnelle s'est confirmée, voire approfondie, durant cette période (A).

A. La limitation du domaine de la compétence juridictionnelle

6. Le rythme d'élaboration des lois nationales en matière de compétence judiciaire internationale n'a pas été aussi trépidant durant la dernière décennie que précédemment. Néanmoins, la tendance vers le rétrécissement de la portée de la compétence est facile à constater dans l'observation de certaines données, non limitées aux activités législatives des États. Ainsi, les derniers instruments européens régissant la compétence juridictionnelle, tant les instruments supranationaux⁸ que conventionnels⁹ ne font que confirmer la ligne ouverte en 1968 lorsque les six États originaires de la Communauté économique européenne d'alors décidèrent que, pour garantir l'efficacité intra-communautaire des résolutions judiciaires en matière civile et commerciale, il fallait, au préalable, se distribuer la compétence judiciaire concernant les litiges relatifs à ces matières. La conséquence logique de la décision d'embrasser la conception « double » pour la réglementation des conflits de juridiction, a été la limitation du volume de compétence octroyée à chacun de ces États. Quarante-cinq ans après, nous sommes déjà habitués à cette limitation, à tel point que la possibilité qu'un tribunal décline sa compétence dans certains cas ou que la compétence des tribunaux d'un État soit « interdite » par rapport à certaines catégories de cas (comme pour les matières soumises à compétence exclusive lorsque le for pertinent se trouve ailleurs) semble absolument normal. Il est aussi normal que les effets de la litispendance et de la connexité internationales puissent aussi être déployés lorsque la juridiction première saisie n'est pas une juridiction d'un État membre¹⁰. Dans ce contexte, les normes de compétence judiciaire des derniers instruments européens ne peuvent surprendre personne¹¹.

⁸ Il s'agit notamment du règlement 1215/2012 (refonte du règlement de Bruxelles I, général en matière civile et commerciale), mais aussi des règlements 2201/2003 (Bruxelles II bis, en matière familiale), 4/2009 (en matière d'aliments) et 650/2012 (en matière de successions).

⁹ Convention de Lugano de 2007, reprenant les solutions du règlement de Bruxelles I pour les rapports entre les États de l'Union européenne et ceux de l'Association européenne de libre échange.

¹⁰ Règlement de Bruxelles I refonte, articles 33 et 34.

¹¹ Or, le contenu concret des solutions et les conditions d'application de celles-ci sont naturellement discutables. V. par exemple, sur les articles mentionnés dans la note précédente, J.-P. Beraudo, « Regards sur le nouveau règlement *Bruxelles I* sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2013, pp. 753-756.

7. La situation est partiellement différente en ce qui concerne la jurisprudence de plusieurs États autour du globe dans lesquels la tendance limitative s'aperçoit de façon nette. Le cas le plus frappant est celui de la jurisprudence nord-américaine où la cour suprême se prononça pour l'absence de compétence des juridictions de ce pays dans deux affaires en matière de responsabilité dérivée du fait des produits. En effet, dans deux décisions très commentées de 2011¹², la cour considéra que l'exigence de contacts minimums avec les juridictions nord-américaines n'était pas remplie malgré les liens des situations envisagées et les États-Unis. Dans le premier cas, relatif à la production d'un dommage physique sur un opérateur d'une machine située dans un État de ce pays, la raison donnée par la Cour a été que le fabricant étranger de la machine n'avait pas ciblé le dit état (décision majoritaire). Dans le deuxième cas, la Cour affirme que les ventes effectuées dans un État nord-américain ne suffisent pas pour attirer une société étrangère vers cet État pour des dommages produits hors des États-Unis (décision unanime). Parmi les multiples aspects susceptibles d'être commentés en relation avec ces décisions, ce qui m'intéresse de souligner est simplement que la cour a décidé de restreindre la portée de la compétence juridictionnelle jusqu'à maintenant reconnue aux tribunaux nord-américains¹³.

8. La décision de la cour suprême du Canada dans les affaires *Club Resorts*¹⁴ va, en dépit des apparences¹⁵, dans le même sens, comme on peut facilement le constater à la lecture d'une des premières phrases de la décision, dans laquelle la cour affirme que les tribunaux canadiens préfèrent, « à un régime où chaque juge exercerait un pouvoir purement discrétionnaire, une approche leur permettant de se fonder sur un ensemble de facteurs précis auxquels ils confèrent l'effet d'une présomption »¹⁶. Et plus encore : « la nature des rapports régis par le droit international privé interdit de réduire le cadre applicable à la déclaration de compétence à un régime précaire et ponctuel élaboré sur le coup au cas par cas, aussi louable que soit l'objectif

¹² *J. McIntyre Machinery, Ltd v. Nicastro*, 131 S Ct 2780 (2011), et *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown*, 131 S Ct 2846 (2011).

¹³ V., parmi les nombreux commentaires de ces décisions, P. J. Borchers, « Personal Jurisdiction over Foreign Companies: New Developments in US Law », *IJPL-RIDP* 2013-1, p. 5.

¹⁴ *Club Resorts Ltd v. Van Breda* et *Club Resort Ltd v. Charron*, 2012 SCC 17. V. aussi *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, et *Breeden v. Black*, 2012 SCC 19 (cette dernière est une affaire interprovinciale).

¹⁵ Bien que la cour retienne la compétence des juridictions canadiennes pour les deux espèces, cela est fait sur le fondement de la constatation de facteurs objectifs : la conclusion d'un contrat en Ontario et l'exploitation d'une entreprise en Ontario par la défenderesse. V., cependant, V. Black, « Simplifying Courts Jurisdiction in Canada », *Journ. of PIL* 2012, p. 411.

¹⁶ Par. 75.

d'équité individuelle »¹⁷. Sur ces prémisses, la cour soutient l'exigence que la compétence des tribunaux canadiens ne peut se fonder que sur la base d'un lien « réel et substantiel » entre la situation juridique ou l'objet du litige et le Canada (ou la province concrète), lien qui doit se baser sur des facteurs objectifs.

9. Parmi les œuvres législatives récentes concernant la compétence judiciaire internationale, la plus remarquable est celle adoptée par le Japon en 2011¹⁸. Cette loi introduit pour la première fois dans cet État des règles positives spécifiques pour la détermination de la compétence des tribunaux japonais vis-à-vis des cas internationaux¹⁹. Bien que le système prétorien antérieur avait déjà établi certaines limites au domaine de la compétence des tribunaux japonais, le caractère autolimité de cette compétence devient encore plus évident avec cette loi²⁰. Il est en effet évident que le fait de lister les situations dans lesquelles les tribunaux nationaux sont compétents implique de reconnaître qu'ils ne sont pas compétents pour le reste des situations envisageables. Au fond, il semble que les autorités japonaises ont réalisé que le fait de compter avec une réglementation claire de la compétence judiciaire internationale est trop important dans le contexte actuel du commerce international pour un pays si actif dans celui-ci. Ainsi, même si certaines nouveautés ont été introduites (notamment en matière de contrats de consommation et de travail), la finalité essentielle semble être celle de rendre plus compréhensible le système pour les opérateurs étrangers²¹.

¹⁷ Par. 73.

¹⁸ Loi n°36 du 2 mai 2011, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2012, modifiant le code de procédure civile ainsi que la loi régissant les mesures provisoires. V. Y. Nishitani, « Die internationale Zuständigkeit japanischer Gerichte in Zivil- und Handelssachen », *IPRax* 2013-3, p. 28.

¹⁹ L'application de règles sur la compétence interne à certaines affaires internationales avait été préconisée par la cour suprême. V. M. Dogauchi, « New Japanese Rules on International Jurisdiction: General Observation », *JYIL* 2011, pp. 262-264.

²⁰ L'autolimitation est très claire dans l'article 3-10 du code de procédure civile, lequel établit une sorte d'effet réflexe pour les fors exclusifs prévus pour la loi japonaise sur la compétence judiciaire internationale. Dans ce sens, même si les juridictions japonaises sont compétentes sur la base d'une des dispositions des articles 3-2 à 3-4 ou 3-6 à 3-9, elles ne peuvent se déclarer compétentes si un tribunal étranger a la compétence exclusive en application des critères de compétence exclusive prévus dans l'article 3-5 du même code. V. K. Takahashi, « Japan's New Act on International Jurisdiction », disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=2189684>, p. 11.

²¹ De ce point de vue, la finalité ressemble à celle de la nouvelle réglementation française de l'arbitrage, contenue dans le décret n°2011-48 du 13 jan. 2011.

10. Aux quasi-antipodes du Japon, les projets législatifs en matière de droit international privé de l'Uruguay²² et de l'Argentine²³ manifestent aussi le choix d'une compétence non expansive. Cette affirmation n'est pas une simple déduction à partir de la constatation de l'adoption des catalogues de chefs de compétence, mais le résultat de la teneur des normes, notamment, des règles telles que celles des articles 57 du projet uruguayen et 2604 du projet argentin introduisant la litispendance internationale. Une autre norme significative dans le même sens restrictif est celle de l'article 60 al. 1 du projet uruguayen, selon lequel « la juridiction exclusive des tribunaux de la République a un caractère exceptionnel, son interprétation doit être faite restrictivement et elle n'a pas (un for) d'attraction sur d'autres questions qui pourraient être suscitées par la même affaire ».

11. Toutes ces manifestations, malgré leurs différences, vont dans le même sens. Que ce soit dans l'Union européenne, dans les Amériques ou en Asie, l'évolution durant la dernière décennie ne fait que confirmer celle des précédentes. Déjà vers la fin du siècle dernier, le projet échoué de la Conférence de La Haye qui visait l'adoption d'une « convention mondiale d'exéquatour »²⁴ a clairement montré quel était le *status questionis* dans la matière. On a été incapable d'arriver à un accord général mais, parmi d'autres choses, les longues années de discussion ont permis de constater, sans la moindre ombre d'un doute, que la concurrence de fors est un principe élémentaire de la compétence juridictionnelle et que le corollaire logique de ce principe est le caractère nécessairement limité du domaine reconnu à chaque sphère étatique. Les travaux sur

²² Projet de loi générale de droit international privé. V. D. Operti Badán et C. Fresnedo de Aguirre, « The Latest Trends in Latin-American Private International Law: The Uruguayan 2009 General Law on Private International Law », *YBPIL* 2009, p. 305. La dernière version officielle du projet, incluant certaines modifications du texte original, est datée du 11 septembre 2013. (<http://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/almagro-proyecto-ley-derecho-internacional-privado>).

²³ Il s'agit d'un chapitre du projet de code civil et commercial présenté au parlement argentin en 2012 (<http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Texto-del-Proyecto-de-Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion.pdf>). V. M. E. Uzal, « Breve panorama de la reforma de derecho internacional privado », in J. C. Rivera (dir. publ.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, AbeledoPerrot 2012, p. 1179.

²⁴ La Convention de 2005 sur les accords de sélection de for a été pris par certains comme un prix de consolation (d'une façon parfois un peu exagérée. V. J. Talpis et N. Kmjevic, « The Hague Convention on Choice of Court Agreements of June 30, 2005 : The Elephant that Gave Birth to a Mouse », *Southwestern Journ. of L. and Trade in the Americas* 2006, p. 1), tandis que d'autres ont regretté sa timidité (c'est le cas, parmi d'autres, du destinataire de cet hommage. V. B. Audit, « Observations sur la Convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for », in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 171). Ce dernier reconnaît, cependant, que les travaux et même les difficultés rencontrées pendant les négociations du projet dit mondial « sont du plus grand intérêt ». V. « Cours général », p. 364.

« le projet sur les jugements » ont été relancés en 2012²⁵ et, même s'il semble exister une certaine résistance au traitement de la question de la compétence judiciaire internationale de la part de certains États, le principe et le corollaire indiqués continueront à montrer leur vigueur. En ce qui concerne les instruments non contraignants, les principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale, adoptés en 2004, expriment la même idée de fond²⁶.

B. L'accentuation du caractère exceptionnel des fors exorbitants

12. La restriction – fût elle jurisprudentielle ou législative – du domaine de la compétence juridictionnelle pourrait être illusoire si le système gardait des chefs de compétence exorbitants d'application générale. Or, l'observation de l'évolution de ces fors montre que, même s'ils continuent à être présents dans la plupart de systèmes juridiques et à se voir appliqués dans la pratique, il existe une forte tendance sinon à leur élimination au moins à la restriction de leur domaine d'application et à la limitation de leur effets. Plusieurs manifestations de réaction contre les fors exorbitants ont déjà eu lieu pendant le XIX^e siècle²⁷ mais sa condamnation généralisée s'est fait plus visible à partir de leur configuration en tant que fors interdits dans la Convention de Bruxelles de 1968 pour les litiges dont les défendeurs sont domiciliés dans un État contractant²⁸. L'avant-projet de la dite convention mondiale d'exequatur de La Haye, n'a fait qu'universaliser cette condamnation, en incluant une liste non exhaustive de critères qui ne remplissent pas l'exigence retenue par l'avant-projet pour accepter la compétence établie par les règles étatiques, c'est-à-dire, l'existence d'un lien substantiel entre le litige et l'État concerné²⁹. Enfin, les critères exorbitants mentionnés dans les principes ALI/UNIDROIT³⁰ n'opèrent en réalité que comme indices de connexion pour l'application du for de nécessité (« si aucune autre juridiction n'apparaît raisonnablement compétente »).

²⁵ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=149

²⁶ Cf. en particulier son article 2, contenant les principes relatifs à la compétence à l'égard des parties.

²⁷ V. D. P. Fernández Arroyo, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *Recueil des cours*, t. 323, 2006, p. 131.

²⁸ Le titre de la partie du Cours général de Bernard Audit s'occupant des fors exorbitants transmet d'une manière fort éloquente cette idée : « condamnation des fors exorbitants ». V. « Cours général », pp. 397-415.

²⁹ V. l'article 28 de l'avant-projet et les commentaires dans le *Rapport Nygh/Pocar*, pp. 78-85. V., dans le même sens, le principe 2.1.2 des principes ALI/UNIDROIT.

³⁰ Principe 2.2.

13. Pendant la dernière décennie, les législations se sont montrées plus restrictives à cet égard, pour ne pas dire plus raisonnables. Le code belge de droit international privé, la loi japonaise de 2011 déjà mentionnée, les projets uruguayen et argentin précités expriment une plus grande réticence des législateurs contemporains concernant ces critères vétustes³¹. Dans le cas japonais, un regard superficiel pourrait laisser penser que tant le for du patrimoine³² que le *doing business*³³ ont été accueillis par la nouvelle législation³⁴. Cependant il faut nuancer cette première impression : le for du patrimoine existe certainement mais il est un peu limité par l'exclusion des cas « où la valeur de ces biens est extrêmement basse »³⁵ ; le *doing business*, à mon avis, n'existe pas en tant que tel, dès lors que le for en question exige que l'action soit en relation avec les affaires réalisées au Japon³⁶. En ce qui concerne le projet argentin, le cheveu dans la soupe serait un for à potentialité exorbitante selon lequel en matière contractuelle l'exécution de n'importe quelle prestation en Argentine suffit pour justifier la compétence des tribunaux de ce pays³⁷.

14. En ce qui concerne le droit international privé de l'Union européenne, l'histoire est connue. La proposition faite par la Commission en 2010 pour reformuler le règlement de Bruxelles I dans le sens d'une interdiction de l'application des fors exorbitants indépendamment de la localisation du domicile du défendeur a été considérée comme trop audacieuse, ce à quoi l'on pouvait s'attendre ; une bonne initiative a été malheureusement avortée³⁸. Tandis qu'une grande partie de

³¹ En même temps, certaines juridictions ont finalement décidé d'abandonner des mécanismes exorbitants très anciens. V. Cour suprême d'appel (SCA) de l'Afrique du sud, 23 nov. 2007, *Bid Industrial Holdings v. Strang* (615/06). V. commentaires de R. F. Oppong et O. Sibanda dans *Journ. of PIL* 2008, p. 311 et p. 329, respectivement. C'est vrai que quelques mois avant cette décision, la même cour confirmait la subsistance du for de l'assignation (SCA, 29 nov. 2006, *Richman v. Ben-Tovim* (674/05)), un des fors exorbitants les plus caractérisés. Néanmoins, cela a été fait non pour élargir la portée de la compétence sud-africaine mais pour reconnaître un jugement étranger adopté sur ce fondement exorbitant. V. R. F. Oppong, *Journ. of PIL*, 2007, p. 321.

³² V. B. Audit, « Cours général », pp. 404-409 ; D. P. Fernández Arroyo, *loc. cit.*, pp. 155-158.

³³ V. B. Audit, « Cours général », pp. 413-414 : *loc. cit.*, pp. 148-155.

³⁴ Art. 3.3, alinéas 3 et 5 du code de procédure civile, respectivement.

³⁵ En outre, l'incorporation du *forum non conveniens* « à la japonaise » (art. 3-9 du code de procédure civile, v. *infra*, n°20), octroie une voie d'échappement à l'exorbitance éventuelle. V. K. Yamamoto, « International Jurisdiction Based on the Location of Property », *JYIL* 2011, p. 318.

³⁶ Cette restriction vient corriger l'exorbitance consacrée dans le *leading case Malaysian Airlines* (cour suprême, 16 oct. 1981) V. Y. Nishitani, « International Jurisdiction of Japanese Courts in A Comparative Perspective », *NILR* 2013, pp. 260-261.

³⁷ C'est dire qu'il ne s'agit pas du lieu d'exécution du contrat et non plus du lieu de l'exécution de la prestation qui sert de base à la demande mais toute exécution d'une prestation contractuelle. V. article 2650 b), reproduisant le critère adopté par la cour suprême dans l'affaire *EBASA c. Holiday Inns*, 20 oct. 1998.

³⁸ Cependant, le caractère expressément révisable du règlement autorise à parler d'un « échec provisoire ». V. L. d'Avout, « La refonte du règlement Bruxelles I (règlement UE n°1215/2012 du 12 décembre 2012) », *D.* 2013, p. 1014 ss., n°10.

l'attention s'est focalisée sur l'élimination de l'exéquat dans la circulation interne des décisions (ce qui était déjà assez avancé et qui était à plusieurs égards une conséquence logique de postulats unionistes relatifs à la création d'un espace judiciaire européen), la vraie réforme a été vite écartée. En effet, la proposition de supprimer le domicile du défendeur dans un État membre en tant que condition d'applicabilité du règlement portait en soi un changement d'envergure, bien que non tout à fait surprenant³⁹. Son adoption aurait provoqué, d'un côté, que les critères de compétence directe retenus par le règlement auraient été appliqués à toutes les actions comprises dans son domaine matériel et, d'un autre côté, que les fors contenus dans la liste de la honte⁴⁰ seraient devenus inutilisables quel que soit le domicile du défendeur.

15. Pour compenser cette manifestation salutaire d'autolimitation, la proposition de 2010 incluait deux cartes particulières : un for de nécessité et un for du patrimoine. Le premier ne saurait être considéré comme un for exorbitant⁴¹ si l'on admet que l'idée d'exorbitance peut être comprise comme l'absence de caractère raisonnable, situation produite par l'inexistence d'un lien substantiel entre le litige et le for et/ou par le traitement inégalitaire des parties (normalement discriminatoire à l'égard du défendeur). Pourtant, l'article 26 de la proposition, outre l'exigence d'un lien « suffisant »⁴² avec l'État membre de la juridiction saisie, accordait à cette règle un caractère exceptionnel, ce qui s'oppose aux caractéristiques habituelles et plus gênantes des fors exorbitants. Certes, on peut admettre que rien n'empêche qu'un juge fasse une interprétation large de la suffisance du lien. Néanmoins, le for de nécessité ne peut être mis en œuvre que si une situation, par définition exceptionnelle, de déni de justice risque de se produire. C'est là la grande différence avec les fors exorbitants, dont l'aspect le plus gênant est leur application ordinaire, automatique⁴³.

³⁹ V. déjà D. P. Fernández Arroyo, *loc. cit.*, pp. 236-238.

⁴⁰ « La confession des péchés des États membres », selon P. Schlosser, « Jurisdiction in International Litigation – The Issue of Human Rights in Relation to National Law and to the Brussels Convention », *Riv. dir. int.*, 1991, p. 5. Dans le règlement encore en vigueur (n°44/2001) ladite liste est comportée dans l'annexe 1. Dans le nouveau texte, les articles 5.2, 6.2 et 76.1.a) indiquent l'obligation des États membres de notifier à la Commission leurs fors exorbitants.

⁴¹ Voir, cependant, H. Gaudemet-Tallon, « La refonte du Règlement Bruxelles I », in M. Douchi-Oudot et E. Guinchard (dirs. publ.), *La justice civile européenne en marche*, Dalloz 2010, p. 24.

⁴² Comme l'article 3 de la loi suisse de droit international privé et l'article 3136 du code civil du Québec.

⁴³ Cela ne se confond pas avec le caractère général. Celui-ci (c'est-à-dire, son applicabilité pour toutes les matières) existe dans la plupart des fors exorbitants mais pas dans tous. Cf. par exemple les fors exorbitants contenus dans l'article 19 de la loi 8 du 30 mars 1982 (modifiée par les lois 11 du 23 mai 1986 et 12 du 23 janvier 2009) du « code maritime » panaméen, tous applicables aux litiges relatifs à cette matière.

16. Ce n'est pas le cas du for du patrimoine, dont le caractère intrinsèquement exorbitant a été souligné à maintes reprises. Sa présence à juste titre dans l'article 18 de l'avant-projet de convention mondiale d'exéquat de La Haye⁴⁴ sert de confirmation. Cependant, la formulation proposée par la Commission dans l'article 25 de la proposition arrondissait les angles exorbitants de ce critère. Concrètement, la Commission exigeait, ici aussi, un lien suffisant entre le for et le litige, exigence qui ne peut être remplie, bien évidemment, par la simple présence du bien sur le territoire. En outre, la valeur des biens du défendeur justifiant la compétence ne devait pas être disproportionnée par rapport à la valeur du litige. Donc, les deux contrepoids pouvaient, à mon avis, être considérés comme un prix acceptable à payer pour remplir la finalité louable de l'élimination générale des fors exorbitants, à condition de leur application non expansive.

17. Cela étant dit, même si la version finalement consacrée dans le règlement de Bruxelles I a abandonné la partie principale de la proposition concernant des États tiers (c'est-à-dire, l'élimination du domicile du défendeur en tant que critère d'applicabilité et l'interdiction générale consécutive de la possibilité d'utiliser les fors exorbitants) le fait à remarquer est que la discussion a été posée, que la Commission a maintenu cette idée et que plusieurs observateurs ont pu réaliser une fois de plus que la manutention du système du double standard pour les fors exorbitants, outre sa compatibilité douteuse avec les droits fondamentaux, n'a pas non plus de justification pratique⁴⁵. Pour ma part, je continue à trouver fort persuasifs les arguments qui reposent sur le respect des droits fondamentaux plutôt que ceux basés sur la protection exacerbée des parties locales. C'est ce qui me fait souscrire, mot pour mot, à la phrase suivante : « il serait de beaucoup préférable d'abroger les chefs de compétence exorbitants et de réserver la possibilité

⁴⁴ *Rapport Nygh/Pocar*, p. 78 : « la Commission spéciale n'a eu aucune difficulté à inclure cette compétence parmi les compétences interdites ».

⁴⁵ Certes, un effort de compréhension de l'indéniable exorbitance (au moins potentielle) des fors fondés uniquement sur la nationalité par rapport aux questions relatives au statut personnel est fourni par plusieurs auteurs français (v. H. Gaudemet-Tallon, « Le destin mouvementé des articles 14 et 15 du code civil français de 1804 au début du XXIème siècle », *Liber Fausto Pocar*, Giuffrè 2009, p. 433 ; E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, LGDJ 1999, pp. 94-97 ; B. Audit, « Cours général », pp. 402-404 ; etc.). En dehors de la France, on peut trouver d'autres justifications (v. la contribution de Teun Struycken aux mélanges Pocar sous le titre « Bruxelles I et le monde extérieur », p. 893). Pour une critique politique, dans ce sens que – en faisant cette sorte de renonciation unilatérale aux fors exorbitants – les États de l'Union européenne allaient perdre leur pouvoir de négociation à l'égard des États tiers, v. C. Kessedjian, *RTD eur.* 2011, p. 3. En fin, il a aussi eu des opinions sages et mesurées de l'extérieur (K. Takahashi, « Review of the Brussels I Regulation: A Comment from the Perspectives of Non-Members States (Third States) », *JPIL* 2012-1, p. 1), mais dans l'Union européenne on ne leur prêt qu'une oreille paresseuse.

d'une compétence exceptionnelle fondée sur le déni de justice, idée même qui a souvent inspiré ces chefs de compétence trop compréhensifs »⁴⁶.

C. L'appréciation discrétionnaire de la compétence judiciaire

18. Très connue et appliquée depuis longtemps par les juridictions de *common law*, l'appréciation discrétionnaire par le juge de sa propre compétence – et, plus concrètement, le mécanisme du *forum non conveniens* – a une répercussion considérable dans les systèmes de tradition civiliste⁴⁷, soit par voie d'une réception encore limitée, soit parce que les demandeurs affectés par l'application de cette technique appartiennent à ces systèmes. Ce n'est pas l'endroit ici pour élaborer toute une théorie sur cette question⁴⁸. Notre seul intérêt se borne à constater si la doctrine en question a évolué d'une manière particulière durant la dernière décennie. Et il est possible d'être assez sommaire à cet égard.

19. D'abord, il faut rappeler que dans le cadre de la Conférence de La Haye, outre la règle générale contenue dans l'article 22 de l'avant-projet du 30 octobre 1999⁴⁹, l'article 8 de la convention de 1996 sur la protection des enfants et l'article 8 de la convention de 2000 sur la protection des adultes ont accueilli de versions particulières du mécanisme de *forum non conveniens*. Il a aussi débarqué dans la mer souvent agitée du droit international privé de l'Union européenne, concrètement, dans l'article 15 du règlement de Bruxelles II bis et l'article 6 du règlement n°650/2012 relatif aux successions, et son application est déjà connue, non sans certaines difficultés⁵⁰. Les principes ALI/UNIDROIT l'ont eux aussi consacré pour les situations dans lesquelles « il apparaît que la compétence du tribunal serait manifestement inadéquate »⁵¹, en précisant que ce principe « doit être interprété à la lumière du principe de l'égalité procédurale

⁴⁶ B. Audit, « Cours général », p. 415.

⁴⁷ Bien que l'origine écossaise, donc "civiliste", soit souvent rappelée.

⁴⁸ Pour cela, v. C. Chalas, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM 2000 ; A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens, étude de droit international privé comparé*, Bruylant/LGDJ 2003.

⁴⁹ V. A. T. von Mehren, « Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies, and Practices of Common- and Civil-Law Systems. General Course on Private International Law (1996) », *Recueil des Cours*, t. 295, 2002, pp. 413-416

⁵⁰ V. CA Reims, ch. civ., sect. famille, 28 juill. 2009, n°08/02924, *JDI* 2012, p. 968, note C. Kleiner.

⁵¹ Principe 2.5.

des parties, qui interdit tout type de discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence »⁵². Tout cela indique que dans le contexte international et supranational, la discussion et l'admission de certaines formes de *forum non conveniens* n'est plus un tabou⁵³.

20. Au niveau étatique, le *forum non conveniens* continue à être une pièce primordiale des systèmes du *common law*, bien qu'avec des nuances selon les pays⁵⁴, exception faite pour le Royaume-Uni lorsque le règlement de Bruxelles I (et on peut bien déduire que cela vaut aussi pour d'autres instruments européens réglant la compétence judiciaire) est applicable⁵⁵. Dans les systèmes civilistes, outre l'application devenue habituelle au Québec⁵⁶, il faut souligner la consécration positive de la faculté de décliner la compétence dans le code de procédure civile japonais lorsque le tribunal trouve des « circonstances spéciales » selon lesquelles une procédure et une décision des juridictions japonaises pourrait affecter l'équité entre les parties ou la justice et l'efficacité de la procédure⁵⁷. Cette faculté, qui était déjà présente dans la jurisprudence⁵⁸, ne peut être exercée lorsque les tribunaux japonais sont saisis sur la base d'un accord exclusif d'élection de for⁵⁹.

⁵² Commentaire P-2F, en référence au principe 3.2.

⁵³ V. aussi la résolution de l'Institut de droit international, session de Bruges (2003), « Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* et aux *anti-suit injunctions* : principes directeurs », *Ann. IDI*, vol. 70-II, 2004, p. 252.

⁵⁴ Pour une explication claire de comment il est appliqué aux États-Unis, v. les affaires consolidées *Carlos Abad, et al. v. Bayer Corporation, et al.* (08-1504, 08-2146) et *Carlos Miguel Pastor, et al. v. Bridgestone/Firestone North American Tire LLC, et al.* (08-3101), cour d'appel du 7^e circ., 1^{er} mai 2009 (Juge Posner).

⁵⁵ Selon la doctrine *Owusu* (*supra*, n. 3). Sur la situation actuelle, v. D. McClean et V. Ruiz Abou-Nigm, *Morris – The Conflict of Laws*, 8^e éd., Sweet & Maxwell 2013, n°5-044 ss. Néanmoins, l'arrêt *Ferrexpo AG v. Gilson Investment Ltd & Others* [2012] EWHC 721 (Comm) semble ouvrir une voie sur la base dudit effet réflexe des fors exclusifs su règlement. V. Ch. Chalas, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 359.

⁵⁶ Bien que son bilan semble mitigé selon G. Saumier, « Le forum non conveniens au Québec : bilan d'une transplantation », *Mélanges Prujiner*, Yvon Blais 2011, p. 345. Le projet argentin de droit international privé de 1999 suivait le modèle de l'article 3135 du code civil québécois pour introduire le *forum non conveniens* avec un caractère exceptionnel.

⁵⁷ Parmi les différences entre la doctrine des « circonstances spéciales » développée par la jurisprudence japonaise et celle du *forum non conveniens*, il faut mentionner le fait que les juridictions japonaises peuvent décliner leur compétence mais non surseoir à statuer et que la doctrine a été utilisée non seulement pour décliner la compétence mais aussi pour la justifier (par exemple, cour suprême, 24 juin 1996, *D. Kono v. Taro Kono*) dans une sorte de for de nécessité. V. M. Dogauchi, « The Hague Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters from a Perspective of Japan », *JJPIL* 2001-3, pp. 89-90.

⁵⁸ Cette jurisprudence avait été confirmée par la cour suprême dans l'affaire *Family*, 11 nov. 1997. Cependant, des critiques sur l'attente à la prévisibilité ont été posées. V. K. Takahashi (*supra*, n. 20), pp. 13-14.

⁵⁹ V. aussi *supra*, n. 20.

21. Les constatations précédentes ne doivent pas faire ignorer que les sentiments des juristes des États de droit civil à son égard demeurent ambivalents⁶⁰. En effet, malgré la raisonnable abstraction d'un mécanisme qui cherche à trouver le juge le mieux placé pour trancher le litige, tribunaux et législateurs ont réagi en refusant le « renvoi juridictionnel » fait par les juridictions qui pratiquent le *forum non conveniens*. Ainsi, la Cour de cassation française a pu déclarer que les tribunaux français deviennent indisponibles lorsque les demandeurs ont déjà choisi un des fors (étrangers) possibles selon un instrument international⁶¹. L'expérience particulière du contentieux international en matière délictuelle relative surtout à l'environnement et à la santé publique dans les Amériques a amené certains États latino-américains et caribéens à adopter des législations pour bloquer les effets du *forum non conveniens* (nord-américain)⁶². Pour ces législations, il n'est même pas nécessaire qu'il existe une convention offrant un éventail de fors au choix de l'acteur pour refuser d'exercer la compétence *proposée* par tribunal nord-américain. Selon elles, dès que le demandeur a préféré saisir un tribunal étranger (celui du domicile du défendeur, par exemple) la compétence des tribunaux du for (normalement ceux de l'État où le fait dommageable a eu lieu) n'est plus disponible⁶³.

22. On ne devrait pas perdre de vue que la fonction essentielle du *forum non conveniens* est celle de servir de contrepoids aux fors exorbitants ou à la générosité débordante vis-à-vis de sa propre compétence. Dans le premier cas, le mécanisme jouerait un rôle protecteur des défendeurs dépourvus d'un lien avec le for (et cela semble être sa fonction originaires)⁶⁴. Dans le deuxième, tout au contraire, les protégés seraient les défendeurs « locaux ». Dans la mesure où la portée des fors exorbitants est de plus en plus réduite, le *forum non conveniens* montre sa facette la plus

⁶⁰ Selon H. Gaudemet-Tallon, « Les résistances à la technique du *forum non conveniens* », *IJPL-RIDP* 2012-1, p. 183, les systèmes de droit civil « restent très timides » voire « hostiles » vis à vis de la technique du *forum non conveniens*.

⁶¹ En l'espèce, la Convention de Montréal. Cass. civ. 1^{ère}, 7 déc. 2011, *West Caribbean Airways*. V. le commentaire de S. Adeline, *Unif. Law Rev.* 2013, p. 313. Afin qu'un tribunal puisse se déclarer « non convenient », la technique du *forum non conveniens* requiert, parmi d'autres exigences, qu'un autre for soit disponible.

⁶² Pour un panorama des réformes ou initiatives législatives, ainsi que des décisions judiciaires, v. V^o « *forum non conveniens* », *Dahl's Law Dictionary/Diccionario Jurídico Dahl*, 5^e éd., Hein 2010.

⁶³ Pour un exemple très net, v. l'article 1421-J du code judiciaire du Panama, incorporé par la loi n°32 du 1^{er} août 2006, et son application par la cour suprême, ch. civ., 3 août 2010, *Sara Grant Tobal c. Multidata Systems International*. Subsidièrement, lorsque l'exercice de l'action dans l'État voulu pour le demandeur n'est pas possible, ces législations accordent aux tribunaux locaux la faculté d'appliquer les critères et les montants de dommages de l'État dont les tribunaux se sont déclarés « *non conveniens* » (ainsi, dans le code judiciaire panaméen, l'article 1421-K).

⁶⁴ B. Audit, « Cours général », p. 388 ; A. Nuyts, *op. cit.*, p. 77 ss.

incompatible avec le droit d'accès à la justice et, par conséquent, est souvent critiqué comme étant injuste. Cependant, l'essence du *forum non conveniens* est, ou devrait être, que le juge ne peut pas décliner sa compétence lorsque cela emporte un déni de justice pour le demandeur⁶⁵. Et plus encore, la méfiance manifestée à l'égard de ce mécanisme semble ignorer que même sans l'appeler comme ça et sans besoin de règles spécifiques, la décision d'une cour concernant sa propre compétence prête souvent attention à la situation d'un tribunal appartenant à un autre État lié avec la même affaire⁶⁶. Cela semble fort logique dans un panorama dans lequel le *forum shopping* règne en être suprême. On ne peut, donc, que continuer à partager l'avis de Bernard Audit : « le demandeur dispose souvent d'un choix entre différents tribunaux, et l'on peut douter que la bonne administration de la justice soit le facteur qui guide l'exercice de ce choix ; la discrétion du juge n'est-elle pas à tout prendre moins grave que celle d'une partie ? »⁶⁷.

II. Le défi du droit d'accès à la justice

23. Il est possible de parler du droit d'accès à la justice en tant que défi parce que le respect de son exercice peut contredire le discours qui cherche à rétrécir le volume de compétence reconnu à chaque État. Plus on accorde d'importance à la facilitation de l'accès à la justice, plus il s'avère compliqué de demeurer fidèle à la tendance vers la limitation de la compétence judiciaire⁶⁸. Ainsi, par exemple, dans un ordre juridique qui a introduit le *forum non conveniens* sur le fondement que même dans les cas où les tribunaux d'un État sont en principe compétents, il n'est pas recommandable d'exercer cette compétence, les tribunaux devront parfois forcer un peu leurs arguments pour justifier le rejet de la compétence face à une saisine régulière des tribunaux de cet État, et l'écarter par principe lorsque leur compétence est fondée sur un accord d'élection de for. Dans ce contexte dominé par le rôle central du droit d'accès à la justice, de multiples questions

⁶⁵ Une telle semble être la notion anglaise de *forum non conveniens* issue de *Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd* [1987] AC 460. Voir R. Fentiman, « Theory and Practice in International Commercial Litigation », *IJPL-RIDP* 2012-2, p. 256.

⁶⁶ V. D. P. Fernández Arroyo, *loc. cit.*, p. 164.

⁶⁷ B. Audit, « Cours général », p. 393.

⁶⁸ Une telle tendance s'inscrit clairement sur un des pôles de la contradiction qui oppose « une recherche de l'ordre et de la prévisibilité à la quête d'une justice sur mesure à la fois contextualisée et individualisée », une des confrontations parmi d'autres caractérisant l'irruption des droits fondamentaux dans le domaine du droit international privé. V. H. Muir Watt, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », *Mélanges Patrick Courbe*, Dalloz 2012, pp. 468-470.

spécifiques sont susceptibles d'analyse et ce, en suivant différentes approches. Une des options possibles consiste à regarder l'exercice de ce droit fondamental en général, dans des conditions normales (A), et le mettre en contraste avec sa mise en œuvre dans des circonstances exceptionnelles (B).

A. La « normalité » du droit d'accès à la justice dans les cas pluri-connectés

24. Le droit d'accès à la justice en tant que droit fondamental a connu un développement impressionnant durant les dernières décennies. L'activité constante des tribunaux internationaux des droits de l'homme a constitué l'un des vecteurs principaux de son essor. Les relations privées internationales ne pouvant rester en dehors de ce courant⁶⁹, la question est devenue un élément central de la théorie⁷⁰ et la pratique⁷¹ du droit international privé. De telle sorte que les tendances vers la facilitation de l'accès à la justice, ainsi que d'autres aspects des droits fondamentaux, sont de plus en plus visibles concernant les questions de compétence judiciaire, de reconnaissance et exécution des décisions et de coopération entre autorités⁷². Cependant, si à l'intérieur de chaque État les difficultés pour préciser le contenu et la portée de ce droit dans des affaires internes ne dépassent pas celles que l'on peut trouver dans la résolution de tout différend juridique, une telle précision ne va pas de soi lorsque la situation envisagée est à caractère international.

25. Même en sachant que parler de droits fondamentaux implique de reconnaître une manifestation positive (et par conséquent « encadrée » dans un ordre juridique particulier, fût-il national, international ou supranational) de ceux-ci, sa matière première (les droits de l'homme) ne peut qu'avoir une vocation universelle. Dès lors, il est nécessaire de songer à s'accorder sur

⁶⁹ Même sans nier les aspects politiques évidents de cette démarche, il existe une compatibilité logique, tant juridique que métajuridique entre les disciplines des droits de l'homme et du droit international privé. V. P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *Recueil des cours*, t. 318, 2005, p. 21-22.

⁷⁰ H. Muir Watt, *Mélanges Patrick Courbe cit.*, p. 459.

⁷¹ Pour un exemple parmi beaucoup d'autres on peut regarder ce qui c'est passé en matière d'enlèvement d'enfants. V. P. Beaumont, « The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction », *Recueil des cours*, t. 335, 2008, p. 9.

⁷² Ainsi, récemment, la cour européenne de droits de l'homme a avalé la compatibilité entre l'élimination de l'exécutur dans le cadre du règlement de Bruxelles II et la convention européenne des droits de l'homme dans *Povse c. Austria*, 18 juin 2013, réq. 3890/11. V. les réflexions de H. Muir Watt dans <http://conflictolaws.net/2013/muir-watt-on-povse/>

certaines composantes indispensables que les droits fondamentaux doivent (ou devraient) présenter quand ils sont confrontés à des situations liées à des ordres juridiques différents.

26. En ce qui concerne l'accès à la justice dans la sphère internationale, la qualité qui ne peut pas manquer, quelle que soit la situation, c'est l'effectivité. Dans la terminologie de plusieurs pays, l'adjectif « effectif » qualifie toujours le substantif « accès ». La question est tout sauf banale : pour assurer le respect de ce droit fondamental, il ne suffit pas de mettre un for quelconque de compétence à disposition du demandeur sur le papier, si ce for n'est pas réalisable en pratique ou si, même s'il réalisable, il ne permet pas la concrétisation de l'allocation de droits faite par le juge. C'est pour cette raison, précisément, que la non reconnaissance infondée d'une décision judiciaire étrangère viole, en principe, le droit d'accès à la justice. Il peut en aller de même, en regardant la question de la perspective opposée, dans les cas où la compétence est assumée sur une base exorbitante qui ne sera pas acceptée dans le lieu ou les lieux de l'éventuelle exécution de la décision. D'autres moyens, outre la consécration d'un for de compétence adéquat, servent, dans des circonstances particulières, à rendre efficace l'accès à la justice, tels que les mesures et mécanismes procéduraux orientés à supporter les demandeurs sans ressources économiques⁷³ ou l'élimination de la *cautio judicatum solvi*⁷⁴.

27. Un autre aspect essentiel pour la configuration du droit d'accès à la justice est qu'il ne peut être mis en jeu qu'en garantissant l'équilibre avec les droits de la défense. Aucun argument fondé sur la justice n'autorise à préférer une partie sur l'autre. C'est en application de ce principe que, même lorsqu'il s'agit de faciliter l'accès à la justice de la partie typiquement faible d'une relation juridique, tant les législateurs que les juges, s'abstiennent en général de consacrer des fors à portée universelle en exigeant, au contraire, un minimum de rattachement de la situation avec le for et/ou la prévisibilité pour la partie défenderesse, réputée « forte » par hypothèse⁷⁵. Au fond, la

⁷³ Par exemple, la facilitation des procédures collectives, le pacte de *quota litis*, etc.

⁷⁴ Telle est la conception forgée dans la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice.

⁷⁵ Au surplus, beaucoup de systèmes juridiques n'autorisent l'application des règles de juridiction protectrices que si la partie faible remplit certaines caractéristiques bien définies et restrictivement interprétées. V. D. P. Fernández Arroyo, « Consumer Protection in Private International Relationships », in K. B. Brown et D. V. Snyder (dirs. publ.), *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Springer 2012, pp. 149-150.

contrainte de l'équilibre entre les droits des parties à une relation juridique est liée à une exigence générale de non-discrimination.

28. Inutile de dire que de la même façon que l'on écarte la prépondérance du droit d'accès à la justice au détriment des droits de la défense, tout discours privilégiant ces derniers au préjudice du premier est également contestable. Les arguments poussant leurs racines dans les principes consacrés localement par la constitution sont particulièrement inadéquats pour maîtriser une équation qui se développe à l'échelle globale⁷⁶. Les États conservent une marge de compétence très large pour résoudre à leur façon la plupart des questions imaginables, en incluant celles dont les éléments s'éparpillent dans plusieurs ordres juridiques. Ils peuvent le faire selon la manière qui convient le mieux à leurs traditions juridiques et à leurs principes⁷⁷. Mais la limite infranchissable devrait être que les options légitimes ne doivent pas être utilisées pour justifier des attitudes attentatoires aux principes tels que la non discrimination⁷⁸.

29. Sur la base des éléments mentionnés (efficacité, compatibilité avec les droits de la défense, non discrimination), l'exercice du droit d'accès à la justice est soumis en droit international privé à des conditions concrètes. Ainsi, pour la généralité des situations et nonobstant les différences entre elles, l'exigence consiste en l'existence d'une connexion suffisante entre les éléments du litige et le for⁷⁹. Cette exigence de proximité « objective » est remplacée, pour un nombre croissant de matières et dans la mesure et avec les conditions autorisées par la loi applicable au cas concret, par l'accord préalable des parties⁸⁰. Les listes exhaustives de critères de compétence ouvrant une juridiction contenues dans de nombreuses législations du monde, de la même façon

⁷⁶ V. cependant la construction autour du système juridictionnel nord-américain, basée sur le caractère prioritaire du *due process*, faite par R. A. Brand, « Access-to-Justice Analysis on a Due Process Platform », *Col. L. Rev.*, vol. 112, 2012, p. 76.

⁷⁷ V. A. Nuyts, « Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared », in A. Nuyts et N. Watté (dirs. publ.), *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruylant 2005, p. 157.

⁷⁸ Une fois de plus, on peut partager l'avis de B. Audit, « Cours général », p. 360 : « Aussi dans l'intérêt général des relations internationales comme dans celui des particuliers susceptibles d'être assignés dans un pays donné, il est préférable que la compétence ne s'exerce que dans des conditions reconnues acceptables par l'ordre international ». Cela dit, l'ordre international accepte parfois plus de choses qu'il devrait, notamment en matière d'immunité des États. V. les termes de cette contradiction dans H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). Cours général », *Recueil des cours*, t. 312, 2005, p. 441 ss.

⁷⁹ Il est bien connu qu'un rapport suffisant n'est pas nécessairement le principal, ce qui distingue le lien exigé pour la compétence judiciaire de celui normalement requis pour la détermination du droit applicable selon la méthodologie savignienne. B. Audit, « Cours général », pp. 375-377.

⁸⁰ V. D. P. Fernández Arroyo, *loc. cit.*, pp. 42-47.

que les formules prétoriennes se référant aux « contacts minimums » ou aux « liens réels et substantiels », ont la fonction de concrétiser ou de permettre la concrétisation de l'exigence de lien suffisant. Tout cela n'est pas une nouveauté, évidemment, bien que compte tenu de la présence encore significative de critères de compétence exorbitante, ceci mérite d'être mentionné. Il convient de remarquer, au surplus, que lorsque l'American Law Institute et l'UNIDROIT se sont mis d'accord pour rédiger les principes du procès civil transnational, ils ont confirmé expressément ces tendances⁸¹.

30. Dans le contexte du sujet traité dans cet article, plusieurs questions pourraient se poser. Par exemple : le droit individuel à l'accès à la justice est-il limité par la théorie du *forum non conveniens* ? Le droit d'accès à la justice signifie-t-il le droit à n'importe quelle justice étatique, à la justice la mieux placée ou à la justice choisie par le demandeur ? L'État d'origine du demandeur peut-il (ou doit-il) soutenir le choix de celui-ci d'une juridiction étrangère ? Faudrait-il encadrer plus strictement l'exercice du *forum non conveniens* ? Des réponses convaincantes autour de ces questions ont été avancées dans une étude visant certaines dérives de l'application de la doctrine du *forum non conveniens* aux États-Unis⁸². Les auteurs attirent l'attention vers le cas des actions qui sont refusées sur le fondement de la disponibilité d'un for étranger plus convenable et adéquat, qui devient absolument exécutable et perverti au moment de la présentation du jugement étranger pour son exécution aux États-Unis, en créant ainsi un barrage à la réalisation du droit d'accès à la justice. Afin de remédier à cette situation, ces auteurs plaident pour une conciliation entre les logiques employées dans l'évaluation de l'adéquation des fors étrangers⁸³.

B. Les situations exceptionnelles

31. Ce que nous venons de voir ne concerne que la mise en œuvre de la garantie d'accès à la justice dans des cas qui pourraient, avec toutes les nuances nécessaires, être considérés comme « normaux », prévisibles. C'est-à-dire, ces cas qui s'encadrent dans un (ou plusieurs) des critères

⁸¹ Cf. en particulier l'article 2. V. R. Stürmer, « The Principles of Transnational Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions », *RabelsZ* 2005, p. 219.

⁸² V. Ch. A. Whytock et C. B. Robertson, « Forum Non Conveniens and The Enforcement of Foreign Judgments », *Col. L. Rev.*, vol. 111, 2011, p. 1444.

⁸³ *Ibid.*, p. 1514.

préétablis par le législateur ou forgés par la jurisprudence. Cependant, la réalité montre, plus souvent que l'on pourrait le prévoir, la production de cas pour lesquels la compétence ne peut pas rester fermée sans risque de tomber dans un déni de justice. Le droit international privé comparé reflète la progressive généralisation de la formulation expresse de ce for de compétence, le *forum necessitatis*⁸⁴. L'idée, pourtant, n'est pas si originale et les exemples de tribunaux qui assument la compétence pour éviter un déni de justice apparaissent partout depuis des temps anciens ou très anciens⁸⁵, sans besoin d'une règle consacrant spécifiquement cette possibilité.

32. La seule finalité du for de nécessité est la facilitation de la réalisation du droit fondamental d'accès à la justice. Sous aucune justification peut-il se convertir dans un for-balai pour attraper toutes ou certaines situations non prévues dans le catalogue de compétences élaboré par le législateur ou qui ne rentrent pas dans les paramètres fixés par la jurisprudence pour fonder la compétence des tribunaux de l'État. De fait, l'observation de l'évolution de ce critère permet de conclure qu'il existe une tendance au rétrécissement de son domaine. Dans la formule de droit positif la plus répétée – celle de l'article 3 de la loi fédérale suisse de droit international privé⁸⁶ – on pouvait déjà constater l'encadrement du recours à ce for à travers sa caractérisation comme exceptionnel et l'exigence d'un lien suffisant entre le litige et le for⁸⁷.

33. Plus récemment, la rédaction du *forum necessitatis* dans les projets de droit international privé de l'Uruguay et de l'Argentine actuellement soumis à leurs parlements respectifs, la tendance qui vient d'être citée est confirmée et élargie. Le projet uruguayen⁸⁸ dispose que « sans préjudice des normes contenues dans les conventions internationales, ou à défaut d'elles, les tribunaux de la République ont compétence dans la sphère internationale lorsque, même en l'absence de compétence dans la sphère internationale selon d'autres règles de cette loi, toutes ces

⁸⁴ L'application pratique est parfois problématique. V. tribunal fédéral suisse, 1^{er} ch. civ., 15 déc. 2005, et 2^e ch. civ., 22 mai 2007 ; cour suprême canadienne, 22 juill. 2005, *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46 (CanLII) ; et V. Retornaz et B. Volders, « Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif », *Rev. crit. DIP* 2008, p. 225.

⁸⁵ Par exemple, en France, *Koehler*, Cass. req., 7 mars 1870, *S.*, 1872, I, 361 ; en Argentine, *Vlasov*, Cour suprême, 25 mars 1960, *Fallos*, 246:87.

⁸⁶ Quelques années avant l'adoption de la loi suisse, le *forum necessitatis* avait déjà été inclus dans l'article 2 de la convention interaméricaine sur la compétence indirecte (CIDIP III, La Paz, 1984).

⁸⁷ De la même façon, au Canada, « c'est désormais clair que ce n'est pas suffisant qu'aller à l'étranger serait plus compliqué et coûteux ». V. J. Talpis et G. Goldstein, « The Influence of Swiss Law on Quebec's 1994 Codification of PIL », *YBPIL*, 2009, p. 353.

⁸⁸ Article 56, al. 8.

exigences sont remplies cumulativement : l'intervention du tribunal est nécessaire pour éviter (le) déni de justice ; b) le juge d'aucun autre État ne peut connaître de l'affaire ou il n'est pas possible d'exiger raisonnablement que la demande soit intentée à l'étranger ; c) le cas a des liens significatifs avec la République ; d) ses tribunaux sont en condition de garantir un procès équitable et ; e) le jugement à adopter est susceptible de reconnaissance ou exécution ». Le texte argentin⁸⁹ retient bien entendu l'exigence d'exceptionnalité et la finalité d'éviter le déni de justice, en ajoutant les conditions suivantes : que la demande à l'étranger ne soit pas raisonnable ; que la situation ait un lien suffisant avec l'Argentine ; que les droits de la défense soient garantis et que l'efficacité de la décision soit prise en compte.

34. Le message de ces dispositions est transparent. Étant par définition l'objet du droit international privé, les relations privées liées avec différents ordres juridiques, le fait de devoir affronter un litige à l'étranger est (ou devrait être) parfaitement prévisible pour quelqu'un qui participe volontairement à une relation de ce type. De là l'exigence d'exceptionnalité. Par conséquent, le for de nécessité ne pourra être exercé que lorsque la saisine d'un tribunal étranger compétent est en l'espèce déraisonnable, ce qui ne doit être d'aucune façon assimilé à « incommode » et que, au contraire, il se rapproche assez, sans se confondre nécessairement avec lui, à « impossible »⁹⁰. Le souci d'effectivité expressément manifesté dans les projets sud-américains reflète la notion véritable du droit d'accès à la justice précédemment mentionnée⁹¹. La faveur faite au demandeur en ouvrant exceptionnellement un for de compétence serait plutôt une tromperie si les chances de reconnaissance et/ou exécution du jugement à adopter étaient dès le départ compromises. Évidemment, cette condition, en dépit de son importance, ne peut avoir le même poids que les autres car les effets qu'une décision judiciaire pourra avoir à l'extérieur n'est pas toujours facilement prévisible ni maîtrisable.

35. La justification de la liste de conditions exigées pour la configuration du *forum necessitatis* s'affaiblit face aux situations dans lesquelles la demande est motivée par des violations graves

⁸⁹ Article 2602.

⁹⁰ V., par exemple, Cass., ch. soc., 10 mai 2006, *Épx Moukarim v. Isopehi*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 856, note E. Pataut et P. Hammje ; *JCP* 2006, p. 1405, note S. Bollée. Dans cette affaire, la cour a retenue la compétence des juridictions françaises dans une situation qui, se présentant comme une relation de travail avec un rapport plutôt faible avec la France, était en réalité un véritable cas d'esclavage.

⁹¹ V. *supra*, n°26-28.

des droits de l'homme⁹². Même si toutes les raisons peuvent être importantes aux yeux de qui saisit un tribunal dans un cas international, on peut comprendre sans difficulté qu'une réclamation fondée sur l'inexécution d'un contrat ne provoque pas la même répercussion qu'une autre fondée sur une pollution qui a touché des centaines de victimes. La question est évidemment universelle, mais elle a acquis une nouvelle dimension avec certaines affaires posées devant les tribunaux des États Unis, dont la plus célèbre (mais certainement pas la seule) est l'affaire *Kiobel*. En l'espèce, la question se posait de savoir si la disposition nord-américaine de l'*Allien Tort Statute* (ATS), qui donne compétence aux juridictions des États-Unis, indépendamment du lieu de production des dommages, dans des cas où une action en responsabilité délictuelle intentée par un étranger est fondée sur la violation de « *the law of nations or a Treaty of the United States* »⁹³, pouvait s'appliquer pour justifier la compétence des tribunaux nord-américains pour trancher un litige initié par un groupe de citoyens nigériens qui se disaient victimes de graves violations des droits de l'homme causées dans leur pays par des sociétés du groupe Shell incorporées aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, en complicité avec les autorités nigériennes. La cour suprême, en centrant son analyse sur la question de l'extraterritorialité⁹⁴, a refusé cette possibilité⁹⁵.

36. L'affaire *Kiobel* pose toute une série d'enjeux qui dépassent la finalité de cette contribution⁹⁶ et, bien que la décision de la cour suprême ferme pour l'instant la discussion à propos de l'application de l'ATS aux affaires non connectées avec les États-Unis, il est difficile de préconiser comment le sujet évoluera⁹⁷. Indépendamment de ce qu'il adviendra, des questions

⁹² V. les problèmes essentiels tournant autour de cette question dans G. Teubner, « The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors », 69 *Modern L. Rev.*, vol. 69, 2006, p. 327.

⁹³ Art. 28 § 1350 US Code.

⁹⁴ V. V. Grosswald Curran, « Extraterritoriality, Universal Jurisdiction, and the Challenge of *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* », *Maryland JIL*, vol. 28, 2013, p. 76.

⁹⁵ Cour suprême des États-Unis, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 17 avr. 2013, n°10-1491. Prémonitoire sur cette décision, v. J. A. Kirshner, « Why is the U.S. Abdicating the Policing of Multinational Corporations to Europe?: Extraterritoriality, Sovereignty and Alien Tort Statute », <http://blogs.sciences-po.fr/pilagg/files/2013/09/PILAGG-e-series-HR-1-Kirshner.pdf>

⁹⁶ Un excellent résumé de ces enjeux se trouvent dans H. Muir Watt, « Les enjeux de l'affaire *Kiobel* : le chaînon manquant dans la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises multinationales en droit international public et privé », *TCFDIP* 2010-2012, p. 233.

⁹⁷ V. V. Grosswald Curran, *loc. cit.*, p. 89 ; v. aussi certains des articles rassemblés dans *UC Irvine L. Rev.* vol. 3, 2013.

théoriques liées aux débats de fond en cours depuis longtemps sont posées par la décision⁹⁸. Mais, dans le contexte de ces pages, il faudrait se demander en toute simplicité si, outre qu'il ait été prévisible ou non, le jugement de la cour suprême pouvait ou devait être différent. Une réponse affirmative semble au moins en principe admissible concernant la première question⁹⁹. En effet, outre une ligne jurisprudentielle relativement ancienne dans ce sens¹⁰⁰, l'opinion du juge Leval dans la décision de deuxième instance donnait des arguments non négligeables. La réponse à la deuxième question est plus délicate. La tentation d'une ouverture des juridictions nord-américaines capable de compenser la gravité des faits motivant la demande est grande. Cependant, les difficultés pour une application équitable face au nombre de situations possibles à l'avenir peuvent être insurmontables. Le risque d'application arbitraire, causée par des arguments d'accointance politique semble considérable. Non par hasard, les *Guidelines* de l'ILA en la matière ont préféré garder l'exigence d'un lien suffisant entre le litige et le for saisi¹⁰¹. Apparemment, les situations exceptionnelles ne contredisent pas l'exigence générale du lien entre la situation envisagée et le for. Bien au contraire, elles le soulignent.

* * *

En conclusion, la résolution de la contradiction entre la tendance à restreindre le domaine de la juridiction de chaque État et l'obligation d'assurer l'accès à la justice des particuliers impliqués dans des situations privées pluri-connectées, doit être abordée essentiellement en niant l'existence d'une telle contradiction. À l'heure actuelle, il est possible de dire que les composantes fondamentales de la question sont susceptibles de se régler sur la base suivante :

⁹⁸ De ce point de vue, un des éléments les plus intéressants est que la décision d'un cas typique de droit international privé où était discutée la responsabilité extracontractuelle entre personnes privées, passait nécessairement par la détermination du domaine d'application spatiale et matérielle d'une notion caractéristique du droit international public. La cour d'appel du 2^e circuit (dans la décision précédente, du 17 sept. 2010) l'avait clairement exprimé : « si un défendeur est responsable sous l'ATS dépend entièrement de la question de savoir si ce défendeur peut être soumis au droit de la responsabilité selon le droit international. Il est inconcevable qu'un défendeur qui n'est pas responsable selon le droit coutumier international puisse être responsable selon l'ATS ». Une autre question d'intérêt théorique est que le contentieux relatif à l'ATS vient à rompre l'idée acceptée selon laquelle en matière de droit (international) public, il existerait une sorte de parallélisme inévitable entre la compétence judiciaire et la compétence législative (B. Audit, « Cours général », p. 371, n. 1174).

⁹⁹ Malgré la tendance à la restriction de la portée de la compétence juridictionnelle des tribunaux nord-américains. V. *supra*, n°7 et Ch. A. Whytock, « The Evolving Forum Shopping System », *Cornell L. Rev.*, vol. 96, 2011, p. 481.

¹⁰⁰ À partir de *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

¹⁰¹ Sofia Guidelines on Best Practices for International Civil Litigation for Human Right Violations as adopted by the International Law Association at its 75th Conference held in Sofia, Bulgaria (August 2012), n°2.3.

- La portée de la compétence est limitée, en tant que règle générale admise, aux affaires ayant un lien suffisant avec l'ordre juridique concerné.
- La tendance, encore faible (mais tendance tout de même), vers l'élargissement de la marge de manœuvre accordée à chaque autorité judiciaire par les ordres juridiques « civilistes » afin de départager les cas compliqués est perceptible et, en général, désirable, à condition d'être exceptionnelle et de respecter strictement le principe de non discrimination. Les mêmes conditions (et surtout la deuxième) devraient s'imposer dans l'application du *forum non conveniens* dans les États utilisant traditionnellement ce mécanisme.
- Les fors exorbitants résistant (encore) à la condamnation (presque) unanime doivent être interprétés et appliqués sous deux paramètres qui affaiblissent l'exorbitance : l'exceptionnalité et l'addition de critères de rattachement avec l'ordre juridique respectif.
- Le jeu des fors exorbitants conçus (ou devenus surtout utilisés) pour offrir des possibilités exceptionnelles d'agir aux demandeurs locaux doit être remplacé par un *forum necessitatis* fondé précisément, sur le droit fondamental d'accès à la justice en exigeant un lien additionnel avec le for. Formulée négativement, la seule justification de ces critères ne peut se fonder que sur le besoin d'éviter le déni international de justice.
- Les fors favorables aux parties faibles, toujours nécessaires, exigent des définitions et des conditions d'application aussi précises que possible de façon à éliminer les risques d'abus et la configuration de situations contradictoires avec la finalité essentielle poursuivie. Rien de plus paradoxal qu'un for de protection qui punit la partie faible.
- L'accès à la justice dans des situations ne présentant aucun rattachement significatif avec le for devrait être garanti dans la mesure où la demande est basée sur une violation grave des droits de l'homme. Néanmoins, il faut reconnaître que, en l'absence d'un instrument international (et d'une « cour civile internationale »), qui ne semble pas très facile à conclure, les risques de décisions arbitraires (en fonction des qualités des demandeurs et des défendeurs et en fonction des pays concrets affectés) est assez élevé.
- En tout état de cause, il semblerait préférable, dans ces cas, de sacrifier la restriction de la portée de la compétence judiciaire internationale attribuée à chaque État sur l'autel du droit fondamental d'accès à la justice que l'inverse, dans la mesure où ce dernier est interprété et appliqué en observant de façon stricte l'égalité entre les parties et en écartant toute tentation de colonialisme tardif.