



Chapitre d'actes

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles 1 / Lugano et  
quelques arrêts récents de la CJCE

---

Romano, Gian Paolo

**How to cite**

ROMANO, Gian Paolo. Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles 1 / Lugano et quelques arrêts récents de la CJCE. In: La Convention de Lugano : passé, présent et devenir : Actes de la 19e Journée de droit international privé. Bonomi, Andrea ; Ritaine, Eleanor Cashin ; Romano, Gian Paolo (Ed.). Lausanne. Genève : Schulthess, 2007. p. 165–209. (Publications de l'Institut suisse de droit comparé)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:46489>

Gian Paolo Romano\*

## Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles I / Lugano et quelques arrêts récents de la CJCE

De plus en plus volontiers, la CJCE se réclame du «principe de la sécurité juridique» pour étayer les décisions qu'elle rend à propos du système dit «Bruxelles I».<sup>1</sup> L'argument est même devenu à tel point récurrent dans le langage de la Cour que certains y ont vu une sorte de «litanie».<sup>2</sup> Ce mot malicieux entend sûrement mettre en garde contre ce qu'il peut, dans un tel discours, y avoir de rébarbatif voire d'irréfléchi. La question de la pertinence de l'appel à la sécurité juridique – qui en laisse en effet plus d'un songeurs<sup>3</sup> – mérite d'autant plus de retenir l'attention qu'en raison même de sa récurrence, cet appel semble bien livrer un «fil rouge» propre à relier les arrêts, sinon les plus importants, du moins sans doute les plus controversés qu'ont rendus ces dernières années les juges de Luxembourg. Aussi bien, invité, à l'occasion de la révision de la Convention de Lugano, à faire le point

\* Collaborateur scientifique à l'Institut suisse de droit comparé.

<sup>1</sup> CJCE 4 mars 1982, 38/81, *Effer*, Rec. p. 825, point 6; 17 juin 1992, C-26/91, *Handte*, Rec. I-3967, points 11, 12, 18 et 19; 20 janv. 1994, C-129/92, *Owens Bank*, Rec. I-117, point 32; 29 juin 1994, C-288/92, *Custom Made Commercial*, Rec. I-2913, point 15; 28 sept. 1999, C-440/97, *GIE Groupe Concorde et al.*, Rec. I-6307, point 23; 19 févr. 2002, C-256/00, *Besix*, Rec. I-1699, point 26; 9 sept. 2003, C-116/02, *Erich Gasser*, Rec. I-14693, points 51 et 72; 1<sup>er</sup> mars 2005, C-281/02, *Owusu*, Rec. I-1383, point 28; 13 juill. 2006, C-103/05, *Reisch Montage AG*, Rec. I-6827, p. 24; 16 juill. 2006, C-539/03, *Roche Nederland*, point 37; 16 juill. 2006, C-4/03, *GAT*, point 28.

<sup>2</sup> Ch. CHALAS, note sous CJCE 1er mars 2005, C-281/02, *Owusu*, *Rev. crit.*, 2005, p. 698 s., p. 711.

<sup>3</sup> Cf. A. BRIGGS, «Jurisdiction over Defences and Connected Claims: *Roche v. Primus*, *GAT v. LuK*, *Reisch v. Kiesel*», *L.M.C.L.Q.*, 2006, p. 447 s., p. 448 («what the Court believes to be legal certainty»); G. CUNIBERTI / M. WINKLER, note sous CJCE 1 mars 2005, C-281/02, *Owusu*, *Clunet*, 2005, p. 1190 («prétendue sécurité juridique») et G. CUNIBERTI, «Forum non conveniens and the Brussels Convention», *I.C.L.Q.*, 2005, p. 973 s.; Lord J. MANCE, «Exclusive Jurisdiction Agreements and European Ideals», *L.Q.R.*, 2004, p. 357 s. (pour qui la «legal certainty (...) so esteemed by the Court» – p. 362 – n'est que «logical certainty» conduisant à une «practical uncertainty»: p. 360); T. BALLARINO, «I limiti territoriali della Convenzione di Bruxelles secondo la sentenza *Owusu*», *Liber amicorum P. Sarcevic*, München, 2004, p. 3 s., p. 10 («alla base del principio *actor sequitur forum rei*, puntello essenziale dell'argomentazione della Corte, non figura l'argomento della certezza del diritto»); cf. ég. H. MUIR WATT, note sous CJCE 9 déc. 2003, C-116/02, *Gasser*, *Rev. crit.*, 2004, p. 459, spéc. p. 463 et 464 et M. NADAUD, «L'incompatibilité de l'exception de *forum non conveniens* avec la Convention de Bruxelles de 1968 (à propos de l'arrêt *Owusu* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 1er mars 2005)», *Rev. jur. comm.*, 2006, p. 220 s., spéc. 227.

sur ces décisions, nous avons pris la liberté, dont on espère que ceux qui nous ont fait un tel honneur ne la jugeront excessive, d'étudier deux d'entre elles, rendues dans les affaires *Gasser et Owusu*<sup>4</sup>, depuis l'angle d'observation qu'offre la sécurité du droit. Sensible nous aussi au regain d'«engouement»<sup>5</sup> qu'une telle idée semble susciter depuis quelques temps dans la doctrine civiliste comme internationaliste, on en rappellera d'abord la portée et le fondement<sup>6</sup> (I). Puis on examinera ce que

<sup>4</sup> Respectivement, CJCE 9 déc. 2003, C-116/02, *Erich Gasser GmbH c. Misat Srl* (concl. Ph. Léger); CJCE 1er mars 2005, C-281/02, *Owusu c. Jackson e.a.* (concl. Ph. Léger).

<sup>5</sup> B. MATHIEU, «Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique», *Cahiers du CC*, n° 11, 2001, p. 106.

<sup>6</sup> Dans l'avant-dernier ouvrage qu'à notre connaissance, la doctrine occidentale a consacré spécifiquement et entièrement à la sécurité juridique, celui de F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (la première édition, conçue pendant les sombres années de la guerre, parut à Rome 1942; une seconde édition posthume date de 1959; celle à laquelle nous nous rapportons est la «nuova edizione», éditée par G. Astuti et publiée à Milan en 1968; y sont incluses les études qu'avait provoquées la première édition, de la plume de G. CAPOGRASSI, P. CALAMANDREI, F. CARNELUTTI et P. FEDELE), l'auteur observait que, bien que la sécurité juridique soit souvent évoquée dans le discours juridique, il est extrêmement rare qu'on s'arrête sur son *fondement* (p. 47). Ce constat conserve aujourd'hui encore, nous semble-t-il, une bonne part de sa pertinence. La réflexion autour de la sécurité juridique fut particulièrement vive dans la littérature allemande et italienne de l'entre-deux guerres (v. notamment M. RÜMELIN, *Die Rechtssicherheit*, Tübingen, 1924, qui a fait justice de tous les abus de la notion, encore présents chez L. BENDIX, *Das Problem der Rechtssicherheit*, Berlin, 1914; v. ég. les monographies de H. JAHREIS, *Berechenbarkeit und Recht*, Leipzig, 1927 et de C.A. EMGE, *Sicherheit und Gerechtigkeit*, Berlin, 1940) jusqu'au lendemain de la deuxième guerre (v. F. SCHOLZ, *Die Rechtssicherheit*, Berlin, 1955), c'est-à-dire pendant l'époque de la «crise du droit», qui était aussi sinon surtout l'époque de la «crise de la sécurité juridique», des «atteintes à la sécurité»: cf. M. RÜMELIN, *Die Rechtssicherheit*, préc., p. 2, S. LENER, «La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della Chiesa», *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, vol. I, p. 345, p. 347 s. et G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, 1949 (qui consacre en effet le chapitre 6 à la «sécurité juridique»). Sur le constat que la question était, à la fin des années soixante-dix, déjà passée au deuxième plan de la réflexion sur le droit, v. M. CORSALE, «Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950», in F. LOPEZ DE OÑATE, préc., p. 285 s., p. 295. Le thème fait depuis quelques temps surface. Dans le «Rapport sur les revirements de jurisprudence» remis le 30 novembre 2004 à M. G. Canivet par N. MOLFESSIS (et publié sous le titre: *Les revirements de jurisprudence*, Paris, 2005), on lit (point 1.4) que «[l]a sécurité juridique, en général, est l'objet d'une attention croissante». Dans ses «Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique» clôturant le numéro spécial des *Cahiers du Conseil constitutionnel* consacré au sujet, sous la direction de B. MATHIEU (*Cahiers CC*, n° 11, 2001, p. 66-116), celui-ci évoque l'«émergence du principe de sécurité juridique» (p. 112; v. ég. le constat que «depuis quelques années, la doctrine s'est intéressée à cette question»: eod. loc.). Confirment le regain d'intérêt, en Allemagne, la parution du remarquable ouvrage de A. VON ARNAULD, *Rechtssicherheit – Perspektivische Annäherung an eine 'idée directrice' des Rechts*, Tübingen, 2006, 802 p., sans doute le plus complet qui ait jamais été publié sur le sujet (on y trouve entre autres une histoire de la notion en Allemagne, en France, en Italie, en Angleterre, en Espagne et en Pologne); et en Espagne, la réimpression de la version espagnole de l'ouvrage de Lopez de Oñate (*La certeza del derecho*, Granada, 2007). Les études sur la notion de sécurité juridique utilisée par la CJCE ne manquent pas, ce

la CJCE croit pouvoir en tirer d'utile à l'interprétation du système de Bruxelles, tout en tâchant d'en vérifier la pertinence (II).

## I. Notion et sources rationnelles du principe de sécurité juridique

La sécurité juridique dont il est le plus souvent question en théorie générale du droit – du droit *privé*, seul envisagé ici – relève de la *substance* des relations juridiques. Elle est, par nature, *préjudiciaire* (A). Supposant la judiciarisation de ces relations, la sécurité juridique à laquelle se réfère la CJCE semble être de type *procédural*<sup>7</sup> (B). Une telle judiciarisation tend à son tour à rétablir la sécurité substantielle, qui ne sera cependant que *postjudiciaire* (C). Puisque c'est aux domaines *contractuel* et *délictuel* que se rapportent les décisions qui nous intéressent, ce sont ces deux domaines qu'on aura essentiellement à l'esprit.

### A. Sécurité juridique substantielle préjudiciaire

On sait que la sécurité juridique est l'une des composantes de l'idée du droit. On dit souvent qu'elle est *consubstantielle* à celui-ci.<sup>8</sup> Tout comme le suggère son nom,

principe étant «depuis longtemps connu comme principe général dans la jurisprudence de la CJCE» (en ce sens, A. VON ARNAULD, *Die Rechtssicherheit*, préc., p. 531): v. J. BOULOIS, «Quelques observations à propos de la sécurité juridique», *Liber amicorum P. Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 53 s.; C. NAÔMÉ, «La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes», *Riv. dir. eur.*, 1993, p. 223 s.; M. FROMONT, «Le principe de sécurité juridique», *AJDA*, 1996, n° spéc., p. 178 s.; J.-P. PUISOCHET / H. LEGAL, «Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes», *Cahier du Conseil Constitutionnel*, 2001, n° 11, p. 98 s. et A. VON ARNAULD, *Die Rechtssicherheit*, préc., p. 495 s. A notre connaissance, aucune étude spécifique n'a cependant été consacrée à l'utilisation de cette notion dans les décisions que la CJCE a rendues à propos du système de Bruxelles I. Cf. P. PUSTORINO, «Observations sur les principes généraux opérant dans le droit international privé et procédural communautaire», *Rev. dr. un. eur.*, 2005, p. 113 s., p. 128 s. Sur ce que la jurisprudence de la CJCE *en droit privé* a été jusqu'ici peu étudiée, v. C. NOURRISSAT, «La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: Un regard privatiste à partir de l'actualité», *Arch. phil. dr.*, 2006, p. 245 s. V. cependant l'ouvrage récent de P. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato*, Milano, 2005. En droit international privé, la sécurité et la prévisibilité du droit constituent un des éléments centraux de la réflexion depuis vingt ans. On se permettra de renvoyer à la littérature que nous avons citée dans *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, thèse Univ. Padoue et Paris II (Assas), 2005, p. 545 s.

<sup>7</sup> Dans le commentaire substantiel que R. FENTIMAN a consacré à l'arrêt *Gasser* (CMLR, 2005), il est à plusieurs reprises question de «procedural certainty» [p. 249, 251 et 255].

<sup>8</sup> R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, 1901, p. 301, évoque le «Postulat der Rechtssicherheit». Pour F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, préc., p. 164, l'allusion au «postulat» n'est pas satisfaisante, la sécurité juridique étant plutôt «una necessaria caratteristica del diritto»; v. ég. N. BOBBIO, «La certezza del diritto è un mito», *Riv. int. fil.*

le «droit dirige»<sup>9</sup>, c'est-à-dire vise à donner une *direction* (*right, diritto, derecho*) à ses destinataires, une voie à suivre.<sup>10</sup> Pour qu'ils puissent s'y engager, cette voie doit évidemment être *connue* par eux. La sécurité juridique est dès lors presque invariablement associée à ce que l'on dénomme *prévisibilité du droit*:<sup>11</sup> ce n'est que dans la mesure où le droit est *prévisible* pour les justiciables que ceux-ci bénéficient de cet «état de grâce» que leur apporte le sentiment de sécurité.<sup>12</sup> Afin d'entretenir une vue moins approximative sur ce phénomène, on raisonnera à partir non directement d'une règle de droit *objectif* – autour de laquelle s'implante le discours classique sur la sécurité du droit – mais de la relation juridique qui en est la concrétisation du côté des droits *subjectifs*.<sup>13</sup> Sous cet éclairage, une distinction apparaît aussitôt selon que la relation visée soit, à l'instant auquel on se place, simplement *potentielle* (a) ou déjà *actuelle* (b).<sup>14</sup>

*dr.*, 1951, p. 146 s., p. 150, qui la qualifie d'«elemento intrinseco del diritto», et S. LENER, «La certezza del diritto», préc., p. 347 pour qui l'«esigenza della certezza» serait une «*proprietà essenziale* del diritto» (mise en italique dans l'original). En étudiant les décisions de la CJCE, J. BOULLOIS, «Quelques observations à propos de la sécurité juridique», préc., p. 53, remarque que «la formule évoque une sorte de redondance, tant il paraît évident qu'un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un». Pour M. FROMONT, «Le principe de sécurité juridique», préc., p. 178 est «presque la raison d'être du droit lui-même»; cf. J.-P. PUISOCHET / H. LEGAL, «Le principe de sécurité juridique», préc., p. 98, pour qui «le droit [...] [est] par essence sécuritaire» [au point qu'on a pu conclure avec finesse que «[l]a sécurité juridique est une tautologie»: J.-G. HUGLO, «La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique», *Cahiers du CC*, n° 11, 2001, p. 82 s.).

<sup>9</sup> L'expression est, on le sait, de J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le Code civil*, I, p. 476.

<sup>10</sup> Ainsi P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2 éd., Paris, 1951, réimpr. Paris, 2005, préface de D. DEROUSSIN, p. 1. Le droit a été assimilée à «une route bien pavée sur laquelle on peut marcher avec assurance»: G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, en citant M. Hauriou (cf. ég. du même auteur, *Le déclin du droit*, préc., p. 156). Cf. A. PILLET, *Principes de droit international privé*, Paris, 1903, pour qui «le bienfait du droit consiste en ce qu'il contient à la fois une direction et une garantie».

<sup>11</sup> Pour un tel constat, v. p. ex. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, rist. inalt., Milano, 1975, p. 586 («[p]arlando, come si fa comunemente, della certezza come prevedibilità»).

<sup>12</sup> Cf. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, préc., p. 47, qui évoque «la certezza della norma e la conseguente sicurezza giuridica» (c'est nous qui soulignons).

<sup>13</sup> Le discours sur la sécurité juridique est le plus souvent axé sur les caractères que doit revêtir la loi pour l'assurer: clarté, non-contradiction, stabilité, non-rétroactivité, etc.: v. p. ex. W. HERSCHEL, «Rechtssicherheit und Rechtsklarheit», *JZ*, 1967, p. 727; A. WIMMER, «Rechtssicherheit und Rechtsklarheit», *Südd. Jur. Z.*, 1947, p. 594; E. ALLORIO, «La certezza nel diritto dell'economia», *Il diritto dell'economia*, 1956, p. 1198 s.; G. RIPERT, *Le déclin du droit*, préc., p. 155 s.; cf. H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., München, 1977, p. 438 s. et F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, préc., p. 81 s. Si bien que c'est surtout le «Standpunkt des Gesetzgebers» et moins le «Standpunkt der Partei» qui a été envisagé (v. pour cette distinction, M. RÜMELIN, *Die Rechtssicherheit*, préc., p. 5-6).

<sup>14</sup> Selon la distinction introduite par L. HART, *The Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, 1994, p. 27, avant la naissance des droits et obligations, qui seront régis, une fois créés, par les

a) *Relation juridique potentielle*. Ce que la sécurité juridique requiert en premier lieu et de façon fondamentale est qu'il soit permis aux justiciables de prévoir le contenu des relations auxquelles ils sont susceptibles de donner naissance à l'avenir, des relations qui ne les impliquent pas *actuellement*, mais *potentiellement*.<sup>15</sup> C'est par référence à ce climat de prospection, à ce stade *précontractuel* ou *prédélictuel*, que le terme de «prévisibilité» prend toute sa signification.<sup>16</sup> Le sens *primordial* de la liberté contractuelle – dont on connaît la nécessité en vue de l'épanouissement individuel et de la fécondité de la vie en commun – emporte en général et avant tout que les intéressés soient libres de conclure ou de ne pas conclure un contrat selon l'adéquation ou non-adéquation de ses effets juridiques potentiels à leurs projets de vie.<sup>17</sup> Il s'ensuit la nécessité impérieuse pour eux, sinon d'en aménager eux-mêmes librement en tout point le contenu, en tout cas de prévoir celui-ci car c'est sur le fondement de cette prévision qu'ils se déter-

«primary rules», caractérisées par leur nature *obligatoire*, il n'existe que des «secondary rules», lesquelles «do not impose duties or obligations. Instead, they provide individuals with facilities for realizing their wishes».

<sup>15</sup> V. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, préc., pour qui c'est la sécurité «quant à la qualification des comportements *futurs*» qui compte: p. 49, 50, 52 et 73. V. ég. A. VON ARNAULD, *Rechtssicherheit*, préc., p. 110 s., qui cite (à p. 111) R. ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, München, 1962, p. 53: «Es sind wichtige Werte, die das Prinzip der Rechtssicherheit repräsentiert: Sie ermöglicht eine Voraussicht in die Zukunft, sie ist eine Grundlage des Planens und Handelns und gibt dem Leben Kontinuität». Cf. N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence*, préc., spéc. n° 2.2. Dans la doctrine internationaliste, v. p. ex. W. WENGLER, «L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable», *Rev. crit.*, 1990, p. 657 s., pour qui «[...] les sujets de droit, *avant* de se livrer à des actes ou des omissions susceptibles de leur valoir par la suite des sanctions juridiques (...) devraient avoir la plus grande certitude sur le droit que le juge va leur appliquer par la suite» [c'est nous qui soulignons]. C'est le sens de la «direction» évoquée par A. PILLET, *Principes*, préc.: «le droit indique à l'homme les formalités et, en général, les conditions quelconques qu'il doit remplir pour placer sa personne, ses biens, ses actes sous la protection de la loi». Sur ce que la «predictability» se doit d'être assurée à l'individu «in advance of acting», v. B. OPESKIN, «The Price of Forum Shopping», 16 *Syd. L. Rev.* 14 (1994), p. 17: v. ég. D. LAYCOCK, «Equal Citizens of Equal and Territorial States: The Constitutional Foundations of Choice of Law», 92 *Colum. L. Rev.* 249 (1992), p. 319 [«before the act»]; L. BRILMAYER, «The Role of Substantive Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules», *Rec. cours*, t. 252, 1995, p. 9 s., p. 42 [«in advance of actors engaging in primary conduct»].

<sup>16</sup> Cf. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, in P. DEUMIER et R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *RTDciv.*, 2005, p. 83 s., p. 86: «la prévisibilité est (...) anticipation prospective du droit futur. Elle est moins recherche de stabilité du droit en vigueur que pari sur la validité à venir d'une clause ou d'un montage contractuel»; v. ég. N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence*, préc., p. 2.2 (où il est question de «processus d'anticipation») et M.-A. FRISON-ROCHE, «La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences», *RTDciv.*, 2005, p. 311.

<sup>17</sup> Cf. L. HART, *The Concept of Law*, préc., p. 27.

mineront.<sup>18</sup> On précisera que l'ordre juridique *encourage* la multiplication des relations contractuelles, constitutives de cet ordre,<sup>19</sup> dans la mesure où les individus les jugent conformes à leurs intérêts. Cette fonction «facilitatrice»,<sup>20</sup> souvent passée sous silence,<sup>21</sup> est d'autant plus efficacement et plus abondamment remplie que la portée juridique des potentielles conventions privées est connue d'avance par les intéressés. Quant à la matière délictuelle, l'ordre juridique tend, du moins en général, à décourager la réalisation d'actes illicites; il incline en revanche, là encore, à favoriser les activités licites par lesquelles l'auteur poursuit ses

<sup>18</sup> Ce qui suppose en effet que l'on sache ce qu'on peut vouloir: «la legge fa sapere a ciascuno ciò che egli può volere»: F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, préc., p. 50; v. aussi A. LEVI, «La certezza del diritto in rapporto con il concetto d'azione», *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, vol. I, p. 81 s., p. 85, F. CARNELUTTI, «Certezza, autonomia, libertà, diritto», *Dir. economia*, 1956, p. 1185 s. et plus récemment A. VON ARNAULD, *Rechtssicherheit*, préc., cit., p. 162, pour qui «Die Idee der Rechtssicherheit ist untrennbar mit der Idee von Autonomie verbunden (...)». Cf. ég. F.J. GARCIMARTIN, «La racionalidad económica del derecho internacional privado», *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, préc., p. 123, pour qui «facilitar la toma de decisiones (...) es inherente a la propia existencia del Derecho privado». Sur ce que «[l]a sécurité juridique est indispensable au fonctionnement d'un marché rationalisé et à la prise de choix des opérateurs sur ce marché», v. N. MOLFESSIS, *Rapport*, préc., point 2.2. V. ég. G. CANIVET, in *L'efficacité des systèmes juridiques, Colloques et conférences juridiques et judiciaires franco-tchèques*, année 1999/2000, publication de l'Ambassade de France en République tchèque, p. 50: «[l]e droit intervient, dans une proportion importante, dans la valorisation des services offerts dans un Etat ou dans une zone économique. Il est largement pris en compte dans les choix des investisseurs internationaux».

<sup>19</sup> Cf. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1958 (réimpr. Paris, 2002, préf. Y. Lequette), p. 332.

<sup>20</sup> Ainsi F.J. GARCIMARTIN, *La racionalidad económica*, préc., p. 108 (où il est question de «función facilitadora», qu'il oppose à la «función directiva»); déjà A. TRENDELENBURG, *Diritto naturale sulla base dell'etica*, tr. it., Napoli, 1873, p. 60, soulignait que la sécurité apportée par le droit «è nella società la condizione per ogni attività produttiva»; cf. ég. O.A. GERMANN, «Rechtssicherheit», *Schw. Zeit. Str.*, 1935, p. 260. Plus récemment, N. MOLFESSIS, *Rapport*, préc., point 2.2, souligne à quel point la prévisibilité du droit a «partie liée avec le dynamisme économique».

<sup>21</sup> Le chapitre 4 des *Essais de théorie du droit (Recueil des textes)* de N. BOBBIO (tr. par M. GUÉRET, préf. de R. GUASTINI, Bruylant / Paris, 1998) est consacré à la «fonction promotionnelle du droit» (p. 65 s.). L'auteur observe que cette fonction est «peu étudié[e] par la théorie générale du droit» (p. 65), celle-ci étant encore dominée par la «conception répressive», pour laquelle le droit est un «ordre de contrainte» (p. 69). Une telle fonction se traduit par des «techniques d'encouragement qui viennent s'ajouter ou se substituer aux techniques de découragement» (p. 65). Sur la contribution qu'une telle vue peut apporter à la compréhension de certaines tendances du droit international privé contemporain, v. notre thèse: *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, th. Paris II – Padoue, 2005, vol. II, p. 548 s., spéc. p. 551 (et références citées). Cf. ég., en matière de statut personnel, notre article: «La bilatéralité éclipsée par l'autorité», *Rev. crit.*, 2006, p. 456 s.

aspirations tout en contribuant par là à la prospérité de la société.<sup>22</sup> C'est pourquoi l'ordre juridique se soucie de ce que l'individu souhaitant s'adonner à une certaine activité puisse savoir d'avance, c'est-à-dire à un stade *prédélictuel*, si celle-ci est ou non illicite<sup>23</sup> et quelles conséquences sa réalisation déploiera dans sa sphère juridique.<sup>24</sup>

On a pu objecter que les justiciables agissent bien souvent sans songer exactement, avant d'agir, à la portée juridique, contractuelle ou délictuelle, de leurs actes. Ce n'est que postérieurement, à l'heure où la relation a (prétendûment) pris naissance, qu'ils sont conduits à s'en préoccuper. On peut remarquer aussi qu'il leur est souvent impossible de prédire, avant qu'elle ne soit établie et développée, comment la relation juridique évoluera, car elle peut évoluer en mille directions en fonction d'une pluralité différenciée de facteurs. De telles objections appelleraient un grand nombre de nuances; elles cessent en tout cas d'être pertinentes dès qu'on pousse le poste d'observation plus loin en le reportant à un instant où la *puissance* s'est muée en *acte*, la relation juridique, jusque-là *hypothétique*, est enfin devenue *actuelle*.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> V. p. ex. M.-A. FRISON-ROCHE, «La théorie de l'action», préc., p. 311, pour qui «[d]ans un modèle libéral, l'action des personnes et la prise de risque corrélée fournissent la *richesse de l'ensemble* et se déploient d'autant mieux que les règles juridiques sont sans surprise, règles juridiques dont le contour doit être donné par la perception qu'elles en ont (...)» (c'est nous qui soulignons).

<sup>23</sup> Sur ce que la «possibilità di determinarsi in simili alternative è la certezza del diritto», v. G. CARCATERA, «Certezza, scienza, diritto», *Riv. int. fil. dir.*, 1962, p. 377 s., p. 380; cf. ég. A. LEVI, «La certezza del diritto in rapporto con il concetto d'azione», préc., p. 85. Sur ce que la «schöpferische Initiative durch Unsicherheit gelähmt würde», v. O.A. GERMANN, «Rechtssicherheit», préc., p. 260. Sur la «paralysie» des relations juridiques internationales à laquelle conduit cette forme flagrante d'insécurité qu'est le conflit de législations (v. *infra*, II.A.a.3°), v. H. MUIR WATT, «Aspects économiques du droit international privé», *Rec. cours*, 2004, t. 307, p. 25 s., p. 303.

<sup>24</sup> Cf. ég. M. RÜMELIN, *Die Rechtssicherheit*, préc., p. 9 qui évoque «das Verlangen nach einer Uebersehbarkeit der Unrechtsfolgen».

<sup>25</sup> Cette dualité d'angles de vue est la seule à permettre, par exemple, en matière délictuelle, de ne pas lire une contradiction flagrante chez p. ex., R. SIEGHÖRTNER, *Internationales Straßenverkehrsfallrechts*, Tübingen, 2005, dans la mesure où il affirme, d'une part, à p. 307, que la «Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit des anwendbaren Rechts sind hier [= beim internationalen Kraftfahrzeugunfall] *von besonderem Gewicht*» et, d'autre part, à p. 311, que «Das Postulat der Vorhersehbarkeit des anzuwendenden Rechts ist (...) *von nachrangiger Bedeutung*» (c'est nous qui soulignons). L'allusion la plus consistante à ce découpage décisif se trouve dans le *Law Commission Working Paper No. 87, Private International Law Choice of Law in Tort and Delict*, in: *The Law Commission Working Papers*, No°. 85-90, Abingdon, 1985, p. 213 et s., p. 314: après avoir relativisé l'importance de la possibilité pour les parties «to predict the law according to which they must regulate their conduct», la commission précise que «[a]fter a tort has occurred, it is a consideration of the first importance that the law should be certain (...). It is clearly desirable that the parties to a dispute should be able to ascertain their rights as easily as possible, and preferably without resorting to litigation». V. ég. J.L. DELACHAUX, *Die Anknüpfung der Obligationen aus Delikt und*

b) *Relation juridique actuelle*. Lorsqu'un contrat a été (prétendûment) conclu et qu'une activité (prétendûment) illicite s'est réalisée, il s'agit pour les individus, désormais *parties* à la relation juridique, d'en rechercher, d'en *découvrir* la teneur telle que leurs actes ou faits l'ont façonnée *au passé*. On se sert là aussi du terme de *prévisibilité* du droit, quoique l'heure soit moins à la *prospection* qu'à la *rétrospection*.<sup>26</sup> Si elles désirent mettre en oeuvre spontanément les relations juridiques qu'elles ont nouées, les parties doivent évidemment en connaître le contenu: on ne peut évidemment pas exercer un droit ou s'acquitter d'une obligation si l'on ignore qu'ils existent ou quelle en est la nature ou la portée.<sup>27</sup>

Lorsque la teneur d'une relation juridique est suffisamment limpide, c'est-à-dire – on se hisse là au plan du droit *objectif* – lorsque les règles de droit pertinentes et le résultat de leur mise en oeuvre en l'espèce sont raisonnablement certains, les parties peuvent faire l'économie d'une «*judiciarisation*» de leur relation. Elles tiennent, dans ces hypothèses, la connaissance de leurs droits et obligations immédiatement des règles dites «*abstraites*». C'est d'ailleurs cette abstraction qui rend possible une telle connaissance.<sup>28</sup> La mise en oeuvre de la relation par les intéressés peut ici être spontanée.<sup>29</sup> Et de fait, l'immense majorité des relations juridiques se

*Quasi-Delikt im internationalen Privatrecht*, Zurich, 1960, p. 110 chez lequel on lit: «wir glauben nicht dass (...) von einem Erfodernis der Voraussehbarkeit des anwendbaren Rechts für die Parteien gesprochen werden kann (...). Die Betroffenen haben – insbesondere der Geschädigte – vor der Tat keine Berechnungen angestellt; diese treten erst in Erscheinung, wenn die Tat sich ereignet hat». V. ég. Ch. WILDE, *Der Verkehrsunfall im internationalen Privatrecht*, préc., p. 296 et 337, où il est question d'«ein starkes Parteinteresse an der Voraussehbarkeit nach Eintritt des Schadens».

<sup>26</sup> C'est ce à quoi, si nous l'entendons bien, se réfère F. CARNELUTTI, «Certeza del diritto», *Riv. dir. civ.*, 1943, p. 81, ég. in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, 1953 et in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certeza del diritto*, préc., p. 193, lorsqu'il signale que «il sapere non è soltanto un *veder prima*», mais aussi «un *veder dopo*» [mise en italique dans l'original].

<sup>27</sup> V. E. HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung*, Basel, 1921, p. 347: «die Rechtsverwirklichung durch die selbsttätige Befolgung der rechtlichen Ordnung (...) hat die Voraussetzung, dass die Beteiligten sich ihrer Rechte und Pflichten bewusst sind». Cf. p. ex. H. HENKEL, *Einführung*, préc., p. 438 et D. LAYCOCK, «Equal Citizens of Equal and Territorial States», p. 319 («people cannot obey the law unless they know it»). Cf. aussi J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983, p. 219-220. Si le titulaire d'un droit n'est pas obligé de l'exercer, il convient qu'une telle abstention soit le fruit d'une décision, sinon raisonnée, du moins libre et consciente et non de l'ignorance de son existence. Le débiteur d'une obligation n'a en tout cas pas une telle liberté; l'ignorance de l'obligation qui lui incombe n'est plus réaliste dès lors que le créancier lui en rappelle l'existence. Sur ce que c'est notamment lorsqu'il crée une obligation que le droit se doit d'être clair et précis, v. CJCE 25 janv. 1979, 98/78 et 9 juill. 1981, 169-80, cités par J. BOULOIS, «Quelques observations à propos de la sécurité juridique», cit., p. 54.

<sup>28</sup> Ainsi F. LOPEZ DE OÑATE, *La certeza del diritto*, préc., p. 161,

<sup>29</sup> V. avec beaucoup de clarté, H. HENKEL, *Einführung*, préc., p. 438: «Es ist auch ohne weiteres einleuchtend, dass Rechtssicherheit (...) am meisten die freiwillige Befolgung der Rechtsnormen fördert»; v. aussi O.A. GERMANN, «Rechtssicherheit», préc., p. 258, pour qui «Vor-

noue et se déroule sans que le juge intervienne.<sup>30</sup> Cela tient aussi, sinon surtout, à ce que le droit est, à l'égard de ces relations,<sup>31</sup> suffisamment «sûr». Il s'ensuit que la sécurité juridique profite aux parties à ces relations: «en état de grâce» puisqu'elles savent comment elles doivent se conduire pour «être en règle»<sup>32</sup>, elles peuvent organiser leur vie juridique à l'aune de cette assurance, et notamment nouer d'autres relations trouvant dans les premières leur impulsion ou leur soubassement.<sup>33</sup> Poursuivre la *sécurité juridique* signifie, pour un ordre juridique, assurer aux membres de la société dont il a la charge, à l'égard du plus grand nombre des relations juridiques qui en constituent la trame, la *connaissance préjudiciaire*, c'est-à-dire antérieure à toute «judiciarisation» et indépendante de celle-ci, de la teneur et de l'étendue des droits et obligations qui en découlent.<sup>34</sup>

Il est banal de rappeler la nécessité – postulée d'ailleurs par l'expression même de «connaissance *préjudiciaire*» – qu'au moins *un* juge soit *potentiellement* prêt à *sanctionner* le contenu, par hypothèse suffisamment prévisible, de la relation juridique et que la décision judiciaire soit réalisable moyennant l'emploi, lui aussi

aussehbarkeit und Eindeutigkeit dienen vor allem der freiwilligen Rechtsverwirklichung»; cf. ég. E. HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung*, préc., p. 347.

<sup>30</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., p. 32 («dans la plupart des cas, l'observation de la règle de droit est bien spontanée»); F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 7e éd., Paris, 2006, p. 556 («le plus souvent, les règles de droit sont respectées par les individus et les droits subjectifs satisfaits sans qu'il soit nécessaire de recourir à la contrainte»); ainsi ég. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, préc., p. 145. Sur les «Motive für die Akzeptanz von Recht», qui n'importent pas ici, v. A. von ARNAULD, *Rechtssicherheit*, préc., cit., p. 374 s., spéc. p. 377 et E. HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung*, préc., p. 348 s.

<sup>31</sup> Et des questions spécifiques qu'elles posent – p. ex. nature, étendue, modalités et délai d'exercice des *droits*, nature, étendue, modalités et délai d'exécution des *obligations*.

<sup>32</sup> G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, 1949, p. 155.

<sup>33</sup> Toute relation individualisée s'appuie sur des relations préexistantes, puis est appelée à participer à la génération de relations nouvelles (B. ANCEL, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, 1975, p. 165); une solidarité et une interpendance s'installent entre elles, comme entre les maillons d'un chaîne, au point que la stabilité ou l'instabilité d'une d'entre elles se propagent aux autres.

<sup>34</sup> Cf. CJCE 9 juill. 1981, aff. 169/80, *Administration des douanes*, Rec. p. 1931, où on lit que «le principe de sécurité juridique exige qu'une réglementation imposant des charges au contribuable soit claire et précise, afin qu'il puisse connaître sans ambiguïté ses droits et obligations et prendre ses dispositions en conséquence» (v. C. NAÔMÉ, «La notion de sécurité juridique», préc., p. 224 s.). Pour B. AUDIT, «Le droit international privé en quête d'universalité», *Rec. cours*, 2003, t. 305, p. 330, l'inconvénient de l'imprévisibilité du droit est que les parties sont obligées de «se faire un procès» pour connaître la règle à laquelle elle doivent obéissance. V. ég., avec beaucoup de vigueur, J. GREENE, «Choice of Law in Tort – The Song that Never Ends», *26 Fed. L. Rev.* 367 (1998), p. 367, note 81: «Certainty and predictability [...] allow people (not yet parties) to plan their activities so that perhaps disputes are avoided in the first place, and, once a dispute does arise, certainty as to applicable law would mean that choice of law need not be litigated [...]». Sur ce que l'insécurité du droit est à combattre en tant que «facteur de litigiosité», v. N. MOLFESSIS, *Rapport*, préc., point 2.2.

*potentiel*, de la contrainte.<sup>35</sup> Ce sont donc à la fois la connaissance préjudiciaire du contenu de la relation juridique – *Orientierungssicherheit* – et la conscience de la *possibilité* du recours au juge puis à la contrainte pour la réaliser – *Realisierungssicherheit* – qui encouragent la mise en œuvre *spontanée* de la relation.<sup>36</sup> Le recours au juge puis aux autorités chargées de l'exécution «existe – (...) dans ces hypothèses – à l'état latent ou virtuel et cela suffit».<sup>37</sup> Aussi bien, la simple potentialité d'un tel recours déploie une incidence *directe et immédiate* – c'est-à-dire sans l'intermédiaire d'une procédure judiciaire *effective* – sur les conduites *substantielles* des justiciables et, partant, elle relève en quelque sorte elle aussi de la sécurité *substantielle*.

C'est à la *sécurité juridique substantielle préjudiciaire* que vise au premier chef tout ordre juridique soucieux de la sécurité de son droit. L'expression, dénuée de tout attribut, «sécurité juridique» lui est le plus souvent réservée dans le discours conventionnel.

## B. Sécurité juridique procédurale

La saisine – non plus *virtuelle* mais *actuelle* – d'un juge se présente parfois aux parties comme le seul moyen d'élucider le contenu de la relation qu'elles ont nouée.<sup>38</sup> Il en va ainsi dans les cas d'*incertitude objective* du droit. L'*incertitude* tient par exemple à ce que les justiciables ignorent soit quelle est la règle de droit applicable entre deux (ou plusieurs) règles leur paraissant avoir chacune une vocation raisonnable à s'appliquer,<sup>39</sup> soit quel est le résultat de la mise en œuvre de la seule

---

<sup>35</sup> Faute de quoi les droits et obligations qui s'y attachent, quand bien même sûrs dans leur teneur, seraient dénués de protection juridique et en définitive n'existeraient pas; loin d'encourager la multiplication des relations sûres et fécondes, la seule menace d'un tel déni de justice entraînerait leur paralysie, conséquence inéluctable, et fort redoutée, du défaut de sécurité. V. de façon tout à fait explicite, A. VON ARNAULD, *Rechtssicherheit*, préc., cit., p. 367: «Recht ist nur dann (...) sicher, wenn es auch durchgesetzt wird und vom Einzelnen durchgesetzt werden kann»; sur ce que l'«impossibilità di esecuzione» est une manifestation de l'insécurité du droit, v. ég. S. LENER, «La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della Chiesa», préc., p. 373. V. en ce sens M. RÜMELIN, *Die Rechtssicherheit*, préc., p. 12; H. HENKEL, *Einführung*, préc., p. 441; W. HERSCHEL, «Rechtssicherheit und Rechtsklarheit», préc., p. 727; H. WIEDEMANN, «Rechtssicherheit – ein absoluter Wert?», *Festschrift K. Larenz*, München, 1973, p. 199 s., p. 204.

<sup>36</sup> Pour cette distinction, v. H. HENKEL, *Einführung*, préc., p. 441. V. ég. la distinction proposée par O.A. GERMANN, «Rechtssicherheit», préc., p. 264, n. 1, entre «Sicherheit des Rechtsinhalts und Sicherheits der Rechtsgeltung» (mise en italique dans l'original). Cf. ég. G. RIPERT, *Le déclin du droit*, préc., p. 155.

<sup>37</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., p. 32.

<sup>38</sup> Les seules situations où l'incertitude affecte *la règle de droit* nous intéressent. On imaginera donc que les *faits* sont soit incontestés ou en tout cas qu'il est raisonnablement certain qu'ils pourront être prouvés sans difficultés dans le procès par application des règles sur les preuves.

<sup>39</sup> E. ALLORIO, «La certezza del diritto dell'economia», préc., p. 1198 s.

règle pertinente, deux (ou plusieurs) interprétations leur paraissant également envisageables. Subjective, cette incertitude devient aussi *objective* lorsque, par exemple et par excellence, ni la lettre de la loi ni aucun critère d'interprétation ne fournit de réponse définitive et que la jurisprudence ne s'y est pas encore prononcée<sup>40</sup> ou que la jurisprudence du fond s'y est prononcée de façon contradictoire et qu'il n'existe pas de décision de la cour chargée de l'unité du droit (s'il y a en une),<sup>41</sup> ou que celle-ci a rendu des arrêts eux aussi contradictoires<sup>42</sup> ou, à défaut de jurisprudence, que la doctrine entretient des opinions divergentes.<sup>43</sup> Une part des affaires qui remontent la hiérarchie judiciaire jusqu'à la cour suprême, relève de ce type d'incertitude *juridique objective*. Dans de tels cas de doute légitime, la *sécurité juridique (substantielle préjudiciaire) n'est pas assurée* aux justiciables. Tant que le législateur ou la jurisprudence n'auront pas tranché de façon non équivoque, ceux que l'incertitude n'aura pas empêchés de nouer *effectivement* un rapport juridique n'ont pour la dissiper, à défaut d'accepter un règlement non-juridictionnel, d'autre choix que de saisir le juge. Une nouvelle relation s'installe ainsi entre elles (a) dont la prévisibilité des règles qui la régissent revêt une importance qu'il convient de mesurer (b).

a) *Relation juridique procédurale*. La judiciarisation d'une relation juridique a lieu à l'initiative d'une seule des parties,<sup>44</sup> qui exerce par là son «droit d'action».<sup>45</sup> Une nouvelle relation se crée entre elles: la relation *procédurale*.<sup>46</sup> L'autonomie de la

<sup>40</sup> V. X. LAGARDE, «Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir», préc., p. 79, qui évoque comme source d'insécurité, la «question inédite».

<sup>41</sup> Sur ce que l'insécurité juridique «peut se constater, non seulement en l'absence de revirement, mais encore en l'absence de jurisprudence de la Cour de cassation», v. X. LAGARDE, «Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir», *Arch. phil. dr.*, 2006, p. 77 s., p. 79.

<sup>42</sup> V. p. ex. G. CONSO, «La certezza del diritto: ieri, oggi, domani», *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 547 s., p. 548. Sur ce que les revirements de jurisprudence «présentent pour principal défaut un risque d'atteinte à la sécurité juridique», v. X. LAGARDE, «Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir», préc., p. 78 et N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence*, préc., p. 18-20.

<sup>43</sup> V. P. CALAMANDREI, «La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina», *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 341 s.; cf. ég. G. CARCATERRA, «Certezza, scienza, diritto», préc., p. 381, pour qui les «controversie dottrinali [...]» entrent dans la catégorie des «fatti che minacciano la certezza».

<sup>44</sup> V. p. ex. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3. éd., 1923, rist., Napoli, 1980 (pref. V. ANDRIOLI), p. 723; H. MOTULSKY, *D. 1972, Chron.* 1971. Sur ce que «seules les parties introduisent l'instance, elles ont la liberté d'y mettre fin à tout moment», v. S. GUINCHARD / F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit communautaire*, Paris, 2006, p. 574. Il se peut qu'il s'agisse du prétendu créancier mais aussi du prétendu débiteur, dans la mesure où l'action déclaratoire ou constatatoire est admise.

<sup>45</sup> Quelque soit la qualification qu'on retienne de celui-ci, c'est-à-dire comme un *droit subjectif autonome potestatif* (G. CHIOVENDA, *Principii*, préc., p. 43 s. et J. VAN COMPENOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, 1972) ou comme un *pouvoir légal*: v. pour une discussion, S. GUINCHARD / F. FERRAND, *Procédure civile*, préc., p. 132 s.

<sup>46</sup> V. selon l'intuition des auteurs allemands: O. V. BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868; J. KOHLER, *Prozess als Rechtsverhältnis*,

relation procédurale face à la relation substantielle<sup>47</sup> n'empêche que la finalité naturelle de celle-là est de clarifier la teneur de celle-ci.<sup>48</sup> C'est ce qui explique pourquoi la relation procédurale implique une *troisième* partie, le juge, auquel incombe le devoir de trancher.<sup>49</sup> La relation procédurale a elle aussi ses règles. Celles-ci en régissent d'abord la *naissance*, c'est-à-dire l'ouverture du procès. Elles en organisent ensuite le développement. Si elles imposent parfois aux plaideurs de véritables obligations<sup>50</sup> – par exemple: production d'un document –, le propre de la majorité des règles procédurales est d'offrir des *pouvoirs* aux plaideurs tout en aménageant les conditions d'exercice – forme, modalités, délais, etc. – et les conséquences de leur exercice ou de leur non-exercice (nullités, forclusions, etc.).<sup>51</sup> On peut se demander si cette singularité reste sans influence sur le type de prévisibilité escomptée des règles procédurales.<sup>52</sup>

b) *Prévisibilité des règles procédurales.* On s'arrêtera plus loin sur la prévisibilité des règles fixant les conditions du droit d'action et singulièrement la *compétence* du juge.<sup>53</sup> On se bornera ici à relever que ces règles doivent être connues *par la partie qui entend exercer un tel droit*, et ce évidemment *avant* la saisine du juge. Leur but premier est en effet d'orienter le demandeur vers un juge *compétent*. Après la

Mannheim, 1888, recueillie et développée par les auteurs italiens (v. notamment E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, p. 19 et G. CHIOVENDA, *Principii*, préc., p. 89; pour un aperçu historique, v. F. CARNELUTTI, «Dei rapporti giuridici processuali», *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 349 s.). Dans la doctrine allemande contemporaine, sur ce que «jeder Prozess ist ein Rechtsverhältnis, d.h. eine rechtlich geregelte Beziehung zwischen den Prozesssubjekten», v. L. ROSENBERG / K.H. SCHWAB / P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 15. Aufl., München, 1993, p. 8 s. et W. BREHM, in STEIN/JONAS, *ZPO – Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., Band 1, Tübingen, 2002, p. 76 et références citées; cf. en France, S. GUINCHARD / F. FERRAND, *Procédure civile*, préc., qui évoquent, à p. 572 le «rapport processuel». La nature de cette relation juridique a été beaucoup discutée au passé, surtout dans la doctrine germanique et italienne. Elle l'est moins aujourd'hui. Encore récemment, on a pu dire qu'il s'agirait d'un «véritable énigme»: E. JEULAND, «L'énigme du lien d'instance», *RTDciv.*, 2003, p. 455.

<sup>47</sup> V. p. ex. L. ROSENBERG / K.H. SCHWAB / P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, préc., p. 9-10 et E.T. LIEBMANN, «L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale», *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 328 s.

<sup>48</sup> P. ex. G. CHIOVENDA, *Principii*, préc., p. 91; W. BREHM, in STEIN / JONAS, *ZPO – Kommentar*, préc., p. 6 s., insiste à plusieurs reprises sur ce que le procès a pour mission «für die Parteien Rechtsgewissheit zu schaffen» [cf. ég. p. 8, où il est question du «Rechtsgewissheitszweck»].

<sup>49</sup> Sur ce que le juge est partie du rapport processuel: v. G. CHIOVENDA, *Principii*, préc., p. 92; W. BREHM, in STEIN / JONAS, *ZPO – Kommentar*, préc., p. 76 (et références à la note 405) et S. GUINCHARD / F. FERRAND, *Procédure civile*, préc., p. 572.

<sup>50</sup> V. p. ex. W. BREHM, in STEIN / JONAS, *ZPO – Kommentar*, préc., p. 77 s.; L. ROSENBERG / K.H. SCHWAB / P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, préc., p. 11.

<sup>51</sup> Cf. F. LENT, «Obblighi e oneri nel processo civile», *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 150 s.

<sup>52</sup> W. BREHM, in STEIN / JONAS, *ZPO – Kommentar*, préc., évoque la «Verfahrenssicherheit», c'est-à-dire la «Voraussehbarkeit des Prozessverlaufs» (p. 40).

<sup>53</sup> V. *infra*, II.B.2.b.

saisine du juge, il est important, notamment pour le défendeur, de savoir si le juge saisi est ou non effectivement compétent pour soulever, le cas échéant, un déclinatoire de compétence. Les règles procédurales conférant des *pouvoirs* doivent être prévisibles à chaque étape du procès où ils peuvent être exercés: on ne peut pas exercer un pouvoir si l'on en ignore l'existence, la nature et les conséquences de l'exercice ou du non-exercice.<sup>54</sup> L'intérêt est évidemment aussi, pour les plaideurs, de connaître ces règles *après* l'exercice du pouvoir, car ils ont besoin de savoir si l'acte a été accompli régulièrement ou non – afin, dans ce dernier cas, de le contester – et quels sont les effets qui en découlent afin notamment d'y réagir. Le défaut de prévisibilité de la règle procédurale entraîne deux inconvénients qui apparaissent, là encore, selon l'angle de vue auquel on se situe, c'est-à-dire *avant* (1°) ou *après* l'accomplissement de l'activité procédurale qu'elle vise à régir (2°).

1° *Fonction facilitatrice défailante*. Le but d'une règle procédurale conférant un pouvoir, y compris le droit d'action, est d'orienter le bénéficiaire lors de la planification et mise en œuvre de son comportement procédural, et notamment de l'encourager à exercer ce pouvoir s'il le juge conforme à ses intérêts. Moins *claire* est la teneur de la règle, plus élevé est le risque que le plaideur *ne s'en serve pas, ou pas de manière utile et efficace*. C'est le même inconvénient qu'entraîne l'incertitude d'une règle substantielle. La gravité de cet inconvénient est ici cependant au moins parfois atténuée par la *singularité* de la relation procédurale évoquée plus haut – qui est, on soulignera au prix d'une tautologie, *nécessairement judiciaire* – et à la position qu'y occupe le juge, lequel est, par rapport à cette relation, davantage «partie» que «juge».<sup>55</sup> D'abord, les plaideurs que l'incertitude d'une règle procédurale conduit à ignorer s'ils peuvent accomplir ou non l'activité qu'elle vise à régir, avec quelles formalités et quels effets, ont souvent, avant de l'accomplir, le loisir de demander au juge saisi, directement et sans formalités, les éclaircissements nécessaires.<sup>56</sup> Ensuite, face à l'incertitude, par exemple, sur l'admissibilité de certains documents comme moyens de preuve, il sera toujours loisible au plaideur de les produire, quand bien même il ignorerait si la règle les admet ou non, quitte à ce que le juge en dénie par suite l'admissibilité.<sup>57</sup> C'est alors le *deuxième* inconvénient qui apparaît.

<sup>54</sup> M. RÜMELIN, *Die Rechtssicherheit*, cit., p. 46 qui évoque le «Bedürfnis der Parteien, die Wirkung ihrer prozessualen Schritten voraussehen (...)»; cf. A. von ARNAULD, *Rechtssicherheit*, préc., p. 460 s.

<sup>55</sup> En ce sens G. CHIOVENDA, *Principii*, préc., 133.

<sup>56</sup> Auquel incombe en effet «die Pflicht zur Rücksichtnahmen auf die Parteien, Hinweis-, Belehrungs- und Aufklärungspflichten»: W. BREHM, in STEIN / JONAS, *ZPO – Kommentar*, préc., p. 80.

<sup>57</sup> Enfin, les véritables obligations procédurales mises à la charge des plaideurs sont en général suffisamment claires, car elles découlent d'un ordre du juge, d'une prescription concrète qui leur est spécifiquement adressée. Sur le plan substantiel, c'est précisément l'absence d'une tierce partie impartiale qui engendre les blocages affectant les relations juridiques.

2° *Temps et coûts de la procédure*. Moins claire est la portée d'une règle procédurale, plus élevée est la probabilité qu'une *contestation* s'élève à son sujet. Le risque est celui d'un «litige dans le litige»:<sup>58</sup> un litige à propos d'une règle procédurale entrant en jeu du fait de l'existence d'un litige autour d'une ou plusieurs règles substantielles. C'est à prévenir de tels «litiges dans le litige» que tendent la *clarté* et la *prévisibilité* des règles procédurales. Le défaut de prévisibilité entraîne un *retard* – le temps nécessaire au juge pour trancher la contestation – et un *coût additionnel* dans le rétablissement de la sécurité substantielle vers lequel, on y reviendra, tend le procès. On remarquera cependant que cet inconvénient se présente lui aussi sous un aspect particulier et, en général, moins redoutable que sur le plan substantiel. Si la sécurité substantielle tend, on l'a vu, à éviter la *judicialisation* de la relation substantielle, la règle procédurale entre en ligne de compte parce qu'il y a *déjà* une telle *judicialisation*. L'incertitude quant à la procédure à suivre *prolonge* tout au plus l'incertitude substantielle, elle n'en est pas la *cause*. Dans la mesure où la contestation procédurale est tranchée directement par le *même juge saisi du fond*, elle n'entraîne pas, pour les plaideurs, le besoin d'une nouvelle *judicialisation*.

### C. Sécurité juridique substantielle postjudiciaire

La décision au fond est ce par quoi s'achève la relation procédurale. En fixant enfin avec précision les droits et les obligations substantiels (ou l'absence de droits et d'obligations), les normes individuelles et concrètes que la décision consacre rétablissent pour les parties la sécurité que ne leur ont par hypothèse pas dispensée les règles abstraites.<sup>59</sup> A nouveau *substantielle*, une telle sécurité n'aura ici été que *postjudiciaire*. A défaut de pouvoir leur garantir en toute hypothèse la sécurité juridique *préjudiciaire*, l'ordre juridique, en leur accordant le droit d'action, confère aux parties à une relation juridique actuelle le droit d'obtenir la *sécurité juridique postjudiciaire*.<sup>60</sup> On précisera que cette sécurité n'intervient véritablement que lorsque la décision devient *définitive*. Les juristes romains ont rivalisé en hyperboles pour exalter l'inattaquabilité de la «chose jugée», dont les processualistes s'accordent à souligner le service irremplaçable qu'elle apporte à la sécurité

---

<sup>58</sup> Cf. concl. Ph. Léger dans l'affaire *Owusu*, point 167.

<sup>59</sup> V. pour cette terminologie, P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973.

<sup>60</sup> V. p. ex. W. BREHM, in JONAS / STEIN, *ZPO – Kommentar*, préc., p. 9, pour qui la «Aufgabe des Zivilprozessrechtes», consiste à «Rechtsgewissheit für die Parteien herzustellen»; A. VON ARNAULD, *Rechtssicherheit*, préc., p. 369, qui parle à ce propos de «Herbeiführung von Rechtssicherheit» puisqu'elle contribue à la «Vergewisserung ungeklärten Rechts» [l'auteur cite à cet égard la décision du BVerfG du 20 avr. 1982, *BVerGE*, 60, p. 253, p. 268 s.]. V. en Italie, F. CARNELUTTI, «Dei rapporti giuridici processuali», *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 349 s.

juridique substantielle.<sup>61</sup> Le principe du *ne bis in idem* en est un corollaire décisif: dans la mesure où une nouvelle décision peut remettre en cause le contenu de la relation substantielle tel qu'il a déjà été consacré dans une décision définitive, les parties seraient replongées dans l'insécurité juridique<sup>62</sup> si bien que le procès qui y a abouti «n'aurait aucun sens».<sup>63</sup> C'est pour échapper à une pluralité de décisions que l'ordre juridique impose en général au juge saisi en deuxième lieu de se dessaisir<sup>64</sup> (litispendance interne). La sécurité postjudiciaire dépend elle aussi de la possibilité de réaliser, moyennant la contrainte, les droits et les obligations que la décision consacre. L'*Orientierungssicherheit* n'est pas telle sans la *Realisierungssicherheit*. Ici de nouveau, c'est précisément la conscience qu'ils ont de la éventualité d'une telle contrainte qui pousse les destinataires de l'immense majorité des décisions provoquées par des incertitudes du droit à les mettre en œuvre spontanément. Si la saisine du juge du fond n'a ici pas pu rester à l'état latent ou virtuel, le recours à la *contrainte*, lui, peut le demeurer.

## Conclusions

L'on peut à présent dresser un premier bilan des liens qu'entretiennent la sécurité juridique *substantielle* et *procédurale*, d'une part (a), *préjudiciaire* et *postjudiciaire*, d'autre part (b).

a) *Sécurité procédurale et sécurité substantielle*. Dès lors qu'une relation juridique revêt un contenu obscur et que l'incertitude du droit en est la cause, c'est que celui-ci n'assure pas la *sécurité juridique* aux parties. Celle-ci est de type *substantiel* et *préjudiciaire*. Par la judiciarisation de la relation substantielle, se noue entre les

<sup>61</sup> Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat. La CJCE a insisté sur ce que la force de chose jugée contribue à la sécurité juridique: v. notamment CJCE 1 juin 1999, C-126/97, Eco Swiss, Rec. 1999, I-3055, n. 46; 30 sept. 2003, C-224/01 Köbler, Rec. 2003, I-10239; v. à cet égard A. VON ARNAULD, *Die Rechtsicherheit*, préc., p. 508.

<sup>62</sup> Parce qu'elles seraient vouées à ignorer, même postjudiciairement, le contenu de leur relation: v. p. ex. L. ROSENBERG / K.H. SCHWAB / P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, préc., p. 915, qui évoquent la «unerträgliche Rechtsunsicherheit, die ohne die Rechtskraft herrschen würde»; G. CHIOVENDA, *Principii*, préc., p. 910-911, qui explique la «cosa giudicata» par l'objectif de «provvedere alla certezza della sfera giuridica dei litiganti»; O.A. GERMANN, «Rechtssicherheit», préc., p. 259, pour qui la chose jugée intervient «aus Rücksicht auf die Rechtssicherheit» et confirme que «die zu schaffen und zu wahren unentbehrliche Aufgabe des Rechts ist». En ce sens ég. BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, 65. Aufl., München, 2007, W. BREHM, in STEIN / JONAS, *ZPO – Kommentar*, préc., p. 8-9 et, récemment, C. PUIGELIER, «Temps et création jurisprudentielle», *Arch. phil. dr.*, 2006, p. 89 s., p. 95 s.

<sup>63</sup> V. W. BREHM, STEIN / JONAS, *ZPO – Kommentar*, préc., p. 8, n° 14; v. ég. A. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, «Die Rechtskraftwirkung des Schiedsspruches», *Festschrift F. Klein*, Wien, 1914, p. 147, p. 154 s., pour qui «[e]s hat nie eine Prozessordnung gegeben, die den prozessbeendenden Entscheidung Rechtskraftwirkung aberkannte».

<sup>64</sup> L. ROSENBERG / K.H. SCHWAB / P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, préc., p. 569.

parties une relation procédurale. Le but de celle-ci est de rétablir la *sécurité juridique substantielle*, laquelle ne sera que *postjudiciaire*. Par la prévisibilité des règles organisant la relation procédurale, les plaideurs peuvent tirer profit des possibilités qu'elles leur offrent pour planifier et mettre en œuvre leurs comportements procéduraux de la manière qu'ils estiment la plus utile et efficiente; la relation procédurale suit son cours vers la décision de façon d'autant plus rapide que les risques de «litiges dans le litige» sont réduits. Il paraît possible de conclure qu'à l'égard d'une relation juridique donnée, la sécurité juridique substantielle revête une valeur *nécessaire et finale*, et que la sécurité juridique procédurale ne joue, quant à elle, qu'un rôle *éventuel et instrumental*. D'une part, dans la mesure où la sécurité juridique substantielle, dont elles ne peuvent évidemment pas se passer, leur est assurée *préjudiciairement*, il est loisible aux parties de faire l'économie du procès et des règles qui l'organisent, sans que la prévisibilité de celles-ci joue ici un rôle. C'est ce à quoi tend la sécurité juridique en dernier ressort. D'autre part, et dans la mesure où une telle sécurité n'est pas garantie *préjudiciairement*, la prévisibilité des règles régissant le procès, loin d'être une fin en soi, ne se comprend et ne s'apprécie qu'en relation avec la *fin* à laquelle elles sont ordonnées, de rétablir le plus efficacement et le plus expéditivement possible la sécurité substantielle, ici *postjudiciaire*.

b) *Sécurité préjudiciaire et sécurité postjudiciaire*. La sécurité postjudiciaire revêt une valeur *inférieure* à celle que l'on attend de la sécurité préjudiciaire. Cela est d'abord le cas pour les parties. Car pour aboutir à cette sécurité, elles auront dû passer par un procès dans lequel elles auront investi un temps et un argent qu'elles auraient épargnés si elles avaient bénéficié de la même sécurité avant le procès; parce qu'également, pendant la durée de celui-ci, elles n'auront pas pu organiser librement leur vie juridique dépendant de la relation litigieuse;<sup>65</sup> parce qu'enfin, tout procès marque une rupture et, par la conflictualité qui s'y déploie, empêche le plus souvent les plaideurs d'engager entre eux d'autres relations à venir, ce qui va à l'encontre de la fonction facilitatrice du droit. Cela est aussi le cas du point de vue de l'ordre juridique: car pour assurer postjudiciairement la sécurité juridique, il a dû investir des ressources qu'il aurait économisées en cas de sécurité préjudiciaire; et parce qu'en général, l'insécurité préjudiciaire est le signe que l'objectif de favoriser l'établissement de relations faciles, stables et fécondes a été manqué.

La sécurité postjudiciaire qu'apporte la décision, notamment lorsqu'elle est rendue ou confirmée par l'instance chargée de l'application uniforme du droit, contribue à la sécurité juridique *préjudiciaire* de toute autre relation du même type susceptible de se créer à l'avenir. A côté de la fonction *rétrospective* de rétablir la sécurité à la

---

<sup>65</sup> Sur ce que «l'attesa della decisione finale rende incerta, per tutta la sua durata, non solo l'esistenza del fatto, ma anche e soprattutto la sua valutazione giuridica» et que «[i]l pregiudizio che ne deriva alle parti interessate non ha bisogno di commenti [...]», v. G. CONSO, «La certezza del diritto: ieri, oggi, domani», préc., p. 558.

relation spécifique qui la provoque, une décision judiciaire déploie aussi une fonction *prospective*.<sup>66</sup> Car en même temps qu'elle tranche par une norme concrète une espèce individualisée dans le temps et dans l'espace, la décision contribue à établir la règle abstraite applicable à la catégorie d'espèces à laquelle appartient la situation tranchée.<sup>67</sup> Ce faisant, elle oeuvre à la sécurité juridique *préjudiciaire* à l'égard de cette catégorie abstraite,<sup>68</sup> sécurité juridique dont bénéficieront les justiciables, parties potentielles à une relation qui s'y inscrirait. Si la sécurité procédurale est asservie à la sécurité substantielle, la sécurité postjudiciaire contribue à la sécurité préjudiciaire.

Appréhendé sous l'angle de la sécurité de son droit, tout ordre juridique nous apparaît en perpétuelle évolution. Chaque jour, la complexité croissante des relations constitutives de la société dont il a la charge engendre de nouvelles questions qui prennent en défaut les règles abstraites existantes – qu'elles soient de source législative ou jurisprudentielle; celles-ci ne parviennent plus à garantir la sécurité juridique préjudiciaire; les parties ont recours au procès pour bénéficier au moins de la sécurité juridique postjudiciaire, tirée d'une norme décisionnelle qui leur est spécifiquement adressée. Chaque jour, par les décisions qui sont rendues mais aussi évidemment par les lois qui y sont élaborées, augmente le nombre de questions au règlement préjudiciaire suffisamment certain, ce qui contribue au développement de relations faciles, sûres et fécondes.

Tel est le sens, assez complexe on le voit, qui est donné à l'expression de *sécurité juridique*. Il reste à voir comment s'inscrit dans le tableau qu'on vient de brosser à larges traits la sécurité juridique qu'invoque la CJCE dans les deux arrêts envisagés.

<sup>66</sup> C'est une des fonctions dont est chargée la jurisprudence, que les auteurs allemands appellent «Fortbildung des objektiven Rechts»: P. LAMES, *Rechtsfortbildung als Prozesszweck*, Tübingen, 1993; H.-J. MUSIELAK, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 4. Aufl., München, 2005, p. 2. Cf. la distinction entre «effet rétroactif» et «effet créateur du droit» évoquée par N. MOLFESSIS, *Rapport*, préc., point 2.1: il s'agit, pour cet auteur, de «deux effets de la décision de revirement, qui ont toujours été imbriqués dans notre système juridique au point de n'être jamais distingués».

<sup>67</sup> V. p. ex. H. HENKEL, *Einführung*, préc., p. 443.

<sup>68</sup> Sur ce que l'office incontesté du juge est de «remédi[er] à l'insuffisance ou à l'obscurité de la loi» et de contribuer par là à «renforcer la sécurité juridique», v. X. LAGARDE, «Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir», préc., p. 88; cf. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, préc., p. 588: «E' ovvio che ogni formazione di diritto giurisprudenziale là dove vi sia un vuoto di diritto positivo è, comunque, fonte di certezza [...]. L'esistenza di diritto giurisprudenziale oltre la legge, o dove manchi la legge, è certezza del diritto in tutti i significati del termine».

## II. La sécurité juridique dans le système de Bruxelles I / Lugano et les arrêts *Gasser* et *Owusu*

Instrument de procédure internationale en matière civile et commerciale, le système de Bruxelles I / Lugano ne fixe pas lui-même directement les règles *substantielles* régissant les relations qui en relèvent. Les dispositions qu'il établit ont une nature que tout porte à croire *procédurale*. Dans la mesure où les rédacteurs se sont, en les adoptant, souciés de la sécurité et de la prévisibilité du droit, il est tentant de conclure qu'ils ont eu à l'esprit la sécurité juridique de type *procédural*,<sup>69</sup> et que la sécurité *substantielle* et le lien de dépendance unissant celle-là à celle-ci sont restés en dehors de leurs préoccupations. L'inexactitude de cette vue apparaît dès lors qu'explorant les tréfonds rationnels du système, on passe en revue les grands choix qui lui sont sous-jacents et qu'on s'arrête sur la solidarité qui les relie<sup>70</sup> (A). C'est ce qui nous servira à analyser le motif que la CJCE tire de la sécurité juridique dans deux décisions récentes (B).

### A. Sécurité juridique substantielle et règles sur la compétence des tribunaux et sur la reconnaissance et l'exécution des décisions

L'affirmation est récurrente selon laquelle les règles sur la compétence ont été établies *au service* de la reconnaissance et, par là, de l'exécution des décisions, but ultime de la Convention de Bruxelles puisant son fondement dans le Traité de Rome.<sup>71</sup> Il sera donc d'abord question des règles sur la *reconnaissance* et l'*exécution* des décisions (a) puis des règles sur la *compétence* (b).

---

<sup>69</sup> V. R. FENTIMAN, note sous l'arrêt *Gasser*, cité *supra*, note 7. La «Rechtssicherheit» à laquelle fait allusion Ch. THIELE, «Anderweitige Rechtshängigkeit im Europäischen Zivilprozessrecht – Rechtssicherheit vor Einzelfallgerechtigkeit», *RIW* 2004, p. 285 s., est évidemment, pour cet auteur, une sécurité juridique de type *procédural*.

<sup>70</sup> Cf. A. MARMISSE, *La libre circulation des décisions de justice en Europe* (préf. J.-P. Marguénaud), Limoges, 2000, p. 87, où il est question des «grands équilibres de la construction, sa 'philosophie'». Cfr. concl. Ph. Léger dans l'affaire *Owusu*, point 119 s. et point 235 s. [«économie générale de la convention»].

<sup>71</sup> V., du reste, le considérant n° 6 du Préambule du règlement n° 44/2001: «Pour atteindre l'objectif de la libre circulation des décisions en matière civile et commerciale, il est nécessaire et approprié que les règles relatives à la compétence judiciaire, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions soient déterminées par un instrument communautaire contraignant et directement applicable»; cf. A. MARMISSE, *La libre circulation*, préc., spéc. p. 27; R. GEIMER / R.A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht – Kommentar*, 2. Aufl., Munich, 2004, p. 12; R. FENTIMAN, note sous l'arrêt *Gasser*, préc., p. 241.

a) *Règles sur la reconnaissance et l'exécution des décisions.* On a vu que la sécurité juridique *substantielle* suppose la possibilité de *réalisation* le cas échéant par la contrainte (*Realisierungssicherheit*), des droits et obligations qui découlent d'une relation juridique, qu'ils soient consacrés dans une règle *abstraite* au contenu suffisamment clair (*Orientierungssicherheit* préjudiciaire)<sup>72</sup> ou dans une norme décisionnelle *concrète* (*Orientierungssicherheit* postjudiciaire)<sup>73</sup>. En ce qu'elles visent à garantir une telle possibilité de *réalisation* à l'intérieur de l'espace communautaire, les règles sur la reconnaissance et l'exécution des décisions contribuent à la sécurité juridique *substantielle*, respectivement, *préjudiciaire* (1°) et *postjudiciaire* (2°).

1° *Reconnaissance et exécution à l'épreuve de la sécurité substantielle préjudiciaire.* A même d'escompter une reconnaissance «exceptionnellement libérale»,<sup>74</sup> les justiciables, parties *potentielles* à une relation relevant de l'espace communautaire, savent que, si celle-ci en vient à exister, les droits et obligations qui s'y attachent bénéficieront de la *protection du droit* en ce sens qu'ils pourront être mis en œuvre dans cet espace, le cas échéant par la contrainte. Une telle prévision est d'autant plus rassurante qu'au moment où ces relations prennent naissance, il n'est souvent pas possible aux parties de savoir avec exactitude dans quel pays les droits et obligations qui en découlent sont susceptibles d'être réalisés. Cette assurance est de nature à *encourager* la multiplication des relations privées communautaires; aussi les règles sur la reconnaissance et l'exécution fournissent-elles leur apport à la *fonction facilitatrice* du droit (substantiel) évoquée plus haut.<sup>75</sup> Voilà qui contribue évidemment à la prospérité – au «bon fonctionnement», dit-on – du marché intérieur.<sup>76</sup> Une fois la relation en place, la certitude que la décision qui serait, le cas échéant, demandée dans un pays sera reconnue dans un autre pays favorise la *mise en œuvre spontanée* de la relation, au contenu par hypothèse suffi-

<sup>72</sup> V. *supra*, I.A.b) in fine.

<sup>73</sup> V. *supra*, I.C in fine.

<sup>74</sup> A. MARMISSE, *La libre circulation*, préc., aux pages 161 et s., consacrées à «l'exceptionnel libéralisme des conditions de reconnaissance et d'exécution des jugements».

<sup>75</sup> V. *supra*, I.A.a).

<sup>76</sup> V. les considérants n° 1 et 2 du règlement n° 44/2001. En ce sens, avec netteté, U. MAGNUS, «Introduction», *European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation* (U. MAGNUS / P. MANKOWSKI eds.), München, 2007, p. 7: «Difficulties to enforce civil claims in other Member States discourage persons to establish cross-border trade relations and hamper thereby considerably the sound operation of the internal market». Sur ce que l'objectif de la Convention serait d'éviter la création de «rechtsschutzfrei Oasen», v. Th. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, Frankfurt a.M., 1995, p. 349, pour qui sans les règles sur la reconnaissance «wäre ein wirklicher Binnenmarkt unerreichbar; denn erstaatliche Titel fungieren ökonomisch gesehen als property rights, deren Funktion nach Exklusivität der ihnen zugrunde liegenden Rechte verlangt, die grenzüberschreitend erst durch Urteilsanerkennung hergestellt wird». Cf. CJCE 10 févr. 1994, C-398/02, *Mund & Fester*, Rec. I-467, point 11 et concl. Ph. Léger dans l'affaire *Owusu*, point 189.

samment certain, car une telle certitude rend vaine toute tentative par une partie de judiciariser la relation dans un pays autre que celui où elle doit être mise en oeuvre et s'opposer par suite à sa reconnaissance dans ce dernier pays.<sup>77</sup> La saisine tout à la fois du juge du fond, d'abord, du juge de la reconnaissance, ensuite, et, enfin, des autorités chargées de l'exécution peut ici demeurer à l'état latent ou virtuel.

*2° Reconnaissance et exécution à l'épreuve de la sécurité substantielle postjudiciaire.* Lorsque la décision, rendue dans un pays, visant à rétablir une sécurité juridique par hypothèse préjudiciairement défailante, ne peut être exécutée dans un autre pays, la sécurité juridique postjudiciaire qu'elle est censée apporter dépend de l'accueil que lui réserve ce dernier pays. Dans la mesure et pendant le temps où elles ne sont pas à même de prévoir où la décision, une fois rendue, devra être exécutée, notamment si elle le sera dans le pays du juge ou dans un autre qui pourrait ne pas la reconnaître, les parties n'auront pas de sécurité quant à la possibilité de réaliser les droits et obligations que consacrera la décision. Dès qu'il devient suffisamment manifeste que celle-ci, une fois rendue, devra être mise en exécution dans un autre pays et tant qu'elles ignorent si elle y sera reconnue ou non, les parties restent dans l'insécurité. En cas de non-reconnaissance, les normes individuelles, n'ayant pas de possibilité d'exécution, n'auront apporté aux plaideurs aucune sécurité car les droits et obligations qu'elles établissent produiront autant d'effets, c'est-à-dire aussi peu d'effets, qu'une absence totale de jugement (*tamquam non essent*). La reconnaissance que garantit le système de Bruxelles / Lugano protège l'intégrité des droits et obligations reconnus en ce qu'elle encourage la mise en oeuvre spontanée de ceux-ci par ses destinataires, et oeuvre donc aussi à la sécurité substantielle postjudiciaire. Si la saisine du juge du fond est ici par hypothèse inévitable, celle tout à la fois du juge de la reconnaissance et des autorités chargées de l'exécution, peut, elle, demeurer à l'état latent ou virtuel.

*Conclusion.* L'ensemble des règles sur la reconnaissance et l'exécution des décisions vise à assortir de la *Realisierungssicherheit*, l'*Orientierungssicherheit* découlant de la règle substantielle, abstraite ou, selon les cas, individuelle et concrète. Cet ensemble législatif concourt de façon décisive à la mise en oeuvre spontanée,

---

<sup>77</sup> Cf. G.A.L. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la communauté économique européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, th. Paris II, 1971, p. 2. Sur ce que la «sécurité juridique dans le Marché Commun» quant à la possibilité de faire valoir les «droits individuels qui naîtront des multiples relations juridiques» est «essentiellement fonction de l'adoption entre les Etats membres d'une solution satisfaisante en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution judiciaire», v. note adressée par la Commission aux Etats membres le 22 oct. 1959, citée par B. GOLDMAN, «Un Traité fédérateur: la Convention entre les Etats membres de la C.E.E. sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», R.T.D.E., 1971, p. 1 et par A. MARMISSE, *La libre circulation*, préc., p. 23.

respectivement préjudiciaire et postjudiciaire, des relations juridiques qui en relèvent. Dans la mesure où la *procédure* de reconnaissance et d'exécution qu'elle régissent demeure *virtuelle*, les règles en question finissent par déployer une incidence immédiate – c'est-à-dire sans l'intermédiaire d'une procédure *effective* – sur le comportement *substantiel* des parties.

b) *Règles sur la compétence des tribunaux.* La pluralité préjudiciaire des fors que laisse subsister le système de Bruxelles / Lugano (1<sup>o</sup>) est le résultat du choix des négociateurs de réduire le nombre de fors antérieurement existants (2<sup>o</sup>). La réduction à l'*unité* du for n'est cependant atteinte que par la saisine d'un for combinée avec l'application des règles relatives à la litispendance (3<sup>o</sup>). Mais en convenant d'un for, les parties peuvent s'assurer d'une *unité préjudiciaire* (4<sup>o</sup>).

1<sup>o</sup> *Pluralité de fors et imprévisibilité préjudiciaire du tribunal qui connaîtra des litiges.* A l'égard des contrats et des délits, le système de Bruxelles I n'a pas pu se passer d'une *pluralité de fors*.<sup>78</sup> Face à celle-ci, il est évidemment *impossible* aux parties, non seulement avant l'établissement de la relation substantielle,<sup>79</sup> mais aussi et encore avant la création de la relation procédurale, de *prévoir quel est le tribunal qui connaîtra de leurs litiges*.<sup>80</sup> Tout ce qu'elles sont à même d'anticiper, c'est qu'il pourra s'agir du juge A (domicile d'une partie) ou du juge B (domicile de l'autre) ou du juge C (lieu d'exécution de l'obligation ou de survenance du délit) mais *non* du juge D (par exemple: pays de la nationalité d'une des parties): *rien de plus*. Ici, *savoir, ce n'est pas prévoir*. Les parties sont vouées à ignorer jusqu'à la judiciarisation s'il s'agira du for A à l'*exclusion* des fors B et C ou du for B à l'*exclusion* des fors A et C, etc. Le créancier ne sait même pas si le choix du for est entre ses seules mains car il est possible que le débiteur le prive de ce choix en intentant contre lui une action négative.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> Sur le «choix important de fors» mis à la disposition du demandeur par les Conventions de Bruxelles et Lugano, v. Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé* (préf. H. Muir Watt), Aix-en-Provence, 2000, t. II, p. 456. Sur ce que cette pluralité engendre un risque de *forum shopping*, v. p. ex. Th. RAUSCHER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., München, 2006, p. 150, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3e éd., Paris, 2002, p. 125 et Lord J. MANCE, «Exclusive Jurisdiction Agreements», préc., p. 357-358.

<sup>79</sup> Hormis dans les hypothèses, dont il sera question dans un instant, de choix de for par les parties.

<sup>80</sup> En ce sens, très clairement, R. GEIMER / R.A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, préc., p. 368: «Unter mehreren international zuständigen Mitgliedstaaten hat der Kläger die Wahl. *Wo er klagen wird, lässt sich nicht klar voraussehen*» (c'est nous qui soulignons).

<sup>81</sup> Pour de telles actions, v. CJCE 8 déc. 1987, C-144/86, *Gubisch*, Rec., p. 4861 et CJCE, 6 déc. 1994, C-406/92, *Tatry*, Rec. I, p. 5442. Sur ce que les actions négatives «multiply the possibilities», v. Lord J. MANCE, «Exclusive Jurisdiction Agreements», préc., p. 358; v. ég. R. FENTIMAN, «Tactical Declarations and the Brussels Convention», *C.L.J.*, 1995, p. 261, qui a parlé à cet égard d'une «charte du *forum shopper*». V. en général, sur ce type d'action, L. COLLINS, «*The Marc Rich Case and Actions for Negative Declaration*», *Essays in Inter-*

Lorsqu'elle se pose sur le plan substantiel, l'alternative entre deux solutions uniquement, A et B, suffit à provoquer une *imprévisibilité* entraînant une *insécurité juridique totale* propre à la condamner.<sup>82</sup> On a vu plus haut que l'incertitude objective du droit génératrice d'insécurité peut bien opposer deux (seules) interprétations différentes d'une même règle ou deux (seuls) courants jurisprudentiels contradictoires. Les antinomies normatives sont, a-t-on pu écrire, la *négarion même de la sécurité juridique*.<sup>83</sup> S'agissant, en revanche, des règles de compétence, on enseigne, en droit judiciaire interne, que lorsque la relation procédurale n'est pas actuelle, mais potentielle, c'est-à-dire avant la litispendance – on y reviendra –, elle peut naître devant une pluralité de fors territorialement compétents. Une telle pluralité n'engendre pas moins l'*imprévisibilité* au sens évoqué, laquelle est d'autant plus significative que le nombre de fors est plus élevé.

2° *La réduction de l'imprévisibilité préjudiciaire du for et ses liens avec la sécurité substantielle préjudiciaire.* Avant l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles, l'*imprévisibilité* dont il est question était bien plus accusée puisque notamment le for de nationalité, du demandeur et du défendeur, était largement admis et que le for dit du patrimoine l'était en substance aussi.<sup>84</sup> En proscrivant de tels fors, les rédacteurs ont opéré un allègement capital. Un de leurs mobiles était de combattre le *forum shopping*,<sup>85</sup> c'est-à-dire, dans le sens le moins critiquable du terme, l'exploitation par un des plaideurs, à son profit et au détriment de l'autre, de la diversité des systèmes juridiques – pour ce qui est des règles de conflit mais aussi de tout ce qui peut en influencer la mise en œuvre: qualifications, ordre public et normes impératives, etc.<sup>86</sup> – en vue d'un avantage directement ou indirectement *substantiel*.

*national Litigation and the Conflict of Laws*, Oxford, 1994, p. 274 s.; G. CUNIBERTI, «Action déclaratoire et droit judiciaire européen», *Clunet*, 2004, p. 77; A.A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006; A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens – Etude de droit international privé comparé*, Bruxelles / Paris, 2003, p. 419 et A.S. BELL, *Forum Shopping in Transnational Litigation*, Oxford, 2003.

<sup>82</sup> F. CARNELUTTI, «Verità, dubbio, certezza», *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 4 s., p. 5, rappelle que le mot latin *dubium* («doute») tire son origine de *duo* («deux»).

<sup>83</sup> G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959, p. 127: «le norme incompatibili sono la negazione dell'ordine e, a maggior ragione, della certezza»; v. ég. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 234-235 et G. CARCATERRA, «Certezza, scienza, diritto», préc., p. 380-381. V. pour une discussion, G.P. ROMANO, *L'unilateralismo*, préc., p. 579.

<sup>84</sup> Pour un aperçu de ces fors dans les six Etats membres, v. G.A.L. DROZ, *La compétence judiciaire* préc., p. 5 s.

<sup>85</sup> G.A.L. DROZ, *La compétence judiciaire*, préc., p. 7 et Y. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano du 16 septembre concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, vol. I, Berne, 1996, p. 24 et 279.

<sup>86</sup> Sur ce que même si les règles de conflit sont les mêmes, les probabilités de différences dans l'aboutissement et donc d'incertitude demeurent, v. M.-R. MCGUIRE, *Verfahrenskoordination und Verjährungsunterbrechung im europäischen Prozessrecht*, Tübingen, 2004, p. 153.

Or lorsqu'une relation juridique est telle qu'une partie peut déterminer *a posteriori* la substance des droits et des obligations qui en sont issus par le choix unilatéral d'un for, c'est évidemment que la *sécurité juridique (substantielle préjudiciaire) n'est pas garantie*.<sup>87</sup> Les parties sont condamnées à ignorer la teneur de leurs droits et obligations tant que la relation n'est pas *judicialisée*. Elles sont *obligées* de la *judicialiser* pour se ménager une telle connaissance. C'est là la marque incomparable, et clairement dénoncé par la CJCE,<sup>88</sup> de *l'insécurité juridique*. Force est de constater que dans de tels cas, les règles de compétence, de nature pourtant *procédurale*, en viennent à déployer une *fonction directement et résolument substantielle*, c'est-à-dire qu'elles concourent à façonner la substance des droits et des obligations (*Orientierungssicherheit*). Aussi, l'allègement de la pluralité de fors revêt une importance qui va bien au-delà de la prévisibilité de type procédural puisqu'il contribue à réduire l'insécurité juridique substantielle (préjudiciaire) en restreignant l'éventail des contenus *possibles* du faisceau de droits et d'obligations découlant de la relation en question.<sup>89</sup>

3° *Prévisibilité du for postérieure à la saisine et ses liens avec la sécurité substantielle postjudiciaire*. Lorsque deux procédures relatives à la même question posée par la même relation juridique opposant les mêmes parties sont engagées devant deux juges, trois situations sont envisageables. D'abord, il peut être *raisonnablement certain* que ces «procédures parallèles» aboutiront à un *conflit de décisions*. Tel est le cas lorsque le droit substantiel qu'appliqueront les deux juges est suffisamment *certain*, que ce droit est *différent* ou différemment interprété d'un pays à l'autre et que cette différence a une incidence décisive sur la substance des droits et obligations litigieux. Ensuite, le conflit de décisions peut être simplement *possible*. Il en est ainsi soit lorsque le droit substantiel qu'appliquera l'un des juges est *raisonnablement certain* et que celui qu'appliquera l'autre est objectivement incertain, soit lorsqu'une telle incertitude objective affecte les deux procédures. Le conflit de décisions peut enfin être *raisonnablement exclu* lorsque le droit substantiel est suffisamment certain dans les deux pays et que ce droit est *identique* et identiquement interprété. Les cas de ce dernier type, lorsqu'ils se présentent, se

<sup>87</sup> On ne s'arrêtera pas sur la *justice* de cet état de chose: v. à cet égard H. BATIFFOL, «Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative», *Mélanges Kollwijn et Offerhaus*, Leyde, 1962, p. 55 s.: «Il n'est pas admissible que la substance des droits des parties dépende du choix de l'une d'elles».

<sup>88</sup> V. arrêt 6 oct. 1976, *de Bloos*, 14-76, *Rec.* 1976, p. 1508, points 9 et suiv.; 13 juill. 1993, *Mulox*, C-125/92, *Rec.* 1993, p. I-4075 s., point 24; cf. ég. arrêt 10 avr. 2003, *Giulia Pugliese*, C-437/00, p. 22; cf. P. PUSTORINO, «Observations sur les principes généraux», préc., p. 129-130.

<sup>89</sup> En ce sens P. PUSTORINO, «Observations sur les principes généraux», préc., p. 129 (qui évoque «l'incompatibilité du phénomène du *forum shopping* avec l'exigence de certitude des situations juridiques»); F. JUENGER, «Forum Non Conveniens: Who Needs It?», in M. TARUFFO (dir.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, The Hague (etc.), 1999, p. 351 s., p. 366 et A. NUYTS, *L'exception du forum non conveniens*, préc., p. 665.

caractérisent par l'inutilité qui frappe inévitablement l'un des deux procès et les coûts qu'il a nécessités.

Les deux premières hypothèses, quant à elles, plongent évidemment les parties dans une situation d'*insécurité juridique préjudiciaire*. En ce qu'il empêche la poursuite simultanée des deux procédures, les règles applicables à la litispendance tendent à rétablir la sécurité, qui ne sera cependant que *postjudiciaire*.<sup>90</sup> Et de fait, l'une d'entre elles, celle introduite postérieurement, est bloquée et comme «stérilisée» à la naissance de sorte à ce qu'elle ne puisse proliférer vers la décision au fond: ce qui, en rendant inutile son ouverture, est de nature à décourager celle-ci.<sup>91</sup> Un conflit de décisions n'est, du point de vue des parties, rien d'autre qu'un conflit de normes (individuelles et concrètes)<sup>92</sup>, une *antinomie normative*, dont on vient de rappeler qu'elle représente la négation de la sécurité juridique. Dans la mesure où il y a antinomie, il est inévitable que l'une des deux règles ne soit pas efficace, car l'inefficacité de l'une d'elles suppose l'inefficacité de l'autre. Il s'agit là – a-t-on pu observer de façon convaincante – d'une *impossibilité ontologique*, avant même d'être *juridique*.<sup>93</sup> L'identité de la règle efficace dépendra souvent de facteurs peu prévisibles pour les parties. La décision consacrant la règle demeurée inefficace n'aura apporté *aucune sécurité postjudiciaire*, puisque les droits et les obligations qu'elle reconnaît ne peuvent par hypothèse pas recevoir efficacité (la *Realisierungssicherheit* fait défaut ici).<sup>94</sup> La procédure, et les règles qui la régissent, auront tourné en vain: instruments au service du rétablissement rapide de la sécurité substantielle, elles auront manqué leur objectif. En neutralisant de telles procédures parallèles, le système de Bruxelles I / Lugano s'assure qu'il n'y aura pas deux normes individuelles incompatibles et, par conséquent, que les règles procédurales, y compris la règle sur la compétence, du seul système judiciaire autorisé à se prononcer par une décision au fond, pourront fonctionner effectivement au

<sup>90</sup> V. p. ex. Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire*, préc., p. 480 s.; M.-R. MCGUIRE, *Verfahrenskoordination*, préc., p. 41; en ce sens CJCE 17 juin 1992, *Handte*, C- 26/91, *Rec.* 1992 I 3967, point 15. Sur ce que la réduction des «conflits positifs» de compétence «a servi à la sécurité juridique», v. Y. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, préc., p. 23; cf. ég. Ch. THIELE, «Anderweitige Rechtshängigkeit», préc., p. 287.

<sup>91</sup> Cf. R. FENTIMAN, note sous l'arrêt *Gasser*, préc., p. 242 s.

<sup>92</sup> V. V. MOISSINAC MASSENET, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé* (préface H. Muir Watt), Paris, 2007.

<sup>93</sup> K. ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935, p. 54: «Die Begründung dieses Satzes [de la nécessité de la *Widerspruchlosigkeit*] ist keine logische, sondern eine ontologische. Niemand kann zugleich eine Handlung bzw. Unterlassung und ihr kontradiktorisches oder konträres Gegenteil prästieren» (cf. au sujet d'une telle «impossibilité», F.K. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. VIII, Berlin, 1849, p. 87). Cf. G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, préc., p. 131, pour qui le principe de non-contradiction, en raison de sa nature ontologique, se trouve au-dessus du droit légiféré et de tout législateur.

<sup>94</sup> Le jugement serait donc «complètement sans valeur» pour les parties (cf. la décision américaine *Olympic Corp. v. Société générale*, 463 F2d 376, 2d Cir. 1972, spéc. p. 379).

service de la sécurité substantielle *postjudiciaire*. Il n'en demeure pas moins que la sécurité substantielle *préjudiciaire* est, dans de telles situations, mise à mal.

4° La *prévisibilité préjudiciaire du for et ses liens avec la sécurité substantielle préjudiciaire*. Si les négociateurs n'ont pas cru devoir pousser la réduction des fors jusqu'à l'*unité*, qui seule aurait permis aux parties de prévoir quel allait être le tribunal compétent pour connaître de leurs litiges, ils n'ont pas renoncé pour autant, dans les matières qui nous intéressent à leur forger, par une règle présentée comme «la plus importante» du système,<sup>95</sup> l'instrument d'une telle prévisibilité: la clause d'élection de for, par laquelle les parties conviennent elles-mêmes de la compétence d'un seul tribunal, exclusif de tout autre.<sup>96</sup> L'exploitation d'une telle possibilité est *encouragée* par le système de Bruxelles.<sup>97</sup> Par la désignation d'un *seul for*, les parties qui y tiennent vraiment, se ménagent la sécurité recherchée: *choisir, c'est prévoir*. Il importe de cerner jusqu'à quel point cette sécurité s'étend. En fixant le for, les justiciables ne sont pas seulement à même de prédire quel tribunal tranchera leurs différends, ce qui n'est en soit pas décisif; ils en savent beaucoup plus.<sup>98</sup> Ils savent aussi quel est l'ordre juridique<sup>99</sup> à l'aune duquel leur relation sera d'abord appréciée. L'enjeu va ici encore au-delà de la sécurité juridique que procure la connaissance du tribunal compétent – sécurité du type *procédural* qui n'est qu'instrumentale et éventuelle –; il en va de la sécurité substantielle elle-même.<sup>100</sup> Pour paradoxal que cela puisse paraître, le choix de for par les parties est

<sup>95</sup> Ainsi Th. RAUSCHER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, préc., p. 294 («die für den internationalen Handelsverkehr wichtigste Bestimmung der Brüssel I-VO»).

<sup>96</sup> R. GEIMER / R.A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, préc., p. 369, pour qui «alle diese Unsicherheiten bei der Zuständigkeitsprognose können durch die Vereinbarung der ausschliesslichen internationalen Zuständigkeiten eines Staates ausgeschaltet werden»; v. ég. G. SCHÜTZE, «Der pathologische Fall – die Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 17 Abs. 4 LugU/EuGVU (zu BGH, 23.7.1998)», *IPRax*, 1991, p. 229 s., p. 239.

<sup>97</sup> U. MAGNUS, «Introduction», préc., p. 8, pour qui «[w]hile the Regulation aims on the one hand at security and certainty in cross-border litigation it pursues on the other hand also the objective to grant the parties the widest possible freedom to select the competent court». Cf. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution*, préc., p. 88, pour laquelle «[l]es textes communautaires sont libéraux et reconnaissent dans l'ensemble facilement le rôle de la volonté des parties».

<sup>98</sup> R. GEIMER / R.A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, préc., p. 369: «Liegt eine solche ausschliessliche Prorogatio vor, dann wissen beide Seiten, woran sie sind, und zwar nicht nur, was ihre Gerichtspflichtigkeit und ihre Klagemöglichkeit anbelangt, sondern auch in Bezug auf das anwendbare internationale Privatrecht und damit auch auf das anzuwendende materielle Recht»; v. ég. G.A.L. DROZ, *La compétence judiciaire*, préc., p. 132; cf. ég. I. QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale*, Padova, 2000, p. 94.

<sup>99</sup> Sur la confusion entre «loi» et «ordre juridique», v. P. PICONE, «La confusione fra 'legge' e 'ordinamento' nella dottrina italiana di diritto internazionale privato», *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, 2003, p. 719 s. (version modifiée de Die «Anwendung einer ausländischen «Rechtsordnung» im Forumstaat... perseverare est diabolicum!, *Liber Amicorum K. Siehr*, The Hague, 2002, p. 569 s.).

<sup>100</sup> C'est ce qui explique pourquoi au choix de for revient dans l'ordre international une importance beaucoup plus grande que sur le plan interne.

encouragé en ce que, par l'apport qu'il fournit à la sécurité préjudiciaire, il contribue à décourager la judiciarisation de la relation, à faire en sorte que la saisine du juge désigné demeure «à l'état latent et virtuel».<sup>101</sup>

*Conclusion.* C'est pour réduire l'insécurité substantielle découlant de la pluralité de fors et du *forum shopping* qu'elle entraîne qu'une telle pluralité a été, sinon éliminée, du moins *limitée* par les négociateurs du système de Bruxelles I / Lugano. Si la réduction ultérieure à l'*unité* n'a été jugée indispensable qu'après la saisine d'un, le système de Bruxelles I / Lugano offre aux parties la possibilité de se ménager, par le choix exclusif d'un for, une plus grande prévisibilité *préjudiciaire*.

## B. Sécurité juridique et arrêts *Gasser* et *Owusu*

L'argument de la sécurité juridique prend une importance particulière dans les décisions que la CJCE a rendues dans les affaires *Gasser*, en matière de compétence à se prononcer sur la validité ou invalidité d'une convention de for (1), et *Owusu*, au sujet de la compatibilité avec le système de Bruxelles du jeu du *forum non conveniens* (2). Il s'agissait, dans les deux cas, de la sécurité qu'apporte la prévisibilité du tribunal compétent, quant au fond de la relation substantielle, dans l'affaire *Owusu*, quant au fond du «contrat judiciaire» que constitue l'accord portant sur la compétence, dans le premier. On rappellera d'abord les faits, la question posée à la Cour et la teneur de la décision rendue par celle-ci (a); on mesurera ensuite la pertinence de l'argument de la sécurité juridique qu'elle invoque pour la justifier (b).

### 1. Sécurité juridique et compétence quant à la validité d'une convention de for: l'arrêt *Gasser*.

a) *Faits, question et décision.* La société italienne Misat avait assigné la société autrichienne Gasser devant le tribunal de Rome pour faire constater que le contrat qui les liait depuis plusieurs années avait pris fin de plein droit et qu'aucune inexécution ne pouvait lui être imputée. Le juge italien n'avait pas encore statué sur sa compétence lorsque, quelques mois après, Gasser forma en Autriche une action en paiement de factures, non contestées par Misat, en prenant appui sur la clause d'élection de for figurant sur celles-ci. Le LG de Feldkirch avait suspendu l'exercice de sa compétence jusqu'à ce que le juge italien se détermine sur la sienne. Saisi en appel, l'OLG de Innsbruck a posé à la CJCE, entre autres, la question préjudicielle de savoir si le juge saisi en second lieu pouvait, lorsqu'il bénéficiait d'une convention de for au sens de l'article de la Convention, examiner la compétence du juge premier saisi, notamment lorsque la lenteur de celui-ci

---

<sup>101</sup> En ce sens R. GEIMER / R.A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, préc., p. 369 («Aus dieser Perspektive kann man mit gutem Grund behaupten: Klare und eindeutige Zuständigkeitsvereinbarungen dienen dem Rechtsfrieden, weil so der Ausgang vieler Prozesse weniger im Nebel liegt und deshalb der eine oder andere gar nicht erst klagt»).

risque de nuire au demandeur, ou s'il doit surseoir à statuer à son profit aux termes de l'article 21.

La question avait été diversement tranchée par les juges des Etats membres. Une telle contradiction était évidemment en elle-même génératrice d'insécurité. Plus exactement, en raison de ces contradictions, les parties à une relation contractuelle n'étaient pas à même de prévoir quel serait le juge compétent pour statuer sur la validité d'une convention de for. L'on pouvait hésiter entre, d'une part, la compétence du juge premier saisi parmi *trois fors* – for *général* du domicile du défendeur, for *spécial* de l'exécution et for *désigné* dans l'accord sur le for – et, d'autre part, la compétence *exclusive* du seul for désigné. La CJCE a tranché en faveur de la première branche de l'alternative. On ne retiendra, parmi les arguments avancés,<sup>102</sup> que celui selon lequel il est «conforme la sécurité juridique voulue par (...) [la Convention] que, en cas de litispendance, il soit déterminé de manière claire et précise lequel des deux juges nationaux établira s'il est compétent selon les règles de ladite convention».<sup>103</sup> La CJCE précise plus loin qu'«[i]l est (...) constant que ladite convention vise ainsi à garantir la sécurité juridique en permettant aux justiciables de prévoir avec suffisamment de certitude le tribunal compétent».<sup>104</sup>

*b) Pertinence de l'argument de la sécurité juridique.* Pour la CJCE, le «critère chronologique» est le plus propre à assurer la sécurité juridique quant au «tribunal compétent». Les deux passages rapportés envisagent celle-ci sous deux angles différents: à l'instant postérieur à la première saisine et le cas échéant à la deuxième saisine (1°) et à un instant antérieur à toute judiciarisation (2°).

*1° Sécurité juridique postérieure à la judiciarisation.* Il est évidemment impératif qu'après la saisine d'un premier juge puis d'un deuxième juge, on sache lequel des deux est le *seul* compétent pour se prononcer sur la validité d'une convention de for. Une compétence *actuelle* simultanée des *deux* juges entraîne les dangers liés au conflit de décisions, dont on a vu plus haut combien ils portent atteinte à la sécurité juridique.<sup>105</sup> La Cour y insiste d'ailleurs et avec raison. La sécurité appelle un choix: *soit* un juge *soit* l'autre. Pour la Cour, le critère chronologique, apporte cette sécurité postérieure à la saisine que le critère alternatif – compétence en toute hypothèse du tribunal désigné par la clause d'élection de for indépendamment de la chronologie de saisine – n'assurerait en revanche pas. Et pourtant, la compétence exclusive du juge désigné par l'accord aboutirait elle aussi en principe à cette sécurité postérieure à la saisine: le juge désigné est seul compétent; tout

<sup>102</sup> Pour H. MUIR WATT, note sous *Gasser, Rev. crit.*, 2004, p. 459 s. «le seul argument de fond véritable que la Cour avance à l'appui de son choix concerne la sécurité juridique»; cf. ég. Ch. THIELE, «Anderweitige Rechtshängigkeit», préc.

<sup>103</sup> Arrêt préc., point 51.

<sup>104</sup> Arrêt préc., point 72.

<sup>105</sup> V. *supra*, II.A.b).3°.

autre juge ne l'est pas et, s'il est saisi, il l'est irrégulièrement et il doit s'abstenir de se prononcer. Que l'on avance le poste d'observation à l'instant *antérieur* à la (première) saisine.

2° *Sécurité juridique antérieure à la judiciarisation*. C'est – est-il permis de penser – à cet instant que se place la Cour lorsqu'elle se soucie du besoin des justiciables de «prévoir avec suffisamment de certitude le tribunal compétent». <sup>106</sup> Or, ainsi qu'on l'a observé plus haut, la pluralité des fors à laquelle conduisent les règles sur les fors général et spécial est pour les parties, à tout instant avant la judiciarisation, génératrice d'imprévisibilité quant au tribunal qui tranchera leurs différends: il peut s'agir du for A du domicile d'une partie, du for B du domicile de l'autre, du for C du lieu de l'exécution... La sélection dépendra de la «chronologie» de la judiciarisation. En somme, pour savoir quel juge connaîtra de leurs litiges, il faut que les parties en saisissent un, c'est-à-dire qu'elles *engagent un litige: prévoir, c'est saisir*. Il semble bien qu'il *n'existe pas de critère départiteur dont l'aboutissement est, dans la phase préjudiciaire, moins prévisible que le critère chronologique parce que celui-ci suppose, pour fonctionner, la judiciarisation et ne livre son résultat qu'après celle-ci*. La solution que la CJCE rejette en tant que moins propre à assurer la «prévisibilité du tribunal compétent», est à ce point de vue incontestablement plus satisfaisante: à tout instant *antérieur* à la judiciarisation de la question, les parties savent exactement quel est le juge qui la tranchera parce qu'un seul for, au lieu de quatre, est compétent. *Savoir, c'est ici prévoir*, si bien que, pour prévoir, point n'est besoin de *saisir*.

On peut objecter que le constat selon lequel pour savoir quel est le tribunal compétent, il faut en *saisir* un, n'est point surprenant. A quoi on répondra en se rapportant aux trois vérités évoquées plus haut. En premier lieu, les règles générale et spéciale ne garantissent pas aux parties la *prévisibilité* du tribunal compétent – on envisagera plus loin la double perspective, du demandeur et du défendeur. En second lieu, ces règles *diminuent* tout de même l'imprévisibilité antérieure. La CJCE a, d'ailleurs, dans nombre d'arrêts, écarté la solution aboutissant à accroître la palette des fors compétents au motif, entre autres, qu'elle aurait de ce fait *exacerbé* l'incertitude quant à la prévisibilité du for. <sup>107</sup> Le fait de placer le for désigné sur un pied d'égalité avec les fors général et spécial quant à la question de la validité de la convention, revient précisément, à contrecourant du mouvement évoqué, à *élargir* la pluralité des juges potentiellement

---

<sup>106</sup> V. Ch. THIELE, «Anderweitige Rechtshängigkeit», préc., p. 285 («Die Parteien eines Rechtsstreites sollen *vor* Beginn eines Rechtsstreites mit Gewissheit vorhersehen können, wo ein Gerichtsstand für eine Klage eröffnet ist»: mise en italique dans l'original).

<sup>107</sup> «Une multiplication des chefs de compétence pour un même type de litige n'est pas de nature à favoriser la sécurité juridique et l'efficacité de la protection juridique (...): CJCE, 22 nov. 1978, *Somafer*, 33/78, *Rec.* p. 2183; 4 mars 1982, *Effer*, 38/81, *Rec.*, p. 825; 22 mars 1983, *Peters*, 34/82, *Rec.* p. 987; 25 juillet 1991, *Rich*, C-190/89, *Rec.*, p. 3855; 10 mars 1992, *Powell*, C-214/89, *Rec.* p. I-1745.

compétents – aux fors A, B et C, s'ajoute le for D indiqué dans la convention de for – et, par conséquent, à accroître l'imprévisibilité. En troisième lieu, les règles générale et spéciale sont primées, lorsqu'elle est effectivement exploitée, par la règle accordant aux parties le pouvoir de ramener la pluralité à l'unité en désignant un for exclusif.

Or il semble bien qu'à la suite de l'arrêt *Gasser*, il ne soit pas loisible aux parties de convenir expressément que le tribunal choisi prolonge sa compétence exclusive à l'égard de la question de la validité de l'accord qui l'a désigné. Une telle prolongation de compétence peut d'ailleurs fort bien – a-t-il été observé – même en l'absence d'une indication expresse par les parties, répondre aux attentes naturelles de celles-ci,<sup>108</sup> encore qu'il faille se garder de confondre attentes naturelles et prévisibilité du droit. Il est déjà difficile d'admettre que, dans la mesure où l'on reconnaît aux parties le pouvoir de désigner un for exclusif et qu'on les incite même à l'exercer, on les empêche, en amont, de convenir du for seul compétent pour connaître de la validité de la convention, notamment d'en investir le for choisi quant au fond. Il est encore plus difficile d'admettre qu'on puisse fonder un tel refus sur la *prévisibilité pour les parties du for compétent pour connaître de la question*, alors que, d'une part, le dispositif du choix de for vise, dans son essence, à garantir une plus grande prévisibilité du tribunal compétent en raison de l'*unité du for* qu'il assure, et que, d'autre part, le refus dont il est question aboutit non seulement à *ne pas ramener à l'unité la pluralité ordinaire de fors, mais bien à l'étendre davantage*.<sup>109</sup>

Si la judiciarisation est, d'après l'arrêt *Gasser*, *nécessaire* pour que les parties sachent quel tribunal est compétent, on peut observer que l'inconvénient de l'imprévisibilité préjudiciaire du for est en définitive réduit voire éliminé dans la mesure où la *substance* de la seule question dont il s'agit ici – validité ou invalidité de l'accord sur le for – ne variera pas selon le tribunal qui en est saisi. Et de fait, si les *quatre* ordres juridiques dont les tribunaux sont compétents s'accordent tous à

<sup>108</sup> V. avec beaucoup de vigueur, R. FENTIMAN, note sous l'arrêt *Gasser*, préc., p. 254; cf. ég. Lord J. MANCE, «Exclusive Jurisdiction Agreements», préc., p. 362.

<sup>109</sup> Ce qui est surprenant à un double point de vue. D'abord, au regard de l'intention probable de la CJCE: si, comme l'observe H. MUIR WATT, note préc., p. 464, «ce que veut la Cour, c'est qu'un seul juge, désigné selon un critère clair, ait compétence pour statuer sur la validité de la clause attributive» (v. ég. R. FENTIMAN, note sous l'arrêt *Gasser*, préc., p. 248), la solution qu'elle retient aboutit au résultat opposé. Ensuite, comme le rappelle l'Avocat général Ph. Léger (point 70 de ses conclusions), la Cour a, dans l'affaire *Benincasa* (CJCE 3 juill 1997, C-269-95, *Rec.* I-3767), décidé que le juge élu est exclusivement compétent pour se prononcer sur la nullité du contrat qui contient la clause et c'est précisément la «sécurité juridique» qui a inspiré une telle solution. Au point 29 on lit en effet que «la sécurité juridique voulue par cette disposition [l'article 17 de la Convention] pourrait être aisément compromise s'il était reconnu à une partie contractante la faculté de déjouer cette règle de la convention par la seule allégation de la nullité de l'ensemble du contrat pour des raisons tirées du droit matériel applicable» (v. ég. H. MUIR WATT, note préc., p. 463).

tenir un tel accord pour valable, ou tous à le tenir pour invalide, il n'y a pas là de véritable encouragement à la saisine d'un juge puisque la *substance* de la clause demeure ici par hypothèse *prévisible* et *sûre*. La Cour prévient cependant que l'appréciation de la régularité d'une convention donnée peut diverger d'un pays à l'autre.<sup>110</sup> En élargissant le nombre de fors susceptibles d'être investis de la question, la probabilité que la réponse puisse varier en fonction du for saisi augmente proportionnellement. L'hypothèse est que le pays dont relève un des juges, notamment le tribunal désigné, soit plus libéral et *valide* l'accord alors que le pays dont relève un autre juge, notamment le juge du for général ou spécial, le tienne pour *irrégulier*. La Cour semble bien en tirer l'argument qu'il est, au nom de la «prévisibilité du tribunal compétent», désirable, singulièrement dans ces situations, que la pluralité des fors soit préservée – y compris, semble-t-il, en dépit d'une volonté contraire non équivoque des parties –, et même qu'elle soit *renforcée* par l'ajout d'un for supplémentaire.

Or c'est précisément dans les hypothèses où les parties savent d'avance qu'un des fors considérerait la clause comme régulière et un autre la tiendrait pour irrégulière, qu'un éventail aussi nourri de fors les obligent à la «judiciarisation», à la «course au for» (*forum running*) pour connaître la réponse définitive à la question.<sup>111</sup> Confrontées à une incertitude objective, les parties sont condamnées à ignorer si la convention est valable ou non *tant qu'un juge n'est saisi*. La judiciarisation de la question, loin de pouvoir demeurer à l'état latent ou virtuel, devient un *passage obligé* sur le chemin de la certitude. Le paradoxe «prévoir, c'est... saisir» se manifeste ici sous sa forme la plus troublante, puisqu'il n'en va pas seulement de l'impossibilité de savoir quel for connaîtra de la régularité ou de l'irrégularité de l'accord, mais bien aussi de l'imprévisibilité de la *substance* de la réponse qui sera donnée à cette question. C'est dans de telles circonstances que la solution consistant à attribuer compétence au seul for désigné rend palpable sa supériorité en termes de *prévisibilité*: s'il est suffisamment certain que l'ordre juridique du tribunal désigné tient la convention pour régulière ou pour irrégulière, les parties sont à même de prévoir avec certitude, non seulement le for compétent pour connaître de la question, mais aussi, ce qui est plus décisif, la régularité ou irrégularité de la clause, et ce à tout moment postérieur à la conclusion de celle-ci et antérieur à la judiciarisation, si bien qu'une telle judiciarisation pour connaître la réponse à cette question en est rendue inutile.

---

<sup>110</sup> Arrêt préc., point 51; v. R. FENTIMAN, note sous l'arrêt *Gasser*, préc., p. 248 et 253.

<sup>111</sup> V. Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire*, préc., p. 485; H. MUIR WATT, note préc., p. 460; Y. BAATZ, «Who Decides on Jurisdiction Clauses?», préc., p. 28; cf. ég. R. FENTIMAN, note sous l'arrêt *Gasser*, préc., p. 250; v. L. MERRETT, «The Enforcement of Jurisdiction Agreements Within the Brussels Regime», *I.C.L.Q.*, 2006, p. 315 s., p. 329

2. Sécurité juridique dans les situations impliquant un seul Etat membre et un Etat tiers et *forum non conveniens*: l'arrêt *Owusu*

a) *Faits, question et décision.* M. Owusu, ressortissant britannique domicilié au Royaume-Uni, avait été victime d'un grave accident survenu en Jamaïque. C'est au for de son domicile qu'il forma une action contractuelle à l'encontre de M. Jackson, domicilié lui aussi au Royaume-Uni, et extracontractuelle, à l'encontre de plusieurs sociétés jamaïquaines. Les défendeurs soulevèrent un déclinatoire de compétence en arguant de ce que le litige avait des liens plus étroits avec la Jamaïque et qu'il pouvait y être réglé de façon plus adéquate. Le tribunal de Sheffield refusa de se dessaisir de l'action dirigée contre M. Jackson au motif que la Convention de Bruxelles le lui interdisait. Un appel fut formé devant la *Court of Appeal*. Celle-ci posa à la CJCE la question préjudicielle de savoir si «la Convention de Bruxelles s'oppose à ce que la juridiction d'un Etat contractant décline sa compétence en vertu de son droit national pour connaître d'une action intentée contre une personne domiciliée dans cet Etat en faveur des juridictions d'un Etat tiers et ce: [1] si la question de la compétence d'une juridiction d'un autre Etat contractant ne se pose pas et [2] si le litige n'a aucun autre lien de rattachement avec un autre Etat contractant».

La CJCE répondit par l'affirmative. A cet effet, il lui a fallu au préalable définir les frontières de l'espace judiciaire européen. On ne se penchera pas sur cette question, désormais classique.<sup>112</sup> On rappellera seulement que, pour la Cour, le «caractère international» ne suppose pas l'implication de plusieurs Etats membres; un rapport impliquant un seul d'entre eux et un pays tiers met déjà en cause le fonctionnement du marché intérieur. L'applicabilité du système de Bruxelles une fois établie, la CJCE fonde l'exclusion du *forum non conveniens*, entre autres, sur la sécurité juridique. Les termes insistants, redondants mêmes, qu'elle emploie prouvent la place prépondérante qu'elle assigne à cet argument.<sup>113</sup> «Le respect du principe de la sécurité juridique – explique-t-elle – ne serait pas pleinement garanti s'il fallait permettre à une juridiction compétente au titre de la dite convention de faire application de l'exception du *forum non conveniens*». Ce principe commande notamment – poursuit-elle – que l'on permette «à un défendeur normalement

<sup>112</sup> Avant l'arrêt *Owusu*, v. E. PATAUT, «Qu'est-ce qu'un litige 'intercommunautaire'?', *Etudes J. Normand*, 2004, p. 365 s.; H. GAUDEMET-TALLON, «Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen: quelques repères», *Liber amicorum G.A.L. Droz*, The Hague (etc.), 1996, p. 85 s. Après l'arrêt, v. entre autres C.A. HEINZE/A. DUTTA, «Ungeschriebene Grenzen für europäische Zuständigkeit bei Streitigkeiten mit Drittstaatenbezug», *IPRax*, 2005, p. 224. s. et G. PALAO MORENO, «El *forum non conveniens* es incompatible con el Convenio de Bruselas (Comentario a la STJCE, de 1 Mar. 2005, en el asunto C-281-02, *Owusu*)», *Diario La Ley* n° 6306, 29 jul. 2005, D-191.

<sup>113</sup> En ce sens, G. CUNIBERTI, «Forum non conveniens and the Brussels Convention», préc., p. 977.

averti de prévoir raisonnablement devant quelle juridiction, autre que celle de l'Etat de son domicile, il pourrait être attiré». La marge d'appréciation que laisse le mécanisme du *forum non conveniens* «est de nature à affecter la prévisibilité» des règles conventionnelles «et par voie de conséquence, le principe de sécurité juridique en tant que fondement de cette convention». On se permettra de serrer de près ce raisonnement.

b) *Pertinence de l'argument de la sécurité juridique*. Il s'agit d'apprécier l'incidence qu'est susceptible de déployer sur le principe de sécurité juridique l'admission du principe du dessaisissement que traduit le *forum non conveniens*. On se placera d'abord au point de vue du *défendeur*, qui est, selon l'arrêt en question, le bénéficiaire, en tout cas le premier bénéficiaire,<sup>114</sup> de la sécurité juridique que recherchent les règles sur la compétence (1°). On se situera ensuite dans la perspective du *demandeur*, que d'autres arrêts de la Cour désignent comme co-bénéficiaire d'une telle sécurité<sup>115</sup> (2°). On étudiera enfin les conséquences qu'entraîne la position adoptée par la Cour sur la sécurité juridique à laquelle visent la litispendance et la reconnaissance des décisions (3°).

1° *Principe du dessaisissement et prévisibilité du for du point de vue du défendeur*. On se demandera d'abord si la prévisibilité du for, notamment *préjudiciaire* – car c'est à celle-ci que se réfère la Cour – revêt, pour le défendeur potentiel, une valeur vraiment décisive ( $\alpha$ ). On se demandera ensuite quel est le rendement en termes de prévisibilité pour le défendeur qu'offrent l'une et l'autre des solutions – rejet ou admission du principe de dessaisissement – entre lesquelles la CJCE a dû choisir ( $\beta$ ).

$\alpha$ . *Prévisibilité du for et comportement préjudiciaire du défendeur*. Un ordre juridique se soucie de la prévisibilité de ses règles parce qu'il attend d'elles qu'elles *orientent* les comportements juridique de leurs destinataires, parce qu'il veut les ériger en *modèle de conduite* pour eux. On a vu plus haut que la connaissance préjudiciaire de l'existence d'un droit, de sa nature et de son étendue incite son titulaire à *l'exercer* et notamment à réclamer l'exécution de l'obligation dont dépend sa mise en œuvre et que la connaissance de l'obligation incline le débiteur à *s'en acquitter* spontanément. C'est, a-t-on aussi rappelé, parce qu'elles leur accordent des *pouvoirs* en fixant les conditions d'exercice et les effets s'y attachant

---

<sup>114</sup> V. déjà CJCE, 13 juill. 1993, *Mulox*, C-125/92, *Rec.*, p. I-4075, point 11; 17 juin 1992, *Handte*, C-26/91, *Rec.*, p. I-3967, point 18; 28 sept., *Groupe Concorde*, C-440/97, *Rec.*, p. I-6342, point 24.

<sup>115</sup> CJCE 17 juin 1992, *Handte*, préc., point 15; 28 sept. 1999, *Groupe Concorde*, préc., point 23. Sur ce que, pour la Cour, «[i]l valor preminente della certezza del diritto, tanto di azione che di difesa, postula un grado obiettivo di prevedibilità del titolo azionato», v. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento [CE] N. 44/2001*, 2 éd., Padova, 2003, p. 169 s. Cf. H. DUINTJER DEBBENS, «The English Court of Appeal in *re Harrods*: An Unwelcome Interpretation of the Brussels Convention», *Essays C.C.A. Voskuil*, Dordrecht (etc.), 1992, p. 47 s., p. 60.

que les règles procédurales se doivent d'être prévisibles pour les plaideurs.<sup>116</sup> Dans tous ces cas, la prévisibilité de la règle de droit est effectivement de nature à influencer le comportement, respectivement *substantiel* et *procédural*, des justiciables. Bien des auteurs ont franchi un pas de plus en affirmant que le besoin de prévisibilité *ne* mérite protection que *dans la mesure* où le processus d'anticipation est susceptible d'agir sur les mobiles déterminant l'action des individus.<sup>117</sup> Ce n'est pas pour satisfaire une simple *curiosité* du citoyen que celui-ci est en droit de réclamer la prévisibilité de la règle de droit mais bien afin qu'il puisse prendre celle-ci pour directive de son action.<sup>118</sup> C'est pourquoi, par exemple, la vue est assez répandue qui refuse d'attacher une importance quelconque à la prévisibilité prédélictuelle de la loi applicable par la *victime* potentielle: une telle prévisibilité n'aurait, dit-on, pas d'impact significatif sur sa conduite car la situation juridique délictuelle tire son origine du comportement du responsable, la victime, avant de l'être, ne prévoyant pas qu'elle le sera. Aussi bien est-on conduit à se demander à quel point la connaissance préjudiciaire des fors devant lesquels il pourra être attiré est à même d'influencer le *comportement préjudiciaire du potentiel défendeur*. A l'instar de la victime, le défendeur potentiel *subit* en effet la naissance de la *relation, ici procédurale*, qui se noue malgré lui. Trois types d'influence viennent à l'esprit.

On peut, en premier lieu, observer que la partie qui apparaît de prime abord comme défenderesse potentielle a évidemment elle aussi le droit d'agir en justice – encore faut-il, si elle est débitrice, que les conditions de l'action négative soient réunies. Mais dans cette hypothèse ce sera en tant que *demanderesse* qu'elle saisira la justice. On ajoutera que, bien sûr, le fait de savoir qu'elle peut être attirée devant un for donné, inconfortable pour elle, la poussera parfois à se mettre effec-

<sup>116</sup> A. VON ARNAULD, *Rechtssicherheit*, préc., p. 162.

<sup>117</sup> Pour M. RHEINSTEIN, «The Place of Wrong. A Study in the Method of Case Law», 19 *Tul. Law Rev.* 4, 165 (1944), p. 23 s., p. 28, puisque les seules prévisions méritant d'être prises en considération par le droit sont celles qui ont une incidence directe sur la conduite humaine et que «the expectation that, when I suffer a loss, its author will make it good, does not influence my conduct», les prévisions de la victime ne compteraient pas [«in the determination of the expectations regarded as justified and thus to be protected by the rules of choice-of-law, we may all but disregard the tort victim and concentrate on the author of the harm»]; v. ég. A.J.E. JAFFEY, «Choice of Law in Tort: A Justice-Based Approach», 2 *Legal Stud.* 98 (1982), p. 103, note 11). Sur ce que «la considération de la prévisibilité de la loi applicable (...) n'a d'intérêt que si la connaissance préalable des dispositions juridiques conditionne le comportement des parties», v. ég. M-A. MOREAU-BOURLES, *Structure du rattachement et conflits de lois en matière de responsabilité civile délictuelle*, th. Paris II, 1986, p. 653. Cf. ég. J.L. DELACHAUX, *Die Anknüpfung der Obligationen aus Delikt und Quasi-Delikt im internationalen Privatrecht*, Zurich, 1960, p. 110.

<sup>118</sup> Cela explique d'ailleurs pourquoi le bénéfice de la sécurité juridique postjudiciaire qu'apporte le droit d'action n'est réservé à ceux qui ont un *intérêt à agir*, c'est-à-dire à ceux qui sont susceptibles d'être effectivement influencés dans leurs comportements juridiques par la norme individuelle issue du procès.

tivement en position de demanderesse par la saisine d'un for plus convenable,<sup>119</sup> concurrentement compétent. Mais ici de nouveau, elle ne prévoit que si elle saisit: il semble bien qu'une règle qui y conduit oeuvre précisément à l'encontre de la prévisibilité du droit. On peut, en second lieu, rappeler que, dès lors qu'il sait quel est le for devant lequel il sera attiré, le défendeur potentiel est à même de prévoir, au-delà du for, les règles *substantielles* au respect desquelles il est tenu. Sans doute une telle prévision déterminerait-elle son comportement en ce qu'elle lui permettrait d'*ajuster* celui-ci à ces règles.<sup>120</sup> Cependant, la sécurité juridique dont il bénéficierait alors ne lui serait pas dispensée par la règle de compétence, mais bien par la *règle substantielle*; le comportement induit par la prévision est de type substantiel, non *procédural*. On a vu d'ailleurs que ce n'est souvent qu'en cas d'unité de for qu'une telle prévision est réellement possible. Cela nous conduit à une troisième hypothèse. En sachant qu'à défaut d'accord sur la juridiction, il s'expose au risque d'être attiré devant un for parmi plusieurs dont le choix est entièrement entre les mains de l'autre partie, et que, de ce fait, la prévisibilité de la règle substantielle risque d'être hors de portée, le défendeur potentiel pourra essayer d'y remédier dès avant la naissance de la relation juridique, en persuadant son partenaire de convenir d'un for unique; à défaut, et s'agissant d'un contrat, il pourra même se résoudre à ne pas contracter du tout. Loin de lui garantir une prévisibilité quelconque, c'est alors précisément l'*imprévisibilité* dans laquelle le plongent les règles ordinaires, seules en question dans l'affaire litigieuse, qui le pousse à s'ingénier à les esquiver. A défaut d'accord, l'imprévisibilité demeure entière pour lui puisqu'il ignore s'il sera attiré devant le for A ou devant B. Certes, il sait qu'il ne pourra pas l'être devant C. Mais on voit mal comment cette donnée *négative* peut influencer sur son comportement préjudiciaire, si ce n'est parce qu'il sait qu'il n'a pas à se conformer aux règles substantielles que lui adresse l'ordre C, auquel cas c'est au demeurant encore la sécurité substantielle qui est en cause.

On voit mal, en conclusion, comment la prévisibilité *préjudiciaire* qu'assureraient à un défendeur potentiel les règles de compétence ordinaires prévoyant une *duplicité* de fors, est susceptible d'en déterminer la conduite en dehors des hypothèses évoquées. Dans celles-ci, soit le défendeur potentiel est orienté dans ses comportements *substantiels*; soit il l'est dans ses comportements *procéduraux*, mais c'est parce qu'il cesse d'être défendeur potentiel en se muant en demandeur actuel, ou bien parce qu'il cherche à supplanter la *dualité* de fors par l'*unité*, c'est-à-dire,

<sup>119</sup> Cf. A.T. VON MEHREN, «The Trasmogrification of Defendants into Plaintiffs: Herein of Declaratory Judgments, Forum Shopping and Lis Pendens», *Festschrift U. Drobnig*, Tübingen, 1998, p. 409.

<sup>120</sup> C'est ce qu'a à l'esprit la Cour suprême des Etats-Unis lorsqu'elle déclare [*World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980), p. 297]: «[the due process clause] gives a degree of predictability to the legal system that allows potential defendant to structure their primary conduct with some minimum assurance as to where that conduct will and will not render them liable to suit» [arrêt cité par A. NUYS, *L'exception du forum non conveniens*, préc., p. 343-344].

dans un cas comme dans l'autre, parce qu'il change la donne de départ. En revanche, la connaissance postérieure à la saisine de la compétence ou de l'incompétence du for saisi influence de façon certaine l'action *procédurale* du défendeur, désormais actuel, en ce qu'elle l'incline à contester ou accepter la compétence. On reviendra sur cet aspect.

*β. Prévisibilité du for et principe du dessaisissement.* A supposer même que la prévisibilité préjudiciaire de la règle de compétence soit de nature à influencer l'action préjudiciaire du défendeur potentiel, il s'agit de vérifier ce que celui-ci perd ou gagne en termes de prévisibilité suivant que l'on exclut ou l'on admette le *principe* d'un mécanisme aboutissant au rétrécissement de la variété des fors disponibles, jusqu'à l'unité le cas échéant. Tel est l'effet du *forum non conveniens*. La première condition du déclenchement, dont on souligne volontiers l'impérativité, est en effet la disponibilité d'un for alternatif dans un autre pays,<sup>121</sup> c'est-à-dire l'existence au moins d'une *dualité* de fors (ce sera l'hypothèse envisagée ici).

*Le principe du dessaisissement est exclu.* Le fait, pour le défendeur, de savoir, avec une certitude parfaite, que le demandeur est entièrement *libre* de choisir entre deux fors, A et B, sans avoir à se justifier ni devant le défendeur ni devant le juge, est de nature à le placer face à une incertitude irréductible quant au tribunal, A ou B, qui connaîtra des litiges. Non seulement le défendeur ne maîtrise en rien le processus conduisant à la compétence d'un juge à l'exclusion de celle de tout autre; mais le juge n'y pouvant rien non plus, cette maîtrise revient tout entière au demandeur, lequel peut s'en servir de façon tout à fait *arbitraire*, capricieuse même, en un mot donc, du point de vue du défendeur, parfaitement *imprévisible*.<sup>122</sup> Une telle imprévisibilité ne disparaîtra pour lui qu'à l'instant de la judiciarisation, jamais avant. Si le principe du dessaisissement est admis, la situation se présente sous un nouvel éclairage.

*Le principe du dessaisissement est admis.* La prévisibilité pour le potentiel défendeur du seul for compétent dépend ici de la prévisibilité préjudiciaire pour lui de la réalisation des conditions du dessaisissement – on aura ici à l'esprit celles que fixe le

<sup>121</sup> V. M.A. LUPOLI, «Convenzione di Bruxelles ed esercizio discrezionale della giurisdizione», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 997 s., p. 1000 («la dottrina del *forum non conveniens* presuppone almeno due fori»); v. J.J. FAWCETT, *Declining Jurisdiction in Private International Law, Reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Athens, August, 1994, Oxford, 1995; A. NUYTS, *L'exception du forum non conveniens*, préc., p. 303 s., et 606; Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire*, passim.

<sup>122</sup> Sur ce que la recherche, par le demandeur, «dans le catalogue des règles ordinaires de compétence» de «celle qui finalement sera plus favorable à ses intérêts», est contraire à la prévisibilité du point de vue du défendeur, v. G.A.L. DROZ, *La compétence judiciaire*, préc., p. 132. On peut voir dans la possibilité d'une telle démarche la même atteinte à la sécurité juridique que celle que N. MOLFESSIS, *Rapport*, préc., point 2.2, reproche au revirement de jurisprudence et qu'il décrit comme suit: «en ce qu'il peut offrir à un justiciable une issue qui mette à mal les anticipations de son adversaire, [il] est facteur de *litigiosité*. Il incite à tenter sa chance pour tirer profit de la versatilité de la règle».

droit *anglais*, dont il était question dans l'affaire *Owusu*. Plus exactement, il faut que ces conditions soient *réalisées* et que le potentiel défendeur puisse *prévoir* avec suffisamment de certitude qu'elles le seront. On a vu la première condition – l'existence d'un for alternatif –, qui est, quant à elle, assez aisément vérifiable, donc prévisible, et ce avant toute judiciarisation. La seconde tient à ce que le défendeur invoque le dessaisissement;<sup>123</sup> cette condition est évidemment d'autant plus prévisible pour lui qu'elle ne dépendra que de sa *volonté*. Voilà qui est propre à lui accorder une maîtrise limitée; dans l'espace circonscrit de l'emprise de celle-ci, l'imprévisibilité disparaît: *choisir c'est prévoir*. Le dessaisissement repose enfin en partie sur des facteurs *objectifs* – liens géographiques des parties et des faits, situation des éléments de preuve, loi applicable au fond, existence d'une clause attributive de juridiction<sup>124</sup>– et, en tant que tels, le plus souvent vérifiables eux aussi dans la phase prélitigieuse. En partie, et notamment dans la *pesée* de ces éléments objectifs, le juge conserve – n'a-t-on de cesse de le rappeler – une «marge de discrétion».<sup>125</sup> Que l'on en cerne bien la signification. Il s'agit bien d'une *marge*,<sup>126</sup> c'est-à-dire exploitable dans une partie seulement – quelle que soit son étendue – des situations; il s'agit, surtout, de *discrétion*, laquelle ne se confond pas avec l'*arbitraire*: son exercice est encadré par le respect des précédents et contrôlable, semble-t-il, en instance d'appel.<sup>127</sup>

<sup>123</sup> Cela est du moins le cas en Angleterre, en Australie et au Québec. Aux Etats-Unis, on dit qu'il existe une faculté de dessaisissement d'office. Sous la plume de A. NUYTS, *L'exception du forum non conveniens*, préc., p. 295, note 46, on lit cependant que «nos recherches dans la jurisprudence américaine récente n'ont pas permis de trouver une seule décision où la doctrine du *forum non conveniens* aurait été soulevée d'office par le juge».

<sup>124</sup> Sur les «facteurs déterminants le dessaisissement», v. A. NUYTS, *L'exception du forum non conveniens*, préc., p. 329 s.; A. BRIGGS / P. REESE, *Civil Jurisdiction*, préc., p. 415; A.V. DICEY / J. MORRIS & L. COLLINS, *The Conflict of Laws*, 14th ed., London, 2006, p. 477 s.

<sup>125</sup> A. NUYTS, *L'exception du forum non conveniens*, préc., p. 329, qui parle d'une «discrétion structurée» [expression qu'il tire de l'arrêt américain *Pain v. United Technologies Corp.*, 637 F.2d. 775, D.C. Cir. 1980, spéc. p. 781]. V. ég. E. SCOLES / P. HAY / P. BORCHERS / S. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 3rd, Saint Paul, 2000, p. 481: «the discretion under forum non conveniens should not [...] be viewed as arbitrary discretion, for the doctrine has well designed standards for the exercise of that discretion». Sur ce que la doctrine anglaise du *forum non conveniens* permet une «véritable rationalisation du pouvoir discrétionnaire, permettant dès lors la systématisation de ce dernier», v. Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire*, préc., p. 698.

<sup>126</sup> V. p. ex. P. PRINCE, «Bhopal, Bougainville and OK Tedi: Why Australians' Forum Non Conveniens Approach is Better», 47 *I.C.L.Q.* 573 (1998), p. 589; A. SLATER, «Forum non conveniens: A View From the Shop Floor», 104 *L.Q.R.* 555 (1988), spéc. p. 569.

<sup>127</sup> Sur le contrôle en degré d'appel, de plus en plus incisif, v. A. NUYTS, *L'exception du forum non conveniens*, préc., p. 300-301; A. BRIGGS / P. REESE, *Civil Jurisdiction and Judgments*, préc., p. 301 s. Cf. BINGHAM LJ.: «Even the answer to [that question] is not wholly discretionary, since the question itself is defined by authority and there is clear authoritative guidance on the matters which may and may not be considered in answering it» [*Banco Atlantico S.A. v. British Bank of the Middle East* [1990], 2 Lloyd's Rep., 504, 506 (Eng. C.A.)]. Plus nuancé D. ROBERTSON, «Forum non conveniens in America and England: A Rather Fantastic Fiction»,

Il semble plus exactement qu'on puisse envisager trois catégories d'espèces. Dans la première, il est suffisamment prévisible à l'avance que les conditions du dessaisissement sont remplies et que, si le juge est saisi et le dessaisissement invoqué, la demande sera acceptée.<sup>128</sup> Voilà qui, avant et indépendamment de la judiciarisation, procure au défendeur potentiel une prévisibilité raisonnable quant au *seul for compétent*. Loin de le plonger dans l'insécurité, c'est précisément la prévision du dessaisissement du deuxième for qui lui épargne celle à laquelle le condamne la conscience de la pluralité de fors. Dans d'autres situations, l'on peut être raisonnablement certain que l'exception ne sera pas accueillie par le juge. L'admission *in abstracto* de la possibilité de dessaisissement n'est alors pas de nature à réduire la prévisibilité pour le défendeur, quel que soit son degré ou son utilité, parce que celui-ci sait d'avance que la dualité de fors demeurera inchangée. Dans une troisième série de cas, il lui est objectivement impossible de prévoir avec certitude si oui ou non le juge accepterait de se dessaisir. Il faut, pour le savoir, que le juge soit saisi et que l'exception soit soulevée. La judiciarisation ne peut plus rester «à l'état latent et virtuel»; elle devient nécessaire pour dissiper l'incertitude. On s'empresse cependant de relever qu'une telle judiciarisation n'est nécessaire que *dans cette troisième catégories de situations*. L'exclusion du principe du dessaisissement aboutit en revanche à plonger le défendeur dans une imprévisibilité, on l'a vu, irréductible dans *chacune* des trois catégories évoquées, c'est-à-dire dans toute hypothèse de *dualité* de fors, sans exception.<sup>129</sup> La judiciarisation est toujours nécessaire pour que le défendeur sache à l'avance où il sera emmené à se défendre.

A ne vouloir considérer que la troisième catégorie de situations, celles où le principe du dessaisissement, s'il est admis, n'est pas prévisible quant à sa mise en oeuvre, force est de constater qu'en cas d'admission d'un tel principe, le critère qui, dans ces situations, dissipe l'incertitude affectant le défendeur repose sur la *discrétion «structurée»* du juge et, en cas d'exclusion d'un tel principe, sur l'*arbitraire absolu* de son adversaire. La discrétion est exercée dans le sens que

*L.Q.R.*, 1987, p. 398 s., p. 399. Sur le contrôle juridictionnel dans une perspective *de lege ferenda*, v. Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire*, préc., p. 642 s.

<sup>128</sup> Cf. l'hypothèse envisagée par C.M.V. CLARKSON / J. HILL, *The Conflict of Laws*, préc., p. 106: «If both parties are resident in a foreign country and all the evidence is abroad, England is obviously not the most closely connected forum». Pour R. FENTIMAN, «Jurisdiction, discretion and the Brussels convention», *Cornell Int'l L.J.*, 1993, p. 66 s., p. 73, «the exercise of jurisdiction (...) is tolerably predictably in practice». V. ég. J.J. FAWCETT, «General Report», in J.J. FAWCETT, *Declining Jurisdiction in Private International Law, Reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law – Athens, August 1994*, Oxford, 1995, p. 30 («[...] there are numerous precedents explaining the doctrine of forum non conveniens, thereby providing a measure of certainty in its operation»).

<sup>129</sup> Cf. G. CUNIBERTI, «Forum non conveniens and the Brussels Convention», préc., p. 977, pour qui «it is simply wrong to state that defendants have the certainty to be sued at home. In the Convention scheme, defendants have to abide by claimants choices».

dicte l'équité, la *justice du cas concret*. On est là, s'accorde-t-on à penser, en présence de l'autre composante de l'idée du droit.<sup>130</sup> On ne s'autorisera qu'une incursion rapide dans celle-ci. La rançon<sup>131</sup> que la prévisibilité du droit exige de la justice dans certains cas concrets trouve, dit-on, son fondement dans le bienfait qu'elle assure dans la majorité des cas consistant à épargner aux justiciables la nécessité d'une judiciarisation pour connaître le contenu des relations qu'ils nouent. Or, pour le défendeur, les règles établissant une dualité de fors sont source d'imprévisibilité quant au tribunal qui connaîtra des litiges; une judiciarisation est toujours *nécessaire*. Il est tentant de considérer que, puisque le droit lui empêche de tirer profit du bienfait escompté de la prévisibilité (par hypothèse, entre les fors A et le for B), le fondement du sacrifice que celle-ci impose à la justice s'en trouve ébranlé: qu'on lui laisse au moins, pourrait-on penser, dans les limites de cette *imprévisibilité* (c'est-à-dire entre les fors A et B), le pouvoir de réclamer la *justice* (du cas concret). C'est bien la philosophie sous-jacente du dispositif du *forum non conveniens*. Certes l'appréciation de la question par le juge peut provoquer un *retard* dans le déroulement de la procédure.<sup>132</sup> Mais cela n'affecte pas la *prévisibilité* du défendeur dans la mesure où c'est bien celui-ci qui soulève l'exception et que, s'il estime préférable éviter un tel retard, il peut fort bien choisir d'y renoncer.<sup>133</sup> Choisir c'est, là encore, prévoir.

*Conclusion.* Faire grief au principe de dessaisissement de diminuer la prévisibilité du for, notamment *préjudiciaire*, du point de vue du défendeur est simplement *intenable*.<sup>134</sup> Au contraire, un tel mécanisme marque, du point de vue de la prévisibilité préjudiciaire du défendeur, un progrès certain. Il convient à présent de se placer au point de vue du demandeur.

<sup>130</sup> Sur ce l'«l'argomento è tradizionale», v. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, préc., p. 592, note 129.

<sup>131</sup> C'est ce que F. CARNELUTTI, «La certezza del diritto», réimprimé in *Discorsi intorno al diritto* II (1953), p. 22 in fine, qualifiait de «costo della certezza».

<sup>132</sup> En ce sens, H. DUINTJER DEBBENS, «The English Court of Appeal in *re Harrods*», préc., p. 60.

<sup>133</sup> TH. RAUSCHER / A. FEHRE, «Das Ende des forum non conveniens unter dem EuGV und der Brüssel I-VO», *ZeUP*, 2006, p. 459 s., p. 469; G. CUNIBERTI, «Forum non conveniens and the Brussels Convention», préc., p. 977; M. NADAUD, «L'incompatibilité de l'exception de *forum non conveniens*», préc., p. 225.

<sup>134</sup> En ce sens aussi A.V. DICEY / J. MORRIS & L. COLLINS, *The Conflict of Laws*, préc., p. 472 («plainly wrong»); TH. RAUSCHER / A. FEHRE, «Das Ende des *forum non conveniens*», préc., p. 469 («Hinsichtlich des Beklagten ergeben sich freilich bei der Frage der *forum non conveniens*-Doktrin keine Probleme [...]»); M. NADAUD, «L'incompatibilité de l'exception de *forum non conveniens* avec la Convention de Bruxelles de 1968 (à propos de l'arrêt Owusu rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 1er mars 2005)», *Jurispr. comm.*, 2006 («[i]l était étonnant [...] que la cour vise d'abord la protection du défendeur»; car «la prohibition de l'exception de forum non conveniens est estimée plutôt à protéger le demandeur qui, en vertu du principe de prévisibilité, doit savoir avec certitude devant quelle juridiction il doit porter son action». Cf. J. HARRIS, «Stays of Proceedings and the Brussels Convention» (2005), 54 *ICLQ* 933, p. 937 et B.J. RODGER, «*Forum non conveniens* Post-Owusu», *J.P.I.L.*, 2006, p. 71 s., p. 87.

2° Principe du dessaisissement et prévisibilité du for du point de vue du demandeur. Le principe même de l'option de for accordée au demandeur ne repose pas sur un souci de sécurité juridique ( $\alpha$ ). Puisqu'elle ne peut être exercée par lui qu'au moyen d'une judiciarisation, une telle option laisse d'ailleurs subsister, du point de vue du demandeur potentiel, une imprévisibilité antérieure à la saisine ( $\beta$ ). Il faut voir quelles conséquences y déploie l'affrontement entre le principe de l'option et le principe du dessaisissement ( $\chi$ ).

$\alpha$ . Principe de l'option et sécurité juridique. La relation procédurale se noue à l'initiative du demandeur.<sup>135</sup> Il s'ensuit le besoin pour la partie, demanderesse potentielle, de connaître avant le litige quel juge elle peut valablement saisir. S'agissant là d'un élément essentiel du droit d'action, le titulaire souhaitant en tirer profit doit évidemment en être renseigné pour l'exercer efficacement. On a vu à quel point l'octroi de ce droit est commandé par la sécurité juridique substantielle: celle-ci exige qu'à l'égard de toute relation juridique, un juge soit prêt à en consacrer le contenu dans une décision, ouvrant la voie à la réalisation forcée le cas échéant. En revanche, ni la sécurité substantielle, ni la prévisibilité de la règle de compétence qui lui est asservie, ne commandent que le demandeur bénéficie du choix entre deux ou plusieurs fors. On peut penser qu'il est plus juste ou plus approprié que, dans telle ou telle situation, pareille option lui soit ouverte. C'est là une question de justice (*Gerechtigkeit*) ou, si l'on veut, d'opportunité (*Zweckmäßigkeit*), débordant en tant que telle le cadre de cette étude, consacrée à la sécurité juridique (*Rechtssicherheit*).<sup>136</sup> Si seul «choisir entre plusieurs fors – unilatéralement de surcroît – c'est prévoir», on devrait conclure à l'imprévisibilité systématique du droit impératif! Indéfendable, cette idée l'est d'autant plus que les situations où les règles ordinaires laissent subsister une pluralité de fors, sont précisément celles où le système s'empresse d'accorder aux parties le pouvoir d'éli-

<sup>135</sup> Cf. le rapport Schlosser sur la Convention d'adhésion de 1978 à la Convention de Bruxelles: «le demandeur doit avoir la certitude que le tribunal saisi est compétent. Il ne faut pas qu'il perde du temps et de l'argent pour apprendre finalement que le tribunal auquel il s'est adressé se considère comme moins compétent qu'un autre» [*J.O.C.E.* C 59 du 5 mars 1979, n° 78]. V. cependant l'évolution ultérieure de la pensée de P. SCHLOSSER lui-même («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 s. et «Einschränkung des Vermögengerichtsstandes», *IPRax*, 1992, p. 140 s.).

<sup>136</sup> R. FENTIMAN, «Jurisdiction, Discretion and the Brussels Convention», préc., p. 76, aborde la question sous l'angle de la *fairness*. Cf. ég. Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire*, préc., p. 698, qui souligne la «très forte légitimité» dont est empreinte la compétence fondée sur le domicile. Pour A. BRIGGS, «Forum Non Conveniens and the Brussels Convention Again», préc., p. 181, «if one of the purposes of the Convention is to allow those domiciled in contracting states (...) to be sure that they can proceed against a defendant where he is domiciled, the *Re Harrods* will be contrary to the aims of the Convention». Cf. concl. Ph. Léger dans l'affaire *Owusu*, préc., point 225. Comme le remarque G. CUNIBERTI, «Forum non conveniens and the Brussels Convention», préc., p. 978, c'est là précisément la question sur laquelle on demandait à la Cour de prendre position.

miner, de même qu'une telle pluralité, l'option que celle-ci finit par offrir au demandeur potentiel. Que l'on se penche d'ailleurs sur le mode d'exercice d'une telle option.

*β. Choix préjudiciaire et choix judiciaire.* Celui qui a l'intention d'agir en justice et assumer de la sorte le rôle de demandeur, peut, tant qu'il ne l'a pas fait, être pris de court par l'initiative de celui qu'il entendait reléguer au rang de défendeur et qui en revanche, en agissant avant lui, l'astreint à une inversion des rôles. L'incertitude quant à la qualité procédurale des parties ne disparaît qu'à l'instant de la judiciarisation. S'il est vrai, au surplus, qu'à défaut de convention de for, une option est offerte au *demandeur*, il importe de relever la différence séparant le choix unilatéral du choix bilatéral. Ce dernier est le plus souvent *préjudiciaire*, en ce sens qu'il intervient *antérieurement* à la saisine du juge.<sup>137</sup> Pendant le temps entre l'exercice valable du choix et l'éventuelle judiciarisation, les parties bénéficient de la prévisibilité – *préjudiciaire* bien sûr – du tribunal compétent. La *judiciarisation* est en revanche la seule forme admise d'exercice de l'option unilatérale. Cet exercice ne peut dès lors avoir lieu qu'à l'instant de la judiciarisation. Il s'agit d'un choix *judiciaire*. Assez paradoxalement, il semble bien que l'option de for soit de nature à exclure toute prévisibilité *préjudiciaire* pour le demandeur également: soit celui-ci a effectivement exercé son choix, si bien que, demandeur *actuel*, il peut certes *prévoir* quel est le for compétent – le for saisi – mais c'est qu'on évolue là dans la phase *judiciaire*; soit il ne l'a pas encore exercé, ce qui suppose qu'on n'a pas encore quitté le stade *préjudiciaire* et qu'en conséquence, en tant que défendeur *potentiel*, il lui est impossible de prévoir si oui ou non l'autre partie se prévaudra de l'option avant lui et le cas échéant au profit de quel for. Il reste à voir ce qui ressort de la rencontre entre le principe de l'option et le principe du dessaisissement.

*χ. Principe de l'option et principe du dessaisissement.* Il faut se demander dans quelle mesure la prévisibilité *préjudiciaire*, pour le demandeur, diminue lorsqu'une *dualité* de fors, A et B, les deux se reconnaissant compétence pour une catégorie X de situations, se réduit à l'*unité* à l'égard d'une sous-catégorie X<sup>1</sup>, le seul for A demeurant compétent, puisque B, s'il est saisi, se dessaisira au profit de A. Tout dépend de la possibilité pour le demandeur de vérifier *préjudiciairement* si les conditions qu'une espèce entrant dans la catégorie X doit réunir pour tomber aussi dans la sous-catégorie X<sup>1</sup> sont ou non réalisées.<sup>138</sup>

---

<sup>137</sup> Il s'agit donc du choix des *parties* (au rapport de droit privé) et non des *plaideurs* (parties au procès).

<sup>138</sup> Cf. G. CUNIBERTI, «Forum non conveniens and the Brussels Convention», préc., p. 978, pour qui «the fairness of the doctrine to claimants could be challenged if its operation was unpredictable».

Ces conditions sont celles du dessaisissement de B. On les a évoquées plus haut par référence au droit anglais.<sup>139</sup> Les trois situations qui nous ont paru en résulter du point de vue du défendeur se représentent ici, le degré de prévisibilité de ces conditions étant in abstracto le *même* pour les deux parties. Et donc: soit il est suffisamment certain avant le litige que ces conditions ne sont pas réunies, si bien que le demandeur sait que le B, s'il est saisi, retiendra, tout comme A, sa compétence, c'est-à-dire qu'il sait qu'il dispose du choix entre A et B; soit il est suffisamment certain que ces conditions sont réunies, de telle sorte que le demandeur peut prévoir avec une certitude suffisante que B, s'il est saisi, se dessaisira au profit de A, c'est-à-dire que seul A connaîtra des litiges; soit les circonstances sont telles que toute prévision exacte quant au dessaisissement de B se révèle impossible. Or le demandeur a cependant, par hypothèse, l'*assurance* que A exercera sa compétence; il s'agit d'ailleurs par hypothèse d'un *for proche*. Ce qu'il ignore, c'est si le for B se reconnaîtra lui aussi compétent. Il ignore s'il dispose d'un *choix* entre A et B. Ce choix, on l'a vu, n'est pas *nécessaire* à la sécurité juridique. Celle-ci exige qu'il *sache qu'un for lui est effectivement ouvert et prêt à donner suite à l'exercice de son droit d'action, et, bien sûr, quel est ce for*. Le dessaisissement ne joue que si le demandeur peut exercer effectivement son droit d'action auprès de A. Certes, si on supprime le choix, la possibilité pour le demandeur d'obtenir un avantage en l'exerçant est mise à mal. Il convient de s'y arrêter.

Trois situations peuvent là encore se présenter. *Première hypothèse*: les prescriptions substantielles se dégageant des ordres A et B sont objectivement incertaines au sens indiqué plus haut. La sécurité juridique (substantielle préjudiciaire) n'est ici évidemment pas garantie et la mise en oeuvre des règles sur la compétence n'a pas de conséquence sur la substance de la relation. Or, la prévisibilité des règles procédurales vise, a-t-on dit, à garantir le rétablissement le plus rapide et efficace de la sécurité juridique substantielle. Dans la mesure où le dessaisissement repose sur le constat que la relation procédurale, si elle se noue devant le for A, aboutira à un rétablissement plus rapide et efficace de la sécurité (ici postjudiciaire), en raison, par exemple, de la disponibilité des preuves<sup>140</sup> – si bien que le temps et les coûts qu'entraîne une telle appréciation par B sont susceptibles d'être compensés

<sup>139</sup> Il est peu contestable que cette vérification peut se révéler complexe. Sur ce que «le droit ne doit pas être nécessairement simple et aisément accessible» et que «[l]es professionnels du droit assument le rôle d'intermédiaire entre la norme et le citoyen», fonction qui «résulte implicitement mais nécessairement de l'acceptation de la complexité de la norme», v. B. MATHIEU, «Le principe de sécurité juridique», préc., point II.B.

<sup>140</sup> A. NUYS, *L'exception du forum non conveniens*, préc., p. 346 explique que «l'accès aisé aux moyens de preuve représente (...) un élément extrêmement important de l'application du forum non conveniens». Or, il semble bien que la localisation géographique des preuves («résidence des témoins, emplacement des documents, scènes à visiter, lieu des expertises à réaliser»: *op. cit.*, p. 347) est en général suffisamment déterminable dès avant la saisine du juge.

par la rapidité et le moindre coût de la procédure devant A<sup>141</sup> –, il devient difficile de condamner le principe du dessaisissement au nom de la sécurité juridique procédurale. *Deuxième hypothèse*: les prescriptions substantielles se dégageant des ordres A et B sont suffisamment certaines et elles ne diffèrent pas de A à B. La sécurité juridique (substantielle préjudiciaire) est cette fois-ci garantie et la mise en œuvre des règles sur la compétence n'a ici, tout comme dans la première hypothèse, pas de conséquence sur la substance de la relation. Au procès on ne demande ici rien d'autre que de jalonner de la façon la plus rapide et la moins coûteuse la route vers l'exécution forcée et d'assurer l'effectivité de celle-ci. Là encore, un mécanisme permettant le dessaisissement de B lorsque les règles procédurales de A permettent de parcourir le plus rapidement ou à un moindre coût cette route<sup>142</sup> – y compris du fait que l'exécution aura plus de chance de se réaliser dans A<sup>143</sup> – semble bien répondre au but poursuivi par la prévisibilité des règles de procédure. *Troisième hypothèse*: les prescriptions substantielles se dégageant des ordres A et B sont, les unes et les autres, suffisamment certaines mais elles diffèrent de A à B. Tout comme dans la première hypothèse, la sécurité juridique substantielle n'est ici pas garantie; mais ici les règles sur la compétence ont un impact substantiel décisif. C'est en effet précisément la certitude préjudiciaire, pour le demandeur, des règles *procédurales*, c'est-à-dire la certitude préjudiciaire de la *dualité de fors* compétents, A et B, qui provoque, pour les parties, l'incertitude préjudiciaire des règles *substantielles*, c'est-à-dire l'insécurité quant à la substance de leurs droits et des obligations. A mesure que la dualité de fors s'éloigne du degré de la certitude raisonnable et passe par le degré de la simple probabilité, puis par celui de la simple possibilité et ensuite de l'improbabilité, la sécurité juridique (substantielle préjudiciaire) s'accroît proportionnellement. Et de fait, à mesure qu'il n'est, pour le demandeur, plus certain mais simplement probable puis possible puis improbable qu'il recueillera le fruit escompté de la saisine de B – un aménagement des droits et obligations plus favorable –, le demandeur a évidemment moins de raisons *pour se livrer à cette saisine*. La certitude quant à la compétence de for A doublée de l'incertitude quant à la compétence du for B décourage, dans ces hypothèses, non seulement la saisine du for B, mais la judiciarisation de la relation, c'est-à-dire encourage la mise en œuvre spontanée de

<sup>141</sup> Cf. M.A. LUPOLI, «Convenzione di Bruxelles ed esercizio discrezionale della giurisdizione», préc., p. 1001; A. NUYTS, *L'exception du forum non conveniens*, préc., p. 350. V. en Angleterre les arrêts *Citimarch Ltd v. Neptune Orient Lines Ltd*, [1996] 2 All E.R. 545, spéc. p. 553 et *The Al Battani*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 219, spéc. p. 223. Sur l'influence que peut jouer la langue des documents, v. *In re Harrods (Buenos Aires) Ltd*. (n° 2), [1991] All. E.R. 348, spéc. p. 364. V. ég. C.M.V. CLARKSON / J. HILL, *The Conflict of Laws*, 3rd ed., Oxford, 2005, p. 108. Aux Etats-Unis, v. l'arrêt *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 [1947], spéc. p. 508.

<sup>142</sup> V. JAMES, *Civil Procedure*, Boston-Toronto, 1965, p. 661 s., p. 664.

<sup>143</sup> Sur ce que la mise en œuvre du *forum non conveniens* peut être influencée par les possibilités «d'exécution d'un jugement éventuel qui sera obtenu», v. la Cour suprême des Etats-Unis, in *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 [1947], spéc. p. 508 et, en doctrine, A. NUYTS, *L'exception du forum non conveniens*, préc., p. 437.

celle-ci, bienfait escompté de la prévisibilité du droit et de la sécurité juridique qui en découle. Cela est d'ailleurs évidemment et à plus forte raison le cas lorsque la certitude quant à la *compétence* de A se double de la certitude de l'*incompétence* du for B résultant du dessaisissement.

*Conclusion.* Dans les situations où le dessaisissement est raisonnablement certain ou possible, sa mise en œuvre latente ou virtuelle aboutit, au stade préjudiciaire, à éliminer et, respectivement, décourager l'exercice de l'option par le demandeur potentiel, tout en lui assurant la compétence du for dit alternatif et l'intégrité et l'effectivité de son droit d'action. Du point de vue du défendeur potentiel, cette perte ou dévalorisation de l'option de for peut paraître regrettable. Mais, du côté de la *sécurité juridique*, qui seule nous intéresse ici, de deux choses l'une: soit elle regrettable pour le défendeur car la certitude de l'option comporte celle d'un avantage *substantiel* à son profit, c'est-à-dire d'un aménagement *postjudiciaire* plus favorable des droits et des obligations. Auquel cas c'est précisément l'octroi de ce choix, dont l'exercice ne peut être que *judiciaire*, qui entraîne la *défaillance*, pour les parties, de la *sécurité juridique préjudiciaire*. Si bien qu'à mesure que, du fait de l'ébranlement de l'option, la dualité de fors est progressivement ramenée à l'unité, l'insécurité diminue proportionnellement jusqu'au rétablissement de la sécurité. Soit l'option n'entraîne aucun avantage substantiel prévisible. Dénué d'impact sur la sécurité substantielle *préjudiciaire*, il reste alors à se pencher sur les conséquences que le dessaisissement déploie sur la sécurité procédurale et substantielle *postjudiciaire*. Dans la mesure où celui-ci est mis en œuvre au nom de la rapidité, l'efficacité et le moindre coût de la procédure et, par là, du rétablissement de la sécurité postjudiciaire – ce sont là, on l'a vu, les objectifs auxquels tend la prévisibilité des règles de procédure<sup>144</sup> –, il n'est pas déraisonnable d'accepter un moindre degré de prévisibilité de l'une d'elles, celle sur la compétence, si c'est pour bénéficier de la prévision d'une efficacité majorée des autres, destinées à intervenir ultérieurement et, par là, de la procédure dans son ensemble.

*3° Principe du dessaisissement à l'épreuve de la litispendance et de la reconnaissance.* Il est banal d'affirmer que les règles du système de Bruxelles et Lugano sur la litispendance et sur la reconnaissance ne lient que les Etats parties à ces instruments: le juge d'un Etat tiers n'est aucunement tenu de se dessaisir au profit du for communautaire premier saisi ou de tout autre for communautaire auquel donneraient priorité les critères départiteurs qu'elles retiennent, pas plus que de reconnaître la décision qui y sera rendue. La mise en œuvre de la règle de compétence dans une situation où celles en matière de litispendance ( $\alpha$ ) et de reconnaissance ne jouent pas ( $\beta$ ), risque d'*ébranler la solidarité* reliant l'une aux autres et l'*équilibre* qui repose sur celle-ci. Il importe d'observer les contrecoups pouvant résulter, en termes de sécurité juridique, de la dissociation de règles conçues pour fonctionner ensemble.

<sup>144</sup> V. *supra*, I.C.b).2°.

*α. Principe du dessaisissement et litispendance.* Le fait d'obliger le juge anglais à retenir la compétence alors même que l'on peut prévoir avec une certitude suffisante qu'en vertu de la *prépondérance* du lien que l'espèce entretient avec l'Etat tiers, la litispendance anglaise ne sera pas respectée par celui-ci, ouvre la voie aux *procédures parallèles*. On sait combien celles-ci portent atteinte à la sécurité substantielle postjudiciaire et, par conséquent, à la sécurité procédurale. Si les deux procédures aboutissent à deux décisions contradictoires, l'*Orientierungssicherheit* que les plaideurs attendent de chacune est mise à mal. L'une d'entre elles sera, dans la mesure de leur contradiction, dépourvue de valeur, la *Realisierungssicherheit* lui faisant défaut, sans que, bien souvent, on ne puisse prévoir laquelle tant que les deux décisions ne sont pas devenues définitives et même après un tel instant. Les règles procédurales – y compris celle sur la compétence – qui auront été mises en œuvre pour aboutir à la décision demeurée inefficace, n'auront évidemment pas apporté la sécurité substantielle escomptée par les justiciables. Leur mobilisation aura entraîné pour eux et pour la collectivité un engagement de frais, d'énergies et de temps qui se révèlent en définitive dramatiquement inutiles. C'est, on l'a vu, à *éviter un tel gaspillage* qu'oeuvre la sécurité juridique procédurale, la *prévisibilité des règles de procédure*.<sup>145</sup> La litispendance prévient cette dérive insécuritaire. Or il faut bien reconnaître que pour les justiciables et les ordres impliqués l'insécurité qui résulte de la non-observation de la litispendance anglaise par l'Etat tiers qui – tout comme, par hypothèse, l'Angleterre – estime plus appropriée sa compétence, n'est pas moins réelle et sérieuse du fait que les deux procédures ne sont pas pendantes devant deux Etats membres. Dans la mesure où le dessaisissement est mis en œuvre par le for anglais précisément pour parer au danger de l'insécurité inhérente aux procédures parallèles,<sup>146</sup> il semble bien, là encore, rendre service à la sécurité à la fois procédurale et substantielle postjudiciaire. On peut en dire de même de la rencontre entre le principe du dessaisissement et la reconnaissance.

*β. Principe du dessaisissement et reconnaissance.* Ce n'est pas parce que le juge anglais est contraint à renoncer au principe du dessaisissement c'est-à-dire à rendre une décision au fond, que celle-ci sera efficace dans l'Etat tiers également. Lorsqu'il est possible voire vraisemblable que, d'une part, la décision anglaise ne puisse pas être réalisée en Angleterre mais doive l'être dans l'Etat tiers dont la compétence est, pour cette raison même, tenue, par l'un et l'autre Etat, pour plus appropriée, et que, d'autre part, cet Etat lui refusera toute efficacité, l'insécurité affectant la procédure puis la décision est la même que celle – de type *procédural* et *substantiel postjudiciaire* – évoquée plus haut dont est frappée, lors d'un conflit de décisions, la norme individuelle destinée à l'inefficacité.<sup>147</sup> Dans la mesure où le dessaisissement est mis en œuvre pour épargner aux justiciables les travers d'une

---

<sup>145</sup> V. *supra*, I.C.b).2°.

<sup>146</sup> V. G. CUNIBERTI, «Forum non conveniens and the Brussels Convention», préc., p. 977.

<sup>147</sup> V. *supra*, II.A.b).3°.

telle insécurité, il est, là encore, difficile de soutenir qu'il est contraire à la sécurité juridique, substantielle et procédurale, d'admettre un tel principe.<sup>148</sup>

## Conclusions

Réfléchir autour de la notion de sécurité juridique et de ses sources rationnelles invite à dépasser la vision du phénomène juridique, très accrochée à l'hypothèse judiciaire, qui semble prévaloir aujourd'hui encore chez les internationalistes.<sup>149</sup> L'idée de sécurité, et celle de prévisibilité qui lui est corrélative, ramènent à la requête première qu'adressent au droit ses utilisateurs, c'est-à-dire qu'il leur épargne autant que possible d'avoir à solliciter un juge pour qu'ils sachent ce qu'ils peuvent ou doivent faire. Salulaire et même rafraîchissant, cet angle de vue pousse à remonter aux racines profondes du droit privé jusqu'à redécouvrir et à remettre à l'honneur sa fonction «facilitatrice», laissée dans l'ombre par l'approche contentieuse. Car il faut, pour la discerner, se situer très en-deçà du champ de perception tracé par celle-ci, à un stade d'ailleurs à tel point antérieur au procès que la saisine d'un juge n'est même pas envisageable puisqu'il n'y est affaire que de droits et d'obligations potentiels. Si elle recentre l'axe de la réflexion au stade préjudiciaire en rappelant la nécessité que le procès demeure autant que possible virtuel, la poursuite de la sécurité du droit incite aussi, singulièrement dans le contexte international, à pousser le regard au-delà du procès, puisque l'une de ses composantes, la *Realisierungssicherheit*, y dépend souvent de vicissitudes postérieures qu'elle oblige à maîtriser. L'intégration à l'analyse juridique du préjudiciaire et du postjudiciaire rappelle par contraste le rôle, fondamental mais rigoureusement instrumental, du procès et de la prévisibilité des règles qui l'organisent.

Sous l'angle de la sécurité juridique, pourtant invoquée à leur appui, les solutions retenues par la Cour de justice dans les arrêts *Gasser* et *Owusu* apparaissent peu satisfaisantes. Obsédée par la quête d'une certitude purement procédurale, donc instrumentale, et ne déployant ses bienfaits qu'après l'ouverture non virtuelle mais réelle d'une action en justice, la Cour a, semble-t-il, négligé les requêtes primordiales, finales dirait-on, de la prévisibilité du droit. Aussi bien en est-elle arrivée à imposer aux individus la judiciarisation de leurs rapports afin qu'ils puissent connaître ce qu'elle souhaitait pourtant par là leur rendre prévisible; alors que les solutions alternatives qu'elle a écartées, en ce qu'elles dissociaient l'instant de la saisine de celui d'une prévisibilité fructueuse – en avançant celui-ci par rapport à

<sup>148</sup> Dans l'affaire *Owusu*, le jugement anglais, d'après la juridiction de renvoi, «serait susceptible de se heurter à certaines règles en vigueur dans ce pays en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers» (arrêt préc., n° 22). Sur le risque qu'en l'occurrence, «les juges anglais et jamaïquains rendent des décisions inconciliables», v. Ch. CHALAS, note préc., p. 710.

<sup>149</sup> Cf. PH. FRANCESKAKIS, c.r. de P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, 1977, *Rev. crit.*, 1977, p. 867 s., in *La pensée des autres*, Thessalonique, 1985, p. 358.

celui-là –, tendaient à l'assouplissement voire à la suppression de la nécessité d'une saisine réelle, en autorisant de la sorte le procès à reprendre sa consistance virtuelle. *Plaisante prévisibilité*, que celle qui encourage les actions en justice au lieu de les décourager; *plaisante sécurité*, que celle qui, impuissante à se réaliser dès avant un procès, astreint à la course au juge ceux qui souhaitent en tirer profit! Et de fait, une «prévision» qui n'est possible qu'à la suite de l'ouverture d'un procès semble bien antinomique par rapport à l'idée de prévisibilité du droit, dont la fonction «facilitatrice», fondement de cette idée, s'en trouve ébranlée.

Lorsqu'on quitte le plan de la prévisibilité du droit pour se hisser jusqu'à celui de la justice – de la *Einzelfallgerechtigkeit* –, les deux décisions analysées paraissent cependant assez bien convenir aux espèces individuelles qui les ont provoquées. C'est davantage l'*existence* même d'une convention de for digne de ce nom que sa simple régularité qui, dans l'affaire *Gasser*, a dû paraître à la Cour, et avec raison semble-t-il, fort douteuse. Quant à l'affaire *Owusu*, le domicile en Angleterre et la nationalité britannique *à la fois* du demandeur et du défendeur, en même temps qu'ils attestaient d'une insertion incontestablement significative de la situation au sein de l'espace communautaire, conduisaient à tenir de ce fait pour assez «appropriée» la compétence anglaise. Au point qu'il n'est pas abusif de voir en-dessous de l'opposition au principe même du dessaisissement, certes nettement arrêtée par la Cour – quoi que ses limites exactes restent à tracer –, sa conviction qu'il était en l'espèce contraire à la justice due au demandeur que de lui refuser le bénéfice plein et entier du for conventionnel. On sait que la solution apportée par les tribunaux compte souvent plus que la justification qu'ils en donnent. C'est là le «drame», pourrait-on dire, de la décision de justice – notamment de celle qu'est appelée à rendre l'instance chargée de l'unité du droit au sein d'un espace unifié ou intégré – écartelée souvent entre les deux missions, *prospective* et *rétrospective*, qui lui incombent: destinée à régir les comportements futurs en tant que règle générale et abstraite se voulant sûre, elle doit d'abord rendre justice aux actes ou faits passés de ceux qui l'ont sollicitée.