



HAL
open science

Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé

Etienne Cornut

► **To cite this version:**

Etienne Cornut. Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé. Journal du droit international (Clunet), 2007, pp.27-55. hal-03332706

HAL Id: hal-03332706

<https://hal.science/hal-03332706v1>

Submitted on 23 Sep 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé

par

Étienne CORNUT

*Maître de conférences à l'Université de la Nouvelle-Calédonie
Laboratoire de recherches juridique et économique (LARJE EA 3329)*

Résumé – Malgré l’harmonisation des règles conflictuelles et matérielles, notamment au niveau communautaire, le *forum shopping* demeure et cette convergence des normes n’est pas à elle seule un remède, tout au plus peut-elle l’atténuer, sans jamais parvenir à le supprimer. C’est alors au cas par cas que la lutte contre le *forum shopping malus* doit s’inscrire. Mais à cette fin les seules réserves de la fraude sont insuffisantes. Le droit international privé a développé plusieurs instruments de lutte contre les contournements, mais tous sont axés autour de la notion de fraude : fraude à la loi, fraude au jugement, fraude à la juridiction. En droit international privé, la sanction par l’exception de fraude intervient lorsque la création ou la modification d’une situation internationale, bien qu’objectivement réelle, ne correspond pas à la véritable intention du sujet, qu’elle n’est pas subjectivement réelle. Or, lorsque le sujet dispose d’une option de compétence internationale, le plus souvent il se trouve déjà placé dans une situation internationale existante. Il n’a pas créé ou modifié la situation qui lui permet d’exercer l’option. Dès lors, la théorie de la fraude ne peut intervenir, elle ne permet pas d’appréhender les situations qui résultent de l’exploitation d’une situation internationale préexistante. Néanmoins, l’exercice d’une option de compétence, bien que légal et non frauduleux, peut se révéler blâmable. Dans ce cas, la réserve de l’abus de droit, malgré son antinomie traditionnelle avec le droit international privé, doit pouvoir remettre en cause un choix de for abusif.

Summary – In spite of the harmonization of the rules dealing with conflict of laws and conflicts of jurisdictions, especially at the level of the EU, *forum shopping* endures and this convergence of standards is not a remedy by itself; it can only alleviate it, but it cannot eradicate it. The fight against *forum shopping malus* can only be considered on a case by case basis. But to that end, the only exceptions are not sufficient. International private law has developed several instruments to close these loopholes, but they all focus on the concept of fraud: fraud to the law, fraud to the sentence, fraud to the jurisdiction. In international private law, the sanction by exception of evasion of law arises when the creation or the alteration of an international situation, though objectively actual, does not fit the real intention of the subject, when it is not subjectively actual. Then, when the subject can enjoy the option of international competency, most often he/she is already in an existing international situation. He has not devised or altered the situation which enables him/her to exert a choice. Hence, the theory of fraud cannot apply; it does not make it possible to approach the situations resulting from the exploitation of a pre-existing international situation. Nevertheless, exercising a option of competence, though legal and non fraudulent, can be reprimanded. In that case, the exception of abuse of rights, despite its traditional antinomy with international private law, should lead to questioning an abusive choice of jurisdiction.

1. « C'est un fait que, plus il y a de lois qui s'entrechoquent, plus la passion du droit (du droit international privé) devient enivrante »¹. Placé dans une situation internationale, le sujet s'enivre des divergences conflictuelles et matérielles des systèmes juridiques artificiellement ou réellement en présence. L'utopie de l'uniformisation législative universelle², tombeau de la fraude à la loi, laisse place à une plus sombre réalité : le sujet s'insère de plain-pied dans le « supermarché mondial de la justice »³ proposant au chaland autorités complaisantes, règles de conflit malléables et règles matérielles alléchantes. Le sujet peut alors se façonner une situation internationale à la carte afin de parvenir au résultat substantiel le plus satisfaisant. Jadis réservée aux époux pouvant s'offrir le luxe d'un voyage afin de tarir leurs déboires conjugaux, la fraude trouva un second souffle, avec le développement des moyens de communication, auprès du « tout-venant des tribunaux »⁴ attiré par l'exotisme d'une désunion expéditive. Dans les domaines où certains auteurs ont pu lui vouer un rôle indéfini⁵, voire grandissant⁶ à mesure qu'enflent les droits de chez nous et « les droits venus d'ailleurs »⁷, lesquels trouvent souvent grâce aux yeux des sujets de droit insatisfaits du leur, la fraude à la loi n'apparaît plus aujourd'hui, cependant, comme l'unique moyen d'ivresse.

2. Dès l'origine, la théorie classique de la fraude à la loi s'est focalisée sur le conflit de lois. À n'en pas douter cette démarche était logique. La fraude à la loi consistant en l'éviction d'une loi par le procédé de la règle de conflit, elle n'est censée se développer, *a priori*, qu'en matière de conflit de lois. Cet attachement correspondait surtout à l'idée jusqu'à peu dominante que le « droit international privé c'est (...) certainement, de façon principale sinon exclusive, l'étude des conflits de lois »⁸. Les conflits de juridictions demeurèrent ainsi longtemps en marge des questions générales du droit international privé, notamment de la théorie de la fraude à la loi. Pourtant, l'évolution de la technique internationale frauduleuse est allée vers une utilisation croissante, voire aujourd'hui dominante, des règles de compétence judiciaire internationale, directe comme indirecte.

3. La saisine d'une autorité étatique par l'exploitation d'une option de compétence est en effet un moyen à part entière d'instrumentalisation du droit international privé. Le choix de l'autorité étatique appelée à statuer sur une question de droit peut se révéler déterminant quant à l'issue du litige. Car l'ordre « international contemporain présente (...) les deux facteurs propices au développement du *forum shopping* : d'une part, il laisse, en fait, la possibilité au plaideur d'un choix de for et, d'autre part, il lui fournit les motifs d'exploiter cette faculté »⁹. Lorsqu'il bénéficie d'une option de compétence judiciaire, le sujet peut choisir l'alternative la plus favorable pour lui, autant pour des questions de fond que de procédure. La multiplicité et le caractère alternatif des chefs de compétence retenus par les règlements communautaires relatifs à la compétence judiciaire en témoignent, à tel point qu'ils institutionnaliseraient le

¹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, éd. Flammarion, 1996, p. 45.

² P. MAYER, *Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois*, *Droits*, n° 2, 1985, p. 129 et s., spéc. n° 3.

³ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Le forum shopping devant les juridictions françaises*, *TCFDIP* 1998-1999, éd. Pedone, 2001, p. 49 et s., spéc. p. 51.

⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵ É. BARTIN, *Études de droit international privé*, 1899, p. 269.

⁶ P. BELLET, *La jurisprudence du Tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers*, *TCFDIP* 1962-1964, p. 251 et s., spéc. p. 270.

⁷ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 44 et s.

⁸ J. MAURY, *Règles générales des conflits de lois*, *RCADI* 1936-III, t. 57, p. 325 et s., spéc. n° 3. *Adde* P. LEPAULLE, *Nature et méthode du droit international privé*, *JDI* 1936, p. 284 et s., spéc. p. 311.

⁹ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 50.

*forum shopping*¹⁰. Cette multiplicité permet au demandeur de bénéficier de plusieurs fors compétents, afin qu'il dispose toujours d'une opportunité de plaider sa cause en justice.

4. En théorie, l'équilibre procédural entre les parties lors de l'ouverture de l'instance n'est pas déséquilibré. La multiplicité et le caractère alternatif des chefs de compétence sont objectivement encadrés par leur exhaustivité et leur exclusivité. Lorsqu'une action est susceptible d'être dirigée contre lui, le défendeur est en mesure de connaître les fors potentiellement compétents. Néanmoins, en pratique, l'avantage procédural qui appartient naturellement au demandeur peut se transformer en un véritable moyen pour celui-ci de rompre cet équilibre procédural, lorsque l'option de compétence est uniquement exercée en fonction des implications conflictuelles, procédurales et matérielles de ce choix. La question est donc de savoir si cette rupture d'équilibre est licite. Le *forum shopping*, défini de manière neutre comme le « choix d'un for en fonction des avantages pouvant résulter du droit matériel (voire procédural) qui y est appliqué »¹¹, jouit à ce titre d'un statut véritablement ambigu. Il serait intrinsèquement illicite et devrait être limité voire annihilé. « L'ambiance est plutôt à la méfiance, sinon à la suspicion franche »¹² et les causes de cette défaveur sont diverses¹³.

5. Bien qu'elle soit généralement vue avec défiance, la pratique du *forum shopping* n'en reste pas moins, en tant que telle, indiscutablement licite. Dans sa matérialité, elle découle d'une option de compétence devant laquelle se trouve le demandeur. La rupture d'équilibre au stade de l'ouverture de l'instance est inhérente à la qualité respective des parties. Cette rupture est compensée non seulement par l'exhaustivité et l'exclusivité des critères de compétence, mais également par les liens étroits qui existent entre le for saisi, quel qu'il soit, et la situation individuelle ou commune des parties. L'avantage procédural dont dispose le demandeur n'est que le corollaire d'une situation souvent créée par le défendeur. Il compense les désavantages et les risques inhérents à la mise en œuvre du procès¹⁴. La possibilité du *forum shopping* s'inscrit ainsi dans une balance entre droits et obligations attachées à une même situation.

6. Condamner en soi le *forum shopping*, c'est affirmer que la multiplicité des critères de compétence offerte par les règles de compétence internationales et réglementaires n'est pas opportune et que le choix doit s'exercer de manière neutre, sans autre considération que celle de désigner le for compétent. C'est faire peu de cas de l'évidence selon laquelle l'exercice d'une option s'effectue toujours en contemplation des avantages et des inconvénients respectifs de l'une ou l'autre des alternatives. Le *forum shopper* apparaît comme un plaideur averti, disposant d'un bon conseil qui remplit sa tâche conformément aux devoirs de sa fonction¹⁵. Il serait « paradoxal d'accuser de *forum shopping* le choix d'une démarche dont l'omission par le praticien engagerait certainement sa responsabilité professionnelle »¹⁶. Le *forum shopping* est une réaction normale et même plutôt saine dans l'exercice de l'option de compétence internationale. Il démontre l'ingéniosité juridique du plaideur et de son

¹⁰ J.-F. SAGAUT, M. CAGNIART, Regard communautaire sur le forum shopping et le forum non conveniens, in Les familles sans frontières en Europe. Mythe ou réalité ?, 101^e Congrès des notaires de France, LPA n° 74, 14 avril 2005, p. 51 et s.

¹¹ D. R.-J. COLOMER, conc. sous CJCE, 28 septembre 1999, *GIE Groupe Concorde e.a.*, aff. C-440/97, Rec. I-6307, n° 19, note 11.

¹² P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³ V. notre thèse : Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille, éd. Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2006, t. 12, n° 385.

¹⁴ G. DROZ, Les droits de la demande dans les relations privées internationales, *TCFDIP* 1993-1995, p. 97.

¹⁵ F. K. JUENGER, What's wrong with forum shopping ?, *Syd. L. R.* 1994, p. 5 et s., p. 13.

¹⁶ M. FALLON, L'appréciation, par le juge, de la compétence internationale en matière civile et commerciale, *Ann. dr. Louvain* 1994, p. 373 et s., spéc. n° 29.

défenseur¹⁷. En ce sens « le *forum shopping* n'est pas nécessairement illégitime (...), il ne représente que l'expression d'une préférence, constituant plutôt un facteur d'émulation entre États et, partant, d'efficacité globale »¹⁸. Par conséquent, il « apparaît ainsi exagéré d'assimiler, de manière générale le phénomène du « *forum shopping* » à la fraude à la loi. (...) Il est inévitable, voire normal, que la sélection du for soit influencée par la question de la loi applicable »¹⁹.

7. Toutefois, si le *forum shopping* est intrinsèquement licite, c'est « à condition qu'il n'ait pas pour effet d'opérer une rupture anormale d'équilibre entre les parties »²⁰. Il faut donc nécessairement rechercher le critère du « *forum shopping malus* »²¹. À l'origine envisagés comme des « règles purement techniques devant être appliquées par les juges de manière mécanique et aveugle, (...) les droits procéduraux subjectifs ont tendance à être considérés, de nos jours, comme des droits relatifs, qui se trouvent grevés de charges imposées par le principe de bonne foi, lequel requiert de chaque plaideur le devoir de se comporter dans les rapports procéduraux en tenant compte des intérêts justifiés de l'autre partie »²². Loin de lui être étrangère, cette tendance est perceptible en droit judiciaire privé international.

8. Le développement des options de compétence judiciaire internationale incite alors à rechercher une technique d'autolimitation qui tient compte de cette évolution subjective des droits procéduraux. Si la théorie de la fraude à la loi peut dans certains cas répondre à cet objectif, il n'est pas certain qu'elle soit toujours une panacée. Les « détours »²³ par la notion de fraude au jugement que la Cour de cassation s'est crue obligée d'emprunter, afin de lutter contre les répudiations étrangères, sont symptomatiques de cette tendance à étirer artificiellement les concepts existants par un « forçage » de qualification afin de faire entrer, dans les habits étroits de la notion de fraude, les manœuvres de plus en plus variées que le droit international privé permet et révèle²⁴. Il faut alors se souvenir de GENY lorsqu'il écrivait que « quand une situation nouvelle aura surgi, et s'il paraît utile de mettre en cause, pour la régir, notre procédure d'analyse abstractive, il sera mieux de recourir franchement à une construction nouvelle, plutôt que de faire éclater, par un emploi abusif, des moules intellectuels, qui en épouseraient mal les contours effectifs »²⁵.

9. À ce titre, la réserve de l'abus de droit doit pouvoir représenter un palliatif acceptable aux insuffisances de la théorie de la fraude en droit international privé. Sans être évidemment une construction nouvelle, la réserve de l'abus de droit reste méconnue du droit international privé. Elle semble néanmoins appropriée, malgré les difficultés de sa démonstration, afin d'encadrer les hypothèses où la règle de conflit prévoit des options de compétence. L'insuffisance des notions de fraude appelle alors la mise en évidence du domaine de la

¹⁷ Même si des dérives peuvent être dénoncées, M.-L. NIBOYET, La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial, *JDI* 2006, p. 937 et s., spéc. n° 3.

¹⁸ H. MUIR WATT, Quelle méthode ?, in *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, sous la dir. de Ph. FOUCHARD, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2001, p. 39 et s., spéc. p. 43.

¹⁹ A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, tome I/2, éd. Helbing & Lichtenhahn, 1995, n° 200.

²⁰ H. MUIR WATT, Quelle méthode ?, *op. cit.*, *loc. cit.*

²¹ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 49 et s.

²² A. NUYTS, Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen, in *Mél. J. KIRKPATRICK*, éd. Bruylant, 2004, p. 745 et s., spéc. n° 13.

²³ P. LAGARDE, La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation, in *Mél. F. RIGAUX*, éd. Bruylant, 1993, p. 263 et s., spéc. p. 274.

²⁴ Pour une critique de la notion de fraude au jugement, cf. notre thèse (préc. note 13), n° 167 et s.

²⁵ F. GENY, *Sciences et techniques en droit privé positif*, éd. Sirey, 1921, t. III, n° 223, p. 211.

réserve de l'abus du choix de for en droit international privé (I) avant d'en déterminer les effets sur l'exercice d'une option de compétence judiciaire internationale (II).

I. La mise en évidence d'une réserve d'abus du choix de for en droit international privé

10. Le développement du *forum shopping* et les paradoxes nés de la nécessité de lutter contre certains aspects de cette pratique permettent de mettre en évidence, à partir des défaillances de la théorie de la fraude, la nécessité de recourir, bien qu'elle soit traditionnellement exclue du droit international privé, à la réserve de l'abus de droit (A), dont il s'agira de déterminer le régime juridique (B).

A. Des réserves de la fraude à l'abus de droit en droit international privé

11. Malgré les liens étroits qui existent entre le *forum shopping* et la théorie de la fraude, il ne semble pas que celle-ci, dans ses diverses variantes, puisse atteindre toutes les hypothèses de *forum shopping malus* (1). Cette insuffisance appelle d'autres moyens et notamment celui de la réserve de l'abus de droit, dont il convient d'admettre la compatibilité avec certaines règles de conflit (2).

1. L'insuffisance des mécanismes traditionnels fondés sur la notion de fraude

12. L'évolution de la technique frauduleuse internationale est allée vers une utilisation croissante, voire aujourd'hui dominante, des règles de compétence judiciaire internationale. Ainsi pour divorcer, point n'est besoin de changer de nationalité et d'agir sur la résolution du conflit de lois. Une technique plus simple et largement éprouvée consiste à saisir une autorité à la compétence généreuse qui applique la loi du for, sans se préoccuper de la configuration internationale du rapport de droit. Seule l'affaire *Caron*²⁶, ces dernières années, constitue une application proche de la notion de fraude à la loi telle qu'elle est entendue depuis l'affaire *de Bauffremont*²⁷. À l'inverse, l'exploitation des options de compétence connaît un développement important. Les répudiations étrangères, avant de contredire le principe d'égalité des époux²⁸, constituaient parfois une fraude au jugement²⁹. Néanmoins, si cette notion a pu paraître séduisante, elle est en réalité une fraude à la loi dans la mesure où, pour les deux notions, à les supposer distinctes, la norme fraudée est toujours la même : la loi³⁰. À la technicité et la rareté de la fraude à la loi traditionnellement entendue succèdent la simplicité et la fréquence du *forum shopping*.

13. En droit international privé français, le *forum shopping* est généralement vu avec défiance. Il est souvent assimilé à la fraude³¹. Il ne s'agit pas cependant d'une fraude à la loi :

²⁶ Civ. 1^{re}, 20 mars 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note LEQUETTE ; *JCP* 1986, II, 20630, note BOULANGER ; *JDI* 1987, p. 80, note NIBOYET-HOEGY.

²⁷ Civ., 18 mars 1878, S. 1878, I, 193, note LABBE ; *D.* 1878, I, 201, note CAZALENS ; *GADIP* n° 6.

²⁸ Civ. 1^{re}, 17 février 2004, arrêts n°s 256 et 258, *Bull. civ.* I, n°s 47 et 48 ; *D.* 2004, p. 824, concl. CAVARROC ; *D.* 2004, p. 815, chr. COURBE, et IR, p. 607 ; *Gaz. pal.* 25-26 fév. 2004, p. 29, note NIBOYET ; *JCP* 2004, II, 10128, note FULCHIRON, et I, 159, n° 3, obs. ATTAL ; *Dr. fam.* 2004, chr. PRIGENT, n° 9 ; *Dr. & patr.* 2004, n° 125, p. 124, note MONEGER ; *RJPF-2004-5/11*, chr. MEYZEAUD-GARAUD ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 423, note HAMMJE ; *RTD civ.* 2004, p. 367, obs. MARGUENAUD ; *A.J.F.* 2004, p. 140, obs. DAVID ; *Deffrénois* 2004, p. 812, note MASSIP ; *Gaz. pal.* 30-31 juill. 2004, somm., p. 32, note MASSIP ; *Gaz. pal.* 3-4 sept. 2004, chr. NIBOYET, p. 27.

²⁹ Not. Civ. 1^{re}, 6 juin 1990, *Alka, D.* 1990, somm., p. 263, obs. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 593, 1^{re} esp., note COURBE.

³⁰ V. notre thèse (préc. note 13), n° 167 et s.

³¹ G. FLECHEUX et I. HAUTOT, *Le forum shopping, Dr. prat. com. inter.* 1988, p. 389.

celle-ci porte sur le conflit de lois alors que celui-là porte sur le conflit de juridictions. Le « *forum shopping* se caractérise donc par une manipulation des critères de *compétence juridictionnelle* »³². Les rapports entre la fraude et le *forum shopping* sont étroits car bien que différents, le *forum shopping* peut se doubler d'une fraude à la loi, lorsque l'exercice de l'option de compétence judiciaire se double d'une modification du critère de rattachement³³. Le plus souvent néanmoins, le *forum shopping* se réalisera sans fraude à la loi. Pour autant, il pourrait réaliser une véritable fraude à la loi lorsqu'il s'identifie à la recherche « d'une autorité complaisante (...) en vue d'obtenir ce qui ne pourrait l'être selon la loi applicable, et donc la fraude aux lois étrangères »³⁴. De même, lorsque le *forum shopping* se réalise sans fraude à la loi, il conduit nécessairement à l'obtention d'un résultat différent de celui qui aurait été obtenu devant une autre juridiction. En ce sens, le *forum shopping* appelle les réserves de la fraude au jugement³⁵ ou à la juridiction³⁶. Pour d'autres auteurs, il s'assimile à une violation pure et simple de la loi³⁷. De manière générale, le *forum shopping malus* se distinguerait mal de la fraude au jugement³⁸.

14. Si la réserve de la fraude peut sanctionner un *forum shopping malus*, elle ne permettra pas cependant d'en atteindre toutes les hypothèses. Le *forum shopping* provient de l'exercice orienté d'une option de compétence juridictionnelle. Deux situations sont à distinguer selon que l'intéressé crée ou modifie une situation internationale ou qu'il exploite une situation internationale préexistante. L'option de juridiction n'est en effet possible que dans la mesure où les critères de rattachement retenus pour fonder la compétence des tribunaux en question se réalisent en la personne du plaideur. Dès lors, si le demandeur, préalablement à la saisine de l'autorité étatique devant laquelle se réalise le *forum shopping*, a artificiellement créé le chef de compétence de l'autorité saisie, alors il commet une fraude à la juridiction³⁹. C'est le cas dans l'affaire *Garret* où le demandeur français, par la cession de créance effectuée à son profit par une société étrangère, a pu rendre frauduleusement compétent le juge français sur le fondement de l'article 14 du Code civil⁴⁰. Ici, le *forum shopping malus* est frauduleux. C'est le caractère non subjectivement voulu de la situation créée qui permet d'envisager la qualification de fraude. Son effet sera de rétablir la situation qui aurait dû exister à défaut de manœuvre. Ainsi, une situation interne frauduleusement internationalisée redeviendra, par l'exception de fraude, une situation interne pour l'autorité étatique de contrôle.

15. La seconde hypothèse est plus fréquente et correspond à l'exploitation d'une situation internationale préexistante. Il ne s'agit pas ici de créer ou de modifier les critères de rattachement, il s'agit d'un choix entre des critères déjà existants. Le demandeur constate qu'un choix est possible, en vertu des règles de compétence judiciaire internationale directe, *en raison de l'internationalité de sa situation personnelle qui préexiste à la saisine de l'autorité étatique*. Or, la réserve de la fraude en droit international privé ne peut ici être opposée, faute de loi ou d'autorité évincée, faute de loi ou d'autorité normalement

³² P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 8^e éd. Montchrestien, 2004, n° 267.

³³ *Ibid.*, n° 391.

³⁴ B. AUDIT, *Droit international privé*, 4^e éd. Economica, 2006, n° 261.

³⁵ P. MAYER, V. HEUZE, *op. cit.*, n° 393 et s. ; B. AUDIT, *op. cit.*, n° 687.

³⁶ B. AUDIT, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁷ D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, éd. Masson, 1987, n° 448.

³⁸ V. les débats à la suite de la communication de P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Le forum shopping devant les juridictions françaises*, *op. cit.*, spéc. p. 77 et s.

³⁹ Sur laquelle, v. notre thèse (préc. note 13), n° 627 et s.

⁴⁰ Montpellier, 2 mai 1985, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 108, note DROZ, et Civ. 1^{re}, 24 novembre 1987, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 364, note DROZ ; *JDI* 1988, p. 793, note LOQUIN ; *JCP* 1989, II, 21201, note BLONDEL et CADJET ; *RTD civ.* 1988, p. 544, obs. MESTRE. *Adde* Civ. 1^{re}, 14 décembre 2004, *D.* 2005, panor., p. 1264, obs. CHANTELOUP.

compétente. Recourir à ce mécanisme pour sanctionner l'exploitation d'une situation internationale préexistante conduirait à en dénaturer la finalité, laquelle consiste à rétablir la réalité subjective d'une situation lorsque celle-ci ne correspond pas à une réalité objective. Dès lors que ces deux composantes de la réalité de la situation internationale sont présentes et vérifiables, la réserve de la fraude n'a aucune raison théorique à intervenir. La réalité originelle de la situation soumise à l'autorité étatique empêche d'invoquer la fraude, faute de voile à faire tomber⁴¹. C'est le cas des répudiations étrangères. Si la notion de fraude au jugement à laquelle ces affaires ont donné lieu, constitue en réalité une fraude à la loi, cette dernière ne peut être opposée au mari ayant saisi l'autorité de sa nationalité dans la mesure où il pouvait directement la saisir et que la loi appliquée par cette autorité était applicable en raison de la situation *ante litis* du sujet et non du fait de sa manœuvre. Dans le cadre de l'exploitation d'un conflit, la situation internationale n'est pas seulement réelle et licite, elle est naturelle et préexiste à toute intention malicieuse. Il n'est donc pas possible de contester l'exploitation d'un conflit préexistant de la même façon qu'un conflit créé ou dénié à fin de fraude. Toutefois, ceci ne signifie pas que son résultat doit être, dans tous les cas, accepté. L'exercice de l'option peut alors être contesté, mais nécessairement par d'autres moyens que celui de la réserve de la fraude.

2. La compatibilité de la réserve de l'abus de droit avec les règles de conflit

16. L'abus de droit est traditionnellement inconnu du droit international privé dans la mesure où cette matière n'octroie pas, en principe, des droits subjectifs aux individus. Elle ne fait que déterminer selon quelle loi ces droits subjectifs seront accordés et l'autorité compétente pour les protéger. C'est un droit de classement. En ce sens, si les sujets peuvent utiliser leurs droits subjectifs de manière abusive, il ne s'agit jamais d'un abus de la règle de conflit, la mise en évidence de l'abus nécessitant ici, au préalable, la désignation de la loi applicable au droit subjectif objet ou moyen de l'abus. Or, cette incompatibilité de nature disparaît lorsqu'est admise une certaine influence de la volonté quant au choix d'un juge ou d'une loi. Le droit international privé crée dans ces hypothèses un véritable droit subjectif en faveur du sujet de droit international : le droit subjectif de choisir la loi qui sera applicable à sa situation parmi l'éventail, illimité ou prédéterminé, que le droit objectif lui ouvre ; le droit subjectif de porter son litige devant l'une quelconque des autorités que le droit objectif lui propose de saisir. Et de ce droit subjectif le sujet peut user autant qu'abuser. Or, puisque les mécanismes traditionnels du droit international privé sont insuffisants, ne pas admettre la réserve de l'abus de droit aurait pour conséquence de transformer, dans certains cas, l'option de compétence internationale – judiciaire ou législative – en un droit discrétionnaire.

17. D'une manière générale, une telle solution serait inopportune. Un « droit absolu est inconcevable parce que l'ordre juridique a pour objet de *répartir et de délimiter* les compétences, facultés, libertés ou droits subjectifs »⁴². Droit fondamental du justiciable comme moyen d'accès au droit, le droit d'accès à la justice n'est pas pour autant un droit absolu. Le droit d'agir en justice est en effet considéré comme un droit fonction doué d'une finalité propre. Il est accordé à son « titulaire dans le but bien précis de lui permettre d'assurer la reconnaissance de ses droits ou de se défendre contre des actions qui contesteraient à tort

⁴¹ V. notre thèse (préc. note 13), n° 457 et s.

⁴² R. KOLB, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux en droit*, éd. Puf, 2000, p. 437.

ses droits »⁴³. En ce sens, l'action en justice « est destinée à faire triompher le droit et la vérité. L'utiliser à d'autres fins est un abus »⁴⁴. En droit processuel français, la réserve de l'abus de droit dans l'exercice du droit d'agir en justice est ainsi réservée par plusieurs dispositions du nouveau Code de procédure civile et par la jurisprudence, afin de garantir la loyauté des parties⁴⁵. Tirant les conséquences de cette qualification de droit fonction, JOSSERAND écrivait « qu'il n'est pas jusqu'à la faculté accordée parfois au demandeur de choisir entre plusieurs tribunaux également compétents qui ne devienne l'occasion d'un abus dans le cas où elle est exercée dans un sens particulièrement préjudiciable au défendeur et sans profit ni avantage pour le demandeur »⁴⁶. Si l'éminent auteur n'avait peut-être à l'esprit que la seule compétence interne, la réserve de l'abus de droit est *a fortiori* nécessaire en ce qui concerne la compétence internationale, en raison des conséquences plus graves, autant matérielles que législatives, qu'elle engendre.

18. La Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) consacre également le caractère non discrétionnaire des droits découlant d'une disposition communautaire. Ainsi une action en justice peut constituer un abus de droit si elle a été exercée « dans le but d'obtenir, au détriment de [l'autre partie], des avantages illégitimes et manifestement étrangers à l'objectif de ladite disposition »⁴⁷ ou si a été choisie « parmi les voies de recours disponibles pour remédier à une situation (...) celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui qu'elle s'avère manifestement disproportionnée »⁴⁸.

19. Néanmoins, la réserve de l'abus de droit – comme celle de la fraude à la loi – n'est pas directement prévue par les règlements communautaires de Bruxelles 1, 2 et 2 *bis*. L'application d'un texte n'est toutefois pas exclusive de celle des principes généraux qui peuvent alors remettre en cause l'autorité du règlement. La CJCE a ainsi plusieurs fois accepté de faire jouer la réserve de la fraude à la juridiction dans le cadre de la Convention de Bruxelles 1⁴⁹. Elle souligne de façon générale et aujourd'hui constante que « le droit communautaire n'interdit pas à un État membre d'adopter, en l'absence d'harmonisation, des mesures destinées à éviter que les facilités créées en vertu du traité soient utilisées de façon abusive et contraire à l'intérêt légitime de cet État »⁵⁰. Dès lors, « les principes relatifs à la théorie de l'abus de droit dégagés par la Cour de justice valent aussi pour les nouveaux règlements du droit judiciaire européen »⁵¹. En ce sens, les juridictions nationales devront sanctionner l'utilisation abusive des critères de compétence retenus par ces différents textes au regard de la conception de l'abus de droit façonnée par la CJCE à propos de l'exercice des libertés communautaires. Cette possibilité a d'ailleurs été soulevée par un avocat général à propos des actions dénégatoires exercées en vertu de la Convention de Bruxelles 1. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Tatry*, l'avocat général considère qu'en « tout cas, il incombe au juge

⁴³ P. VAN OMMESLAGHE, Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi, *RCJB* 1976, p. 302 et s., spéc. n° 7, p. 320. Adde A. NUYTS, L'exception de forum non conveniens. Étude de droit international privé comparé, éd. Bruylant, LGDJ, 2003, n° 533.

⁴⁴ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil. Introduction générale*, 4^e éd. LGDJ, 1994, n° 803.

⁴⁵ Par ex. les articles 32-1 et 103 du npc. V. M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, éd. Dalloz, 2003, n° 440 et s.

⁴⁶ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2^e éd. Dalloz, 1939, n° 51, p. 75.

⁴⁷ CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, aff. C-367/96, *Rec. I-2843*, concl. TESAURO ; *RTD com.* 1998, p. 1000, obs. LUBY ; *Rev. soc.* 1998, p. 794, note DANA-DEMARET ; *Europe* 1998, n°s 225 et 247, obs. LAGONDET, pt. 28.

⁴⁸ CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, aff. C-373/97, *Rec. I-1705*, concl. SAGGIO ; *RTD com.* 2000, p. 777, obs. LUBY, pt. 43.

⁴⁹ V. notre thèse (préc. note 13), n° 630.

⁵⁰ CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec. I-1663*, pt. 34.

⁵¹ A. NUYTS, *Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen*, *op. cit.*, n° 8.

saisi de veiller à empêcher les abus éventuels »⁵². La réserve de l'abus de droit n'échappe donc pas, *a priori*, à la compétence judiciaire internationale issue des règlements communautaires.

B. Le régime de la réserve de l'abus du choix de for

20. L'abus du droit d'option de compétence judiciaire internationale sera constitué si l'un des deux critères d'appréciation est rempli (2). La réserve de l'abus de droit intervenant ici dans le cadre du droit international privé, commun ou réglementaire, se pose en préalable la question de la loi applicable à son régime (1).

1. La loi applicable à l'abus du choix de for

21. Principe général du droit français, la réserve de l'abus de droit est régie par la loi du for chargé de relever l'abus et de le sanctionner. Peu importe la loi applicable au fond du litige et, s'il s'agit d'une loi étrangère, si cette loi prévoit ou non la réserve de l'abus de droit. Le principe est ici le même que celui qui préside à la sanction de la fraude à la loi. Principe général du droit, la théorie de la fraude à la loi telle qu'elle est prévue par le droit français s'impose dans ses conditions et ses effets au juge français, ce qui lui interdit de se référer à une loi étrangère, notamment celle évincée, pour écarter le jeu de l'exception de fraude⁵³. La question est *a priori* identique pour la réserve de l'abus de droit : si elle entend faire jouer cette réserve, l'autorité étatique française doit se référer à la théorie de l'abus de droit telle qu'elle est conçue en droit français. Cette conception est adoptée en Suisse par le Tribunal fédéral, selon lequel « l'interdiction de l'abus de droit fait partie de l'ordre public suisse. Il se détermine toujours à la lumière du droit suisse quel que soit le droit applicable au fond »⁵⁴. Si ce principe est exact, il convient toutefois de le préciser et d'admettre, pour certains aspects du régime de l'abus de droit d'option, la concurrence d'autres lois.

22. L'appréciation de l'abus de droit pourrait en effet, selon les cas, appeler la compétence de plusieurs lois selon la manière de l'envisager. Ainsi, en ce qui concerne l'abus du choix de for, la loi procédurale est compétente dans la mesure où il s'agit d'apprécier la légitimité de l'intérêt à agir du plaideur⁵⁵. Il s'agit en effet ici d'apprécier non pas l'intérêt substantiel du plaideur, c'est-à-dire son intérêt juridiquement protégé, mais bien un intérêt procédural, celui de porter son litige devant une juridiction précise. L'appréciation de l'intérêt à agir ne concerne pas ici le principe même du droit d'action – qui existe – mais son exercice⁵⁶. La jurisprudence applique également la *lex fori* en tant que loi de procédure pour sanctionner l'abus du droit d'agir en justice⁵⁷. Ensuite, lorsque la désignation de compétence – judiciaire ou législative – ressort d'une clause d'élection – de for ou législative – compétence pourrait être reconnue à la *lex causae*, et non à la loi du for. Ainsi, la question de savoir si une clause attributive de juridiction constitue une « clause abusive » serait une question substantielle qui relèverait, à ce titre, de la loi applicable au contrat⁵⁸. Néanmoins, la

⁵² G. TESAURO, concl. sous CJCE, 8 décembre 1987, *Tatry*, aff. C-144/86, *Rec.* p. 4861, n° 22.

⁵³ Sur la loi applicable à la sanction de la fraude à la loi, v. notre thèse (préc. note 13), n° 571.

⁵⁴ ATF, 21 janvier 2002, *Gaz. pal.* 2003, somm., p. 1932.

⁵⁵ A. HUET, *J.-Cl. inter.*, 2001, fasc. 57-10, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux – Compétence de la *lex fori* – Domaine de la *lex fori* : Action en justice, n° 56.

⁵⁶ M.-L. NIBOYET-HOEGY, *Action en justice*, Rép. inter. Dalloz, 1998, n° 65.

⁵⁷ Civ. 1^{re}, 25 février 1986, *JDI* 1988, p. 425, note JACQUEMONT ; – Paris, 19 janvier 1976, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 126, note LAGARDE ; – Aix-en-Provence, 8 mai 1967, *JCP* 1968, II, 15352, note LOUSSOUARN.

⁵⁸ En ce sens, É. PATAUT, *Clauses attributives de juridiction et clauses abusives*, in Mél. J. CALAIS-AULOY, éd. Dalloz, 2004, p. 807 et s., spéc. pp. 814-815.

loi du for peut retrouver sa compétence, sur le fondement de l'ordre public international, si la loi du contrat d'élection ignore la réserve de l'abus de droit. Enfin, à envisager l'abus de droit comme un délit civil, il serait encore possible de soumettre la réparation de ses conséquences dommageables à la *lex loci delicti*. Cette compétence a ainsi été reconnue à l'exercice abusif des voies d'exécution⁵⁹. Dans ce cas, la *lex loci delicti* sera compétente pour apprécier le régime de la réparation, l'abus de droit ayant déjà été démontré en vertu de la loi du for ou de la loi applicable au contrat d'élection. La loi applicable au régime de l'abus de droit dépend ainsi de la nature de l'abus considéré et des conséquences qui y sont attachées.

23. La loi applicable au régime de l'abus de droit peut dépendre également de la source de la règle de conflit qui permet le *forum shopping*. S'agissant dans tous les cas de l'appréciation de l'abus d'un droit d'option de compétence découlant d'une règle de droit, il convient de prendre en compte, également, non la loi du for ou la *lex causae*, mais la loi de l'auteur de la règle de conflit qui permet l'option de compétence. L'un des critères de l'abus de droit est en effet le détournement de la finalité du droit. Dès lors, pour établir l'abus de droit, l'autorité de contrôle doit nécessairement déterminer quelle est la finalité de l'option de compétence dont disposait le sujet et qui a fait l'objet d'un abus. Il convient pour déterminer cette finalité de se référer à la loi qui admet l'option, c'est-à-dire la loi de l'État qui a institué la règle de conflit qui permet l'option de compétence judiciaire ou législative. C'est cette loi en effet qui édicte les cas dans lesquels le sujet de droit international privé peut choisir le juge ou la loi applicable à sa situation internationale et les limites dans lesquelles ce droit s'exerce. En donnant cette option de législation, le législateur avait un but. Dès lors, la finalité de l'option comme de toute règle de droit et les raisons qui l'ont conduit à adopter cette règle et non une autre, sont à rechercher dans l'intention de son créateur.

24. Cette complémentarité entre la loi de principe et la loi de l'auteur de la règle de conflit trouve une acuité particulière lorsque la règle de conflit en cause est d'origine communautaire. De manière constante, la CJCE dit pour droit qu'il appartient aux États membres de prendre les mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de leurs ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement ou frauduleusement à l'emprise de leur législation nationale. La Cour reconnaît alors un pouvoir direct aux autorités des États membres. Elle admet ainsi qu'elle « ne saurait substituer son appréciation à celles des juridictions nationales, seules compétentes pour établir les faits de l'affaire dont elles sont saisies »⁶⁰. La compétence de principe pour l'appréciation d'un contournement communautaire appartient donc aux autorités des États membres et en vertu de leurs propres conceptions. Ainsi dans l'arrêt *Kefalas*, à propos de l'abus de droit, elle juge qu'il « ne saurait être considéré comme contraire à l'ordre juridique communautaire que les juridictions nationales appliquent une règle nationale (...) pour apprécier si un droit découlant d'une disposition communautaire est exercé d'une manière abusive »⁶¹. La loi du for est ainsi compétente pour déterminer les conditions de mise en œuvre de la réserve de l'abus de droit, les délais de prescriptions, les modalités de la sanction. La preuve des éléments objectifs et subjectifs doit également être rapportée devant la juridiction nationale et conformément à ses règles⁶². En ce sens, « c'est à la juridiction nationale qu'il appartient de vérifier, conformément aux règles de preuve du droit national, pour autant qu'il ne soit pas porté

⁵⁹ G. LEGIER, J.-Cl. inter., 1993, fasc. 20, Sources extra-contractuelles des obligations – Domaine de la loi compétente, n^{os} 28, 29, 123 et 127.

⁶⁰ CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, préc., pt. 22.

⁶¹ CJCE, 12 mai 1998, préc., pt. 21.

⁶² CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland*, aff. C-110/99, *Rec. I-11569*, concl. ALBER ; *Europe* 2001, n^o 52, obs. SIMON, pt. 54.

atteinte à l'efficacité du droit communautaire, si les éléments constitutifs d'une pratique abusive sont réunis dans le litige au principal »⁶³. Toutefois, la Cour ne consacre pas une liberté d'appréciation absolue.

25. D'une part, la Cour affirme que les juridictions nationales, dans leur appréciation des faits, doivent « prendre en considération les objectifs poursuivis par les dispositions communautaires en cause »⁶⁴. Ainsi, s'il appartient à la juridiction nationale d'apprécier les circonstances de fait qui permettent de retenir la qualification de fraude ou d'abus, la Cour peut être saisie de la question de savoir si ces appréciations sont opportunes, c'est-à-dire compatibles avec les objectifs du traité et des dispositions en cause⁶⁵.

26. D'autre part, et bien que cette conception « concilie à la fois l'autonomie procédurale des États et son encadrement aux fins de protection du droit communautaire »⁶⁶, la Cour, dans l'arrêt *Emsland*, substitue directement sa propre définition des éléments constitutifs du contournement à celle qui résulte de la loi de l'État membre de contrôle, pourtant compétente. Par conséquent, si la loi du for prévoit une conception purement objective de l'abus de droit, l'autorité devra néanmoins démontrer un élément subjectif. Ainsi, dans cette affaire, la juridiction allemande « considère que les circonstances de fait décrites dans la première question préjudicielle établissent que l'objectif de la réglementation communautaire n'a pas été atteint. Il lui appartient dès lors d'établir, en outre, l'existence d'une volonté, dans le chef de l'exportateur communautaire, de bénéficier d'un avantage résultant de l'application de la réglementation communautaire en réalisant une opération artificielle »⁶⁷. Or, en droit allemand, l'abus de droit est une notion fondée sur des éléments purement objectifs⁶⁸. Dès lors la CJCE, « statuant sur renvoi préjudiciel, peut, le cas échéant, apporter des précisions visant à guider la juridiction nationale dans son interprétation »⁶⁹. Elle se réserve ainsi le droit d'apprécier les éléments constitutifs de l'abus⁷⁰ ce qui permet de modeler, plus loin, les critères de l'abus du choix de for en droit international privé.

2. Les critères de l'abus du choix de for

27. Les critères de l'abus de droit dépendent de la loi applicable. Lorsque la sanction de l'abus du choix de for se posera devant le juge français, celui-ci appliquera la loi française, tout en tenant compte des enseignements du droit communautaire lorsque que la règle de conflit sera d'origine communautaire. C'est donc au visa de ces deux législations que la question des critères de l'abus de choix du for peut ici se poser. Au stade de la compétence judiciaire internationale, la réserve de l'abus de droit peut intervenir pour sanctionner deux catégories d'abus. Une première catégorie vise la transposition de l'abus d'option de

⁶³ CJCE, 21 février 2006, *Halifax*, aff. C-255/02, *Rec. I-1609*, pt. 76. *Adde* CJCE, 21 juillet 2005, *Eichsfelder*, aff. C-515/03, *Rec. I-7355*, pt. 40 ; – CJCE, 6 avril 2006, *Agip Petroli*, aff. C-456/04, *Rec. I-3395* pt. 24.

⁶⁴ CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec. I-1459* et s., concl. LA PERGOLA ; *D.* 1999, p. 550, note MENJUCQ ; *JDI* 2000, p. 482 et s., note LUBY ; *JCP* éd. E. 1999, p. 1285 et s., obs. REINHARD ; *Rev. soc.* 1999, p. 386 et s., note PARLEANI ; *Europe* 1999, n° 165, obs. SIMON, n° 183, obs. IDOT ; *Joly soc.* 1999, p. 705 et s., note DOM ; *Rev. dr. com. belge* 1999, p. 364, note CRUYSMANS, pt. 25.

⁶⁵ V. notre thèse (préc. note 13), n° 811 et s.

⁶⁶ F. LAGONDET, obs. sous CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, *Europe* 1998, n° 225.

⁶⁷ CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland*, préc., pt. 55. *Adde* CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, aff. C-373/97, *Rec. I-1705*, concl. SAGGIO ; *RTD com.* 2000, p. 777, obs. LUBY, s'agissant de l'intention de nuire.

⁶⁸ Selon G. TESAURO, concl. sous CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, préc., n° 22, note 25 ; J. VOYAME, B. COTTIER, B. ROCHA, L'abus de droit en droit comparé, in L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles, éd. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990, p. 34 et s.

⁶⁹ CJCE, 21 février 2006, *Halifax*, préc., pt. 77.

⁷⁰ V. par ex. CJCE, 6 avril 2006, *Agip Petroli*, préc., pt. 23.

compétence interne : le demandeur introduit une action internationale devant un for éloigné du domicile du défendeur dans le seul but de lui nuire, sans que l'objet même de l'action n'ait, en soi, un intérêt quelconque. L'option de compétence internationale devient abusive lorsqu'elle est exercée contrairement à sa finalité. La seconde catégorie se rapproche plus d'une volonté malicieuse. L'abus se retrouvera non pas tant dans la saisine du juge que dans la déclaration de compétence d'un ordre juridictionnel et juridique en lieu et place d'un autre. La saisine d'une autorité étatique n'est en effet pas un but pour le demandeur : c'est le moyen de parvenir à un résultat différent de celui qu'il aurait obtenu s'il avait saisi une autre autorité parmi celles compétentes en vertu de l'option de compétence internationale dont il dispose. L'action en justice n'est ici pas exclusivement dilatoire et elle ne peut s'interpréter comme un détournement de la finalité du droit d'agir dans la mesure où le demandeur agit, avant tout, dans le but de voir reconnu un droit subjectif. L'abus de droit sera alors révélé par la disproportion entre l'avantage recherché par le demandeur et l'inconvénient subi par le défendeur. Cette distinction permet de mettre au jour les deux critères de l'abus de droit en matière de compétence judiciaire internationale : le critère du détournement de la finalité du droit d'agir en justice et le critère de la proportionnalité.

28. Les critères apparaissent identiques sous l'empire du droit communautaire. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Centros*, l'avocat général considéra, invoquant la solution de l'arrêt *Kefalas*, qu'abuse « du droit celui qui en est le titulaire quand il l'exerce de manière déraisonnable pour obtenir, au préjudice d'autrui, « des avantages illicites et manifestement étrangers à l'objectif » poursuivi par le législateur lorsque celui-ci confère au particulier une position subjective donnée »⁷¹. De cette formule se déduisent les deux critères qui caractérisent l'abus du choix de for⁷² : le critère du détournement de la finalité⁷³ du droit d'option internationale et le critère de la proportionnalité de l'exercice de ce droit.

29. Le **critère du détournement de la finalité du droit d'option de compétence internationale** répond à la nature de droit-fonction du droit d'agir en justice. En effet, « apprécier si l'exercice concret d'un droit est, ou non, abusif ne signifie pas autre chose que délimiter, sur le plan substantiel, la portée du droit lui-même »⁷⁴. S'il lui est lié, le droit d'option de compétence internationale se distingue du droit d'agir en justice en ce qu'il lui est antérieur⁷⁵ : le droit d'option de compétence permet d'amplifier la protection juridictionnelle du demandeur pour lui donner les meilleures chances de faire entendre sa cause, alors que le droit d'agir en justice, d'exercer effectivement l'option, lui permet d'obtenir la reconnaissance de ses droits et de faire trancher une contestation à laquelle il est partie.

30. S'agissant du droit d'agir en justice, le demandeur commettra un abus de droit toutes les fois qu'il portera son action devant un for déterminé dans un but manifestement étranger à celui pour lequel ce droit lui a été accordé. L'abus ne se distingue pas de celui qui existe en droit processuel interne. Il correspondra à des hypothèses où une demande est formée, notamment, dans l'unique but de causer un préjudice au défendeur, ou à des fins dilatoires⁷⁶.

⁷¹ A. LA PERGOLA, concl. sous CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd*, préc., n° 20.

⁷² A. NUYTS, L'exception de forum non conveniens, *op. cit.*, n° 544 et s. ; Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen, *op. cit.*, spéc. n° 9 et s.

⁷³ D. WAELBROECK, La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire, in Mél. J.-V. LOUIS, éd. de l'ULB, vol. I, 2003, p. 595 et s., spéc. p. 600 et s.

⁷⁴ A. LA PERGOLA, concl. sous CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd*, préc., n° 20.

⁷⁵ A. NUYTS, L'exception de forum non conveniens, *op. cit.*, n° 544.

⁷⁶ V. par ex. CJCE, 11 mars 1980, *Foglia c/ Novello*, aff. C-104/79, *Rec.* p. 745 ; L. NEVILLE BROWN, Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law ?, in Mél. H. G. SCHERMERS, vol. II, éd. Dordrecht, 1994, p. 511 et s., spéc. p. 521.

31. S'agissant de l'exercice de l'option de compétence et dans la mesure où elle constitue également un droit-fonction, son exercice pour une fin autre que celle pour laquelle elle a été octroyée au demandeur peut également être constitutif d'un abus de droit. En effet, si « le droit d'option de compétence a pour objectif de renforcer l'accès du demandeur à la justice, on soulignera, par contraste, qu'il ne trouve certainement *pas* une justification additionnelle dans celui de conférer à cette partie un avantage, qu'il soit de nature procédurale ou substantielle, sur son adversaire. Le *forum shopping* est peut-être *la conséquence* de la concurrence des compétences dans l'ordre international, mais il ne modifie pas, *en soi*, un objectif poursuivi par la matière »⁷⁷. Toutefois, le critère du détournement de la finalité du droit se révèle ici malaisé. Pour qu'il y ait détournement de la finalité du droit d'option de compétence, il faut démontrer que l'action en justice née de l'option n'a été exercée que dans un but exclusivement étranger à celui pour lequel cette option a été prévue. Dès lors que le demandeur entend également obtenir la réalisation substantielle des droits dont il revendique la consécration, il ne peut être question d'abus du choix de for par détournement de la finalité du droit d'option. En ce sens, « il ne saurait y avoir de détournement du droit d'option de compétence lorsque, abstraction faite des avantages procéduraux et/ou matériels que procure la saisine d'un certain for, l'action en justice dans ce for est motivée par la volonté d'obtenir une décision sur le fond tranchant le litige »⁷⁸. Dans ce cas, l'objectif de l'option de compétence aura été respecté, au moins partiellement, ce qui suffit à exclure la qualification d'abus de droit par ce premier critère, appelant dès lors le second.

32. **Le critère de la proportionnalité de l'exercice du droit d'option de compétence internationale** apparaît plus adapté à l'abus du choix de for. Dans l'arrêt *Diamantis*, la CJCE a jugé qu'un sujet abuse de son droit lorsque, « parmi les voies de recours disponibles pour remédier à une situation (...), il a choisi celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui qu'elle s'avère manifestement disproportionnée »⁷⁹. Le principe de proportionnalité⁸⁰ et le test auquel il donne lieu appellent un raisonnement basé sur trois étapes qui doivent permettre d'établir que les mesures ou les droits en cause ont été décidés ou exercés de manière légitime. Transposable à la réserve de l'abus de droit, ce triple examen consiste tout d'abord à vérifier la pertinence ou l'utilité de l'acte, puis son caractère nécessaire ou indispensable, enfin son caractère proportionnel proprement dit⁸¹. Le premier examen établit que le sujet n'utilise pas son droit dans le but de nuire à l'autre partie sans avantage pour lui. Le deuxième test vérifie que l'acte est indispensable pour la réalisation du droit en question et qu'il ne peut être remplacé par un autre acte, tout aussi efficace, mais qui préserve davantage les intérêts de l'autre partie. Le troisième test enfin examine la proportionnalité intrinsèque de l'acte par rapport aux conséquences préjudiciables qu'il peut avoir.

33. Les deux derniers tests permettent de distinguer l'abus du droit d'agir et l'abus du droit d'option de compétence internationale. Le deuxième critère du principe de proportionnalité permet de relever un abus de droit lorsque le demandeur choisit le for le plus préjudiciable pour l'autre partie, alors qu'il n'en retire, en soi, aucun avantage particulier. Dans cette hypothèse, le droit d'agir est en tant que tel légitime puisque la demande s'inscrit réellement et légitimement dans la revendication d'un droit subjectif dont le demandeur attend

⁷⁷ A. NUYTS, L'exception de forum non conveniens, *op. cit.*, n° 547.

⁷⁸ A. NUYTS, Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen, *op. cit.*, n° 9.

⁷⁹ CJCE, 23 mars 2000, préc., pt. 43.

⁸⁰ V. not. W. VAN GERVEN, Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux, *J.T.* 1992, p. 305 et s. ; G. PECH-LE-GAC, La proportionnalité en droit privé, thèse dact., Paris XI, 1997.

⁸¹ A. NUYTS, L'exception de forum non conveniens, *op. cit.*, n° 535.

la réalisation. En ce sens, il ne s'agit plus de contester le droit d'agir, ni l'objet même de l'action, mais bien l'option judiciaire choisie par le demandeur⁸².

34. Le troisième test de proportionnalité proprement dit, appliqué à l'option de compétence, pourra révéler un abus de droit toutes les fois qu'il existe une disproportion manifeste entre l'avantage recherché par le demandeur et le préjudice ou la charge qui en résulte pour le défendeur. Dans le cadre de la Convention de Bruxelles 1, l'abus du droit d'option aurait pu ainsi être opposé au demandeur devant les juridictions madrilénes, dans l'affaire *Turner*⁸³. En ce qui concerne le Règlement de Bruxelles 2 *bis*, l'abus de droit d'option pourrait être caractérisé lorsque l'époux demandeur exerce son option de la manière la plus défavorable à son conjoint alors qu'il aurait pu, sans perte d'intérêt pour lui, saisir un for plus approprié et plus facile d'accès pour le défendeur.

35. Selon M. Arnaud NUYTS, l'abus du droit d'option de compétence internationale s'identifie à un abus purement processuel, lié à des considérations qui tiennent à l'accessibilité du for, en excluant les causes substantielles ou procédurales⁸⁴. Cette approche de la proportionnalité est davantage objective que subjective. Selon l'auteur, « il n'est plus nécessaire de rechercher si, en portant son action dans un certain for, le demandeur était animé par l'intention d'obtenir au détriment de son adversaire un avantage illicite (...) ; il suffit d'évaluer le degré d'effectivité de l'accès au juge pour le demandeur, compte tenu des éléments objectifs de la situation, tels la proximité du tribunal pour le demandeur, le coût de la procédure ou les chances d'obtenir un jugement rapidement »⁸⁵. Cette opinion ne semble cependant pas pouvoir être retenue et l'autorité de contrôle devrait pouvoir apprécier l'abus également au regard des avantages procéduraux et substantiels que le demandeur retire de son option et qui peuvent se révéler préjudiciables au défendeur. Le *forum shopping* abusif ne se limite pas à une conception purement géographique ou financière du désavantage causé à l'autre partie dans l'exercice de l'option de compétence. L'admettre reviendrait à envisager l'exercice de l'option de compétence comme un droit substantiellement ou procéduralement discrétionnaire. Au-delà de la gêne occasionnée au défendeur, l'option de compétence est en effet essentiellement un moyen d'obtenir, par la saisine d'un for déterminé, des avantages procéduraux et/ou substantiels qui n'auraient pas été obtenus par la saisine d'un autre for. L'auteur semble d'ailleurs se contredire puisqu'il écrit plus avant que si « le droit d'option de compétence a pour objectif de renforcer l'accès du demandeur à la justice, on soulignera, par contraste, qu'il ne trouve certainement *pas* une justification additionnelle dans celui de conférer à cette partie un avantage, *qu'il soit de nature procédurale ou substantielle*, sur son adversaire »⁸⁶. Le plus souvent, l'option est exercée non pour le préjudice processuel ou financier qu'elle peut causer à l'autre partie, mais plutôt pour les implications procédurales de l'instance engagée et les conséquences matérielles de ce choix plutôt qu'un autre. Lorsque l'autorité de contrôle apprécie l'abus d'option et notamment qu'elle évalue la disproportion entre les intérêts respectifs des plaideurs, elle doit donc procéder à une évaluation d'ensemble de l'intérêt du demandeur, du préjudice subi par le défendeur, des attentes et des intérêts légitimes de chacune des parties ainsi que de l'équilibre entre leurs droits respectifs. S'il est établi, l'abus de droit conduira l'autorité étatique à sanctionner la manœuvre abusive.

⁸² *Ibid.*, n° 548.

⁸³ CJCE, 27 avril 2004, *Turner*, aff. C-159/02, *Rec.* I-3565, concl. COLOMER ; *D.* 2004, IR, p. 1427, et p. 1919, note CARRIER ; *Europe* 2004, n° 246, obs. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 654, note MUIR WATT. En ce sens, A. NUYTS, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁴ A. NUYTS, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*, n° 547. C'est nous qui soulignons.

II. La sanction de l'abus du choix de for en droit international privé

36. Lorsqu'il est démontré, l'abus du droit d'option de compétence internationale permet de remettre en cause l'exercice du droit abusivement exercé. Appliqué à la compétence judiciaire internationale, l'abus de droit permettra à l'autorité étatique de refuser d'exercer sa compétence (A). La variété des situations dans lesquelles peut se présenter un abus du choix de for appelle également certaines particularités de la sanction (B).

A. La sanction générale de l'abus du choix de for

37. Outre l'octroi d'éventuels dommages et intérêts, l'abus du droit d'option de compétence internationale sera sanctionné par la perte du droit abusivement invoqué⁸⁷. Cette conception est également retenue par la CJCE lorsqu'elle juge que les « juridictions nationales peuvent (...), en se fondant sur des éléments objectifs, tenir compte du comportement abusif de l'intéressé pour lui refuser, le cas échéant, le bénéfice de la disposition de droit communautaire invoquée »⁸⁸. S'agissant de l'abus de droit d'option internationale, deux sanctions peuvent être défendues : l'une basée sur la théorie du *forum non conveniens* (1), l'autre, plus conventionnelle, fondée sur la légitimité de l'intérêt à agir (2).

1. La sanction fondée sur la théorie du *forum non conveniens*

38. La première sanction, défendue par M. Arnaud NUYTS, consiste pour l'autorité abusivement saisie de refuser d'exercer sa compétence⁸⁹. La sanction se manifesterait ici sous la forme d'une exception de *forum non conveniens* justifiée par l'exercice abusif de l'option de compétence. Toutefois, ce mode de sanction ne semble pas pouvoir être suivi, autant en droit commun qu'en droit réglementaire. Contrairement à la fraude à la juridiction qui est sanctionnée par l'incompétence de l'autorité saisie⁹⁰, l'abus du choix de for n'atteint pas la compétence même de cette autorité. L'abus sanctionne le comportement du plaideur lors de l'exercice de l'option de compétence, c'est-à-dire lorsqu'il saisit une autorité étatique compétente pour statuer sur sa demande. Ce qui est abusif est l'exercice du droit d'agir en justice devant cette autorité. L'abus n'atteint pas, comme la fraude, la source du droit subjectif, il en pervertit seulement l'exercice et suppose que ce droit subjectif existe déjà. En ce sens, la sanction de l'abus de droit d'option ne peut remettre en cause une compétence qui préexiste à sa réalisation et donc sur laquelle l'abus n'a eu, en soi, aucune influence.

39. De surcroît, la théorie du *forum non conveniens* est rejetée autant par la Cour de cassation⁹¹ que par la CJCE⁹². Serait-elle admise qu'il n'est pas certain qu'elle apporterait une

⁸⁷ L. CADIEU, Abus de droit, Rec. Dalloz, 1992, n° 31.

⁸⁸ CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, préc., pt. 34 ; – CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, préc., pt. 25 ; – CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, Rec. I-10155, concl. ALBER ; D. 2003, p. 2504 ; Rev. crit. DIP 2004, p. 151, note MUIR WATT ; D. 2004, p. 491, note PATAUT ; Rev. soc. 2004, p. 135, note DOM ; JDI 2004, p. 591, obs. LUBY ; JCP 2004, I, 111, n° 7, obs. NADAUD ; JCP éd. E. 2004, n° 251, note MAGNIER ; JDI 2004, p. 917, note MENJUCQ, pt. 143 ; – CJCE, 6 avril 2006, *Agip Petroli*, préc., pt. 21.

⁸⁹ A. NUYTS, *op. cit.*, n° 551.

⁹⁰ La fraude à la juridiction atteint directement la compétence de l'autorité étatique en révélant un critère de rattachement artificiel, impropre à fonder la compétence de l'autorité saisie, v. notre thèse (préc. note 13), n° 627 et s.

⁹¹ Civ. 1^{re}, 18 décembre 1990, Rev. crit. DIP 1991, p. 759, note ANCEL ; – Civ. 1^{re}, 9 décembre 2003, Bull. civ. I, n° 247 ; Defrénois 2004, p. 434, note REVILLARD ; RJPF-2004-2/16, note PANSIER ; Defrénois 2004, p. 599, obs. MASSIP ; Gaz. pal. 28-29 mai 2004, p. 18, note MASSIP ; JCP éd. N. 2004, 1198, note BOULANGER ; JCP éd. N.

réelle valeur ajoutée. De deux choses l'une : soit l'autorité étatique saisie est incompétente, objectivement ou subjectivement⁹³, dans ce cas l'exception de *forum non conveniens* est inutile puisqu'elle suppose que la compétence du for soit reconnue ; soit le for est compétent, alors la réserve de l'abus du droit d'option de compétence internationale suffit à rejeter la demande du sujet sans que l'autorité ait besoin de fonder son refus d'exercer sa compétence sur un autre mécanisme. Dès lors, la sanction de l'abus ne peut passer que par la privation du droit de porter cette demande devant cette autorité et non par la privation de compétence de cette autorité. La sanction de l'abus réside donc dans l'irrecevabilité de la demande abusive⁹⁴.

2. La sanction de l'abus du choix du for par l'irrecevabilité de la demande

40. L'abus du choix de for peut être pris comme un élément d'appréciation de la légitimité de l'intérêt à agir du demandeur. En droit international privé, l'appréciation de l'intérêt à agir est considérée comme un aspect de la procédure suivie devant l'autorité saisie, elle relève à ce titre de la loi du for⁹⁵. Lorsque l'autorité étatique sera saisie sur le fondement du droit commun, elle pourra donc apprécier l'intérêt à agir du demandeur. De même, dans le cadre de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, la CJCE distingue entre la compétence du juge et les conditions de recevabilité d'une demande, jugeant que ces dernières relèvent de la *lex fori* de chaque État membre, sous réserve que cette loi ne porte pas atteinte à l'effet utile de la convention⁹⁶. Cette solution peut être transposée aux règlements communautaires⁹⁷. Devant l'autorité étatique française et quel que soit le fondement textuel de sa saisine, l'appréciation de l'intérêt à agir relèvera donc de l'article 31 du ncp.

41. En vertu de ce texte, l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention. L'intérêt doit présenter certains caractères pour être considéré comme légitime : il doit être né et actuel, direct et personnel, et enfin sérieux. Parmi ces trois caractères, il semble que l'exigence d'un intérêt sérieux signifie, entre autres, celle d'une absence d'abus. Ainsi MOTULSKY écrivait-il que « l'intérêt est procéduralement légitime si l'action ne constitue pas un abus du droit d'ester en justice »⁹⁸. Prévue pour l'exercice du droit d'agir en justice, cette restriction est valable pour l'exercice du droit d'option de compétence dans la mesure où celui-ci ne fait que prolonger celui-là. L'absence d'abus de droit dans l'exercice de l'option de compétence internationale est ainsi gage de son sérieux et donc de sa légitimité. Toutefois, il ne s'agirait pas de tous les abus de droit. Il a été relevé plus avant deux catégories d'abus de droit d'option : celui qui consiste à exercer une

2004, 1274, obs. FOSSIER ; *LPA* 2004, n° 115, p. 8, note JAULT ; *D.* 2004, somm., p. 1851, obs. LEMOULAND ; *Dr. fam.* 2004, n° 163, note BOURDELOIS.

⁹² CJCE, 1^{er} mars 2005, *Owusu*, aff. C-281/02, concl. LEGER ; *Gaz. pal.* 27-28 mai 2005, p. 31, note NIBOYET ; *Europe* 2005, n° 189, note IDOT ; *JDI* 2005, p. 1077, note CUNIBERTI et WINKLER ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 698, note CHALAS, pt. 36 et s.

⁹³ Soit que le critère de compétence est inexistant, soit qu'il est simulé, soit qu'il est frauduleux, v. notre thèse (préc. note 13), n° 621 et s.

⁹⁴ Dans le même sens, M.-L. NIBOYET, La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial, *op. cit.*, n° 30.

⁹⁵ Civ. 1^{re}, 4 décembre 1990, *Coveco*, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 558, note NIBOYET-HOEGY ; *JDI* 1991, p. 371, note BUREAU ; *GADIP* n° 76.

⁹⁶ CJCE, 15 mai 1990, *Kongress Agentur Hagen GmbH*, aff. C-365/88, *Rec.* I-1845, concl. LENZ ; *Rev. crit. DIP* 1990, p. 564, note GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1990, p. 498, obs. HUET ; *Cah. dr. eur.* 1990, p. 696, note TAGARAS, spéc. pt. 22.

⁹⁷ En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, Le règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 : « Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs », *JDI* 2001, p. 381 et s., spéc. n° 43.

⁹⁸ H. MOTULSKY, *Rép. inter Dalloz*, 1^{re} éd. 1968, v° Procédure civile et commerciale, n° 117.

action sans véritable fondement ni cause si ce n'est celle de nuire au défendeur ; celui qui consiste à rechercher dans la saisine de l'autorité étatique un avantage lié à l'application de la loi compétente devant cette autorité. Le premier de ces abus, qui s'apparente à l'abus de droit d'ester en justice, ne relève pas de l'article 31 du npc. Il n'y a donc pas lieu à fonder l'illégitimité de l'intérêt à agir dans ce type d'abus. Cet abus relève, comme en droit interne, de l'article 32-1 du npc qui sanctionne d'une amende civile celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive, c'est-à-dire une action qui constitue seulement un acte de malice ou de mauvaise foi, une erreur grossière équipollente au dol, mais en aucun cas une action tendant à obtenir un résultat matériel déterminé⁹⁹. Dès lors, seul le second type d'abus relèvera de l'article 31 du npc. La légitimité visée par ce texte dépend en effet, en plus d'un élément de juridicité de l'action, de sa moralité. Le contrôle de la légitimité de l'action pourra ainsi sanctionner « un détournement du droit d'action, c'est-à-dire la recherche d'un avantage étranger aux intérêts garantis par l'octroi de l'action »¹⁰⁰.

42. Dans la mesure où la réserve de l'abus du choix de for n'atteint que l'exercice de l'action et non la compétence de l'autorité saisie, la sanction par l'irrecevabilité permet de préserver le droit d'agir du demandeur, devant la même autorité étatique et *a fortiori* devant les autres autorités compétentes. Contrairement à la sanction par l'exception de fraude, qui entraîne une inefficacité permanente de la manœuvre¹⁰¹, la sanction du choix de for par la réserve de l'abus de droit ne conduit qu'à une inefficacité ponctuelle de l'action en cause. En effet, la fin de non-recevoir n'empêche pas la formation d'une nouvelle action en justice si sa cause disparaît. Le demandeur peut donc, s'il est encore dans les délais pour agir, porter une nouvelle fois son action devant la même autorité. Dès lors, si l'intérêt à agir peut être abusif dans le cadre d'une action en justice déterminée, il peut ne plus l'être par la suite dans le cadre d'une nouvelle action, fût-elle entre les mêmes parties, avec le même objet et la même cause et portée devant la même autorité.

43. Cette double préservation permet de relativiser l'atteinte que cause la réserve de l'abus de droit à la liberté fondamentale que constitue le droit d'agir en justice. Les libertés fondamentales ne sont pas d'ailleurs illimitées et les textes internationaux prévoient la réserve de l'abus de droit dans l'exercice des droits et libertés fondamentaux qu'ils édictent¹⁰². Sur le plan procédural, l'article 35, § 3 de la CEDH permet à la Commission de déclarer « irrecevable toute requête introduite par application de l'article 25, lorsqu'elle estime la requête incompatible avec les dispositions de la présente Convention, manifestement mal fondée ou abusive ». De manière générale, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit, en son article 54, la réserve de l'abus de droit. Celle-ci peut donc venir limiter le droit d'agir en justice, lui-même prévu par l'article 47 de la Charte. Ainsi, dans une affaire proche des répudiations étrangères, la Commission a déclaré irrecevable la requête d'une femme comme étant abusive. La Commission relève en effet que la demanderesse « ne cherche qu'à échapper aux conséquences de sa condamnation ; que l'introduction de la présente requête constitue, dans ces conditions, un abus manifeste et caractérisé du droit de recours

⁹⁹ Civ. 1^{re}, 25 février 1986, *JDI* 1988, p. 425, note JACQUEMONT. *Adde* Aix-en-Provence, 8 mai 1967, *JCP* 1968, II, 15352, note LOUSSOUARN ; – Paris, 19 janvier 1976, *Rev. crit. DIP* 1977 p. 126, note LAGARDE ; – Paris, 23 novembre 1993, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 88, note PAMBOUKIS, ces trois décisions refusant également de voir dans les actions intentées un abus du droit d'ester en justice. L'abus de procédure est également sanctionné en droit communautaire, v. not. TPICE, 29 mars 2001, *Golstein*, aff. T-302/00 R, *Rec.* II-1127, spéc. pt. 40 ; F. LAGONDET, L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire, *J.T.* 2003, p. 8 et s., spéc. p. 11.

¹⁰⁰ M.-L. NIBOYET-HOEGY, *Action en justice*, *op. cit.*, n° 67.

¹⁰¹ V. notre thèse (préc. note 13), n° 582 et s.

¹⁰² A. SPIELMANN, La convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit, *in* Mél. L. E. PETTITI, éd. Bruylant, 1998, p. 673 et s., spéc. p. 681.

individuel »¹⁰³. L'irrecevabilité de la requête est ici conçue comme une véritable sanction prononcée sur le fondement de l'abus de droit¹⁰⁴. Dans cette optique, la réserve de l'abus de droit n'apparaît pas comme un obstacle à l'exercice des droits et libertés fondamentaux mais bien mieux comme une garantie de leur bon exercice, particulièrement en ce qui concerne le droit d'agir en justice et d'exercer l'option de compétence internationale dont dispose fréquemment le demandeur à un litige international. C'est justement cette garantie qui est absente de l'exception de *forum non conveniens*.

B. Les mises en œuvre particulières de la sanction de l'abus du choix de for

44. La sanction de l'abus du choix de for appelle certaines adaptations selon que le *forum shopping* incriminé s'inscrit dans un conflit de procédures, auquel cas l'abus devrait pouvoir influencer sur le règlement de ce conflit (1) ou permettre un transfert de compétence (2) ou encore le prononcé d'une injonction judiciaire internationale (3). La sanction de l'abus du choix du for peut également avoir lieu lors de la reconnaissance ou de l'exécution des décisions étrangères (4), et appeler en cela une appréciation spécifique.

1. Abus du choix de for et litispendance internationale

45. Le *forum shopping* induit souvent un conflit de procédures : chacune des parties saisissant l'autorité qu'elle estime la plus appropriée à sa cause. D'un point de vue purement objectif, l'autorité saisie en second pourrait décliner sa compétence au profit de la juridiction saisie la première. Elle le devrait même sous l'empire des règlements communautaires. Du point de vue du *forum shopping*, le régime de la litispendance est paradoxal. D'un côté, le pouvoir laissé au juge français saisi en second, sur le fondement du droit commun, d'apprécier l'opportunité de son dessaisissement, permet de limiter le *forum shopping*, le juge français pouvant demeurer compétent alors même que le demandeur à l'étranger aurait pris son adversaire de vitesse¹⁰⁵. À l'inverse, le jeu mécanique de la règle *Prior tempore...* dans les règlements communautaires, notamment de Bruxelles 2 puis 2 *bis*, exacerbe la vélocité contentieuse, plus porteuse que l'attente, « car en prévoyant de nombreux chefs de compétence alternatifs et en posant des règles efficaces en matière de litispendance et d'actions dépendantes, il conduit, en fait, à privilégier grandement celui qui est demandeur en divorce »¹⁰⁶.

46. Afin de lutter contre le *forum shopping*, il peut donc paraître utile de donner, dans certains cas, la possibilité à l'autorité saisie en second d'apprécier l'opportunité de son dessaisissement¹⁰⁷. La volonté de limiter les conflits de procédures postule au maintien de l'impérativité de la règle *Prior tempore...* dans l'espace judiciaire européen. Néanmoins, une dérogation spéciale pourrait être donnée au juge « en vue de faire échec au comportement

¹⁰³ Commission EDH, 8 mars 1962, *Ilse Koch c. RFA*, req. n° 1270/61, *Ann.* vol. 5, 127.

¹⁰⁴ A. SPIELMANN, *op. cit.*, p. 675. *Adde*, du même auteur : La notion de l'abus de droit à la lumière de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *in* L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles, *op. cit.*, p. 58 et s. ; Ph. FRUMER, La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle, éd. Bruylant, 2001, spéc. n° 833 et s.

¹⁰⁵ P. MAYER, V. HEUZE, *op. cit.*, n° 446. Dans le même sens, H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, tome 2, 7^e éd. LGDJ, 1983, n° 676 ; B. AUDIT, *op. cit.*, n° 389 ; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd. Dalloz, 2006, n° 54.13.

¹⁰⁶ C. NOURISSAT, note sous Colmar, 2 septembre 2002, *Proc.* 2003, n° 137, p. 10.

¹⁰⁷ Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, éd. PUAM, 2000, n° 551 et s.

vexatoire du défendeur à l'action principale »¹⁰⁸. Cette possibilité ne serait qu'une exception seulement admise « à défaut de pouvoir remédier autrement à l'utilisation abusive de l'exception de litispendance »¹⁰⁹. Il ne s'agirait ici que de transposer en droit réglementaire, sous forme d'exception, le principe admis en droit commun français. Si une telle dérogation fait inévitablement perdurer le conflit de procédures, cette discordance exceptionnelle du résultat avec les objectifs des règlements communautaires est une solution de moindre mal qui permet finalement, en empêchant à l'avance que le résultat obtenu du for abusivement premier saisi produise ses effets dans le ressort du for non choisi, d'en respecter sa finalité.

47. La proposition est toutefois insuffisante car même si le juge saisi en second refuse de décliner sa compétence, la saisine abusive de la première autorité pourra aboutir à une décision dans la mesure où, en droit commun comme en droit réglementaire, cette autorité ne peut se dessaisir au profit de la seconde. Cette possibilité d'abus apparaît de façon criante dans l'arrêt *Gasser* dans lequel la saisine en premier d'une juridiction autre que celle désignée par la clause attributive de juridiction fut validée, au motif que cette clause ne saurait déroger à la règle purement chronologique posée par l'article 21 de la Convention de Bruxelles¹¹⁰. Au-delà du caractère théoriquement contestable de la solution¹¹¹, cette primauté sans faille donnée à la juridiction première saisie offre au demandeur la possibilité d'actions dilatoires exercées dans le seul but d'empêcher, ou au moins de retarder, la saisine du for désigné par une clause, et plus généralement de manipuler la règle de la litispendance dans l'espace judiciaire européen. Dès lors, « l'appel par la Cour à l'objectivité du critère chronologique n'est crédible que si la mise en œuvre de ce critère s'accompagne au minimum de la mise en place de mécanismes de prévention de l'abus »¹¹².

48. En ce sens et dans la mesure où il apparaît souvent que la seconde autorité jouit une légitimité supérieure à celle de la première, il peut sembler opportun de permettre également à l'autorité saisie en premier d'apprécier sa propre compétence, dans le cadre de l'exception de litispendance, afin de se dessaisir, le cas échéant, au profit de la juridiction saisie en second¹¹³. Entre autres circonstances, cette possibilité pourrait lui être donnée, alors même que les circonstances qui ont permis sa compétence n'ont pas disparu¹¹⁴, lorsque la saisine de la première autorité laisse « apparaître une manœuvre de la part du demandeur cherchant à échapper à la compétence des tribunaux (...) mieux placés pour assurer l'exécution de la décision qu'ils rendraient à son encontre »¹¹⁵. Ce sera le cas par exemple lorsque « le laps de temps séparant l'introduction des deux demandes est bref » ou encore lorsque la même partie s'est portée demanderesse devant les deux tribunaux¹¹⁶. Ces deux aménagements de la règle *Prior tempore...* préviennent un *forum shopping* abusif dans les hypothèses, fréquentes, où la manœuvre consiste à mettre en opposition la multiplicité des critères de compétence, facteur de conflit de procédures.

¹⁰⁸ *Ibid.*, n° 552.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ CJCE, 9 décembre 2003, *Gasser*, aff. C-116/02, *Rec.* I-14693, concl. LEGER ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 440, note MUIR WATT ; *JDI* 2004, p. 641, obs. HUET ; *D.* 2004, p. 1046, note BRUNEAU, pt. 47 et s.

¹¹¹ La clause attributive de juridiction, dès lors qu'elle est valable, prime sur les autres critères de compétence prévus par le Règlement de Bruxelles I. V. par ex. Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, n° 05-16.706, *D.* 2006, IR, p. 1841, obs. DELPECH.

¹¹² H. MUIR WATT, note sous CJCE, 9 décembre 2003, *Gasser*, préc., p. 462.

¹¹³ Ch. CHALAS, *op. cit.*, n° 557 et s.

¹¹⁴ Ch. CHALAS, *op. cit.*, n° 560. Cette proposition a été également formulée par P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, *RCADI* 1986-I, t. 196, p. 11 et s., spéc. n° 157.

¹¹⁵ Ch. CHALAS, *op. cit.*, n° 560.

¹¹⁶ P. LAGARDE, *op. cit.*, *loc. cit.*

2. Abus du choix de for et transferts de compétences

49. Pour lutter contre l'utilisation frauduleuse ou abusive des libertés communautaires, la CJCE préconise aux États membres une plus grande coopération¹¹⁷. Dans l'espace judiciaire européen et international, cette coopération existe notamment avec le transfert de compétence prévu à l'article 15 du Règlement de Bruxelles 2 *bis*, inspiré de celui prévu aux articles 8 et 9 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996, et à l'article 8 de celle du 13 janvier 2000. La possibilité de reconnaître un tel transfert de compétence judiciaire en matière de divorce a également été envisagée par le Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce¹¹⁸. Ces mécanismes permettent à l'autorité saisie de transférer sa compétence à l'autorité d'un autre État membre considérée comme plus appropriée. Le transfert peut intervenir à la demande des parties ou de l'une ou l'autre des autorités concernées.

50. Afin de faire échec à un choix de for abusif, l'autorité abusivement saisie pourrait ainsi, soit dans le cadre d'un conflit de procédures, voire sans un tel conflit, surseoir à statuer et renvoyer l'affaire devant une autre juridiction, celle qui aurait dû être ou qui a été naturellement saisie. De la même façon, cette dernière autorité pourrait revendiquer sa compétence auprès de l'autorité abusivement saisie afin que celle-ci accepte de se dessaisir à son profit. Il s'agit ici pour l'autorité abusivement saisie non pas de décliner sa *jurisdictio* au motif qu'il n'est pas opportun qu'elle statue, mais de constater qu'un autre for peut être considéré comme plus naturel alors qu'elle-même a été saisie, dans le cas considéré, de manière abusive. La coopération, qui peut au sein de l'Union européenne s'appuyer sur le réseau judiciaire européen¹¹⁹, vise ici à rétablir la compétence d'un juge qui aurait naturellement dû être saisi par les parties mais dont la compétence a été écartée par elles ou par l'une d'elles pour des raisons d'opportunité.

51. Il serait également possible d'imaginer, afin de lutter contre le *forum shopping* abusif, une procédure de transfert de compétence, non plus judiciaire, mais législative. Ces transferts seraient inspirés de deux méthodes développées, l'une par Georges DROZ, l'autre par M. le Pr. Paolo PICONE. La première, connue comme l'opposition entre le for de jugement et le for de raisonnement, consiste pour l'autorité saisie à ne pas raisonner selon son propre système de conflit de lois, comme elle doit normalement le faire, mais de recourir à celui d'un autre système juridique, plus particulièrement celui du for qui apparaîtrait comme le plus naturel¹²⁰. Afin de lutter contre le *forum shopping* abusif, cette méthode pourrait intervenir alors même que le for de jugement ne devrait pas sa compétence à un critère exorbitant, mais à tout critère dès lors qu'il est significatif et qu'il permet de fonder la compétence de l'autorité. De plus, le for de raisonnement peut être tout for que le demandeur aurait pu saisir en vertu de l'option de compétence. Ce mécanisme a déjà été suggéré afin de limiter les effets d'une prorogation de compétence réalisée dans le seul but d'emporter modification de la compétence législative¹²¹. La seconde méthode, plus maximaliste, dite de référence à l'ordre

¹¹⁷ CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, préc., pt. 38.

¹¹⁸ COM (2005) 82 final, pt. 3.7. Pour une comparaison avantages/désavantages des transferts de compétence judiciaire en matière de divorce, v. le rapport (spéc. p. 172 et s.) établi suite à la consultation publique autour du livre vert, à l'adresse http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/divorce_matters/study.pdf

¹¹⁹ M.-L. NIBOYET, La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial, *op. cit.*, n° 23 et s., spéc. n° 25.

¹²⁰ G. DROZ, Les droits de la demande dans les relations privées internationales, *op. cit.* ; Regards sur le droit international privé comparé, *RCADI* 1991-IV, t. 229, p. 9 et s., spéc. p. 352 et s.

¹²¹ H. GAUDEMET-TALLON, La prorogation volontaire de compétence de juridiction en droit international privé, éd. Dalloz, 1965, n° 362.

juridique étranger compétent¹²², consiste essentiellement pour le for à se référer non plus seulement à ses propres règles de conflit de lois, mais aussi à « toutes les conditions, matérielles et procédurales, que l'ordre étranger de référence considère importantes dans le cas d'espèce, en vue de la reconnaissance justement d'un jugement provenant de l'ordre juridique du for »¹²³. Par exemple, le juge saisi à la suite d'une option de compétence peut vérifier si la décision qu'il prendra en vertu de sa règle de conflit de lois sera reconnue dans le système juridique du for non choisi.

52. Bien qu'elles ne soient pas exactement conformes à l'orthodoxie générale du droit international privé qui veut que chaque autorité applique les seules règles de conflit édictées par son souverain¹²⁴, ces deux méthodes ne sont pas étrangères au droit international privé français. Le renvoi ou l'article 370-3 du Code civil en matière d'adoption internationale les illustrent. En ce sens, elles pourraient être utilisées au cas par cas, lorsque l'autorité étatique relèvera que sa saisine constitue un abus du droit d'option de compétence internationale. Au lieu de rejeter sa compétence ou de déclarer la demande irrecevable, elle pourrait ainsi procéder à un transfert de compétence législative en adoptant le raisonnement conflictuel de l'autorité également compétente qui aurait dû naturellement être saisie. Lorsque la situation présente des liens avec un seul autre for ou un for très prépondérant, la méthode qui consiste à distinguer le for de jugement du for de raisonnement sera facilement utilisable. À l'inverse, la méthode de référence à l'ordre juridique étranger compétent sera préférée lorsque la situation se rattache à plusieurs ordres juridiques étrangers, dans la mesure où ce serait ajouter une difficulté insurmontable que de choisir, parmi plusieurs systèmes juridiques également compétents, celui qui a le plus de titres à imposer son mode de raisonnement conflictuel.

3. *Abus du choix de for et injonction judiciaire internationale*

53. Afin de lutter contre le *forum shopping abusif*, il serait également possible d'interdire à l'avance au demandeur de saisir l'autorité étatique dont il est supposé ou démontré qu'il compte en revendiquer la compétence. Une réponse de cette forme a été développée dans les pays de *Common Law*, par le biais de l'*Anti-Suit Injunction*¹²⁵. Celle-ci est « une mesure, prononcée à l'encontre d'une personne privée par une juridiction compétente à son égard, dont l'objet est d'interdire à cette personne d'initier ou de poursuivre une procédure judiciaire devant une juridiction étrangère »¹²⁶. Elle peut ainsi remplir une double fonction de sanction d'un demandeur voulant user ou exploiter les options de compétence judiciaire dont il dispose au niveau international, mais également sanctionner les systèmes juridiques trop magnanimes en ce qui concerne leur compétence judiciaire¹²⁷.

¹²² P. PICONE, La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé, *RCADI* 1986-II, t. 197, p. 229 et s. ; Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, *RCADI* 1999, t. 276, p. 9 et s., spéc. n° 34 et s., p. 119 et s.

¹²³ P. PICONE, Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, *op. cit.*, n° 37.

¹²⁴ Pour une réaffirmation de ce principe, v. not. Paris, 3 octobre 1984, *JDI* 1986 p. 156, note GOLDMAN.

¹²⁵ V. not. S. CLAVEL, Le pouvoir d'injonction extraterritoriale des juges pour le règlement des litiges privés internationaux, thèse dact., Paris I, 1999, n° 391 et s. ; *Anti-Suit Injunctions et arbitrage*, *Rev. arb.* 2001, p. 667 et s. ; É. GAILLARD, *Anti-suit injunctions et reconnaissance des sentences annulées au siège : une évolution remarquable de la jurisprudence américaine*, *JDI* 2003, p. 1105 et s. ; Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international, *Rev. arb.* 2004, p. 47 et s.

¹²⁶ S. CLAVEL, *op. cit.*, n° 392.

¹²⁷ *Ibid.*, n° 395 et s.

54. Dans un environnement juridique international cloisonné, il n'est toutefois pas certain qu'une mesure d'*Anti-Suit Injunction* soit juridiquement possible ni même efficace¹²⁸. Cette mesure reviendrait en effet à contester au juge le droit d'exercer sa compétence selon ses propres règles¹²⁹. En ce sens, « une telle possibilité est inconcevable en droit français qui y verrait une intrusion intolérable dans le fonctionnement de la justice étrangère »¹³⁰. Suivant les conclusions de son avocat général, la CJCE juge ainsi que la Convention de Bruxelles 1 « s'oppose au prononcé d'une injonction par laquelle une juridiction d'un État contractant interdit à une partie à la procédure pendante devant elle d'introduire ou de poursuivre une action en justice devant une juridiction d'un autre État contractant »¹³¹. La CJCE exclut même cette possibilité pour sanctionner l'abus d'une partie, l'injonction ne pouvant être prononcée « quand bien même cette partie agit de mauvaise foi dans le but d'entraver la procédure déjà pendante »¹³². En droit français, elle serait apparemment contraire à l'ordre public¹³³.

55. Toutefois, l'argument selon lequel la mesure d'injonction est contraire à la *Comity* n'apparaît pas dirimant. En effet, « l'injonction de ne pas procéder ne s'adresse pas au juge étranger, mais au plaideur ; l'atteinte à la compétence étrangère n'est donc qu'indirecte et n'est a priori pas plus choquante que celle que notre droit se permet en réglémentant la compétence internationale indirecte des tribunaux étrangers »¹³⁴. Dès lors, « l'injonction ne procède aucunement d'un jugement sur la compétence d'autrui, mais tend simplement à sanctionner un comportement abusif de la part du défendeur »¹³⁵. L'injonction ne préjudicie donc pas fondamentalement à la compétence de l'autorité étrangère. Cet obstacle est encore moins perceptible dans le cadre des règlements communautaires et le prononcé d'une injonction ne semble rompre ni l'égalité des juridictions des États membres devant les règles de compétence communautaires, ni l'effet utile de ces textes¹³⁶.

56. Bien qu'il y soit plutôt hostile, l'Institut de droit international indique néanmoins que ces injonctions ne devraient être accordées que lorsqu'il y a, notamment, un « comportement déraisonnable ou oppressif d'un demandeur devant une juridiction étrangère »¹³⁷. En ce sens, si le prononcé d'une injonction peut être condamnable dans certains cas, il peut se révéler utile lorsqu'il s'agit de prévenir un abus de choix de for, notamment afin de lutter contre le harcèlement procédural d'un plaideur et, plus loin, de rendre effectif le droit d'agir du

¹²⁸ Cette mesure est souvent vue avec défiance par la doctrine française, cf. les débats à la suite de P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Le forum shopping devant les juridictions françaises, *op. cit.*, spéc. p. 73 et s.

¹²⁹ T. C. HARTLEY, *Comity and the use of antisuit injunctions in international litigation*, *Am. J. Comp. L.* 1987, p. 487 et s., spéc., p. 509 ; G. A. BERMAN, The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation, *C.J.T.L.* 1990, p. 587 et s., spéc. p. 628 ; S. CLAVEL, *op. cit.*, n° 410 et s.

¹³⁰ H. GAUDEMET-TALLON, Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle : forum non conveniens, *lis pendens*, *R.I.D.C.*, 1994, p. 423 et s., spéc. p. 434.

¹³¹ CJCE, 27 avril 2004, *Turner*, préc., pt. 31.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, *D.* 2004, p. 2743, note BOUCHE ; *RTD Civ.* 2004, p. 549, obs. THERY ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 815, note MUIR WATT ; *Gaz. pal.* 14-15 janv. 2005, p. 28, note NIBOYET ; *D.* 2005, p. 1267, obs. CHANTELOUP ; *JCP* 2004, II, 10198, avis SAINTE-ROSE ; *JDI* 2005, p. 114, note CUNIBERTI.

¹³⁴ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Le forum shopping devant les juridictions françaises, *op. cit.*, p. 64.

¹³⁵ H. MUIR WATT, note sous Chambre des Lords, 13 décembre 2001, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 116 et s., spéc. p. 124 ; note sous CJCE, 9 décembre 2003, *Gasser*, préc., p. 464.

¹³⁶ H. MUIR WATT, note sous Chambre des Lords, 13 décembre 2001, préc., pp. 124 et 125.

¹³⁷ Résolution votée lors de la session de Bruges, 2003, § 5, in L. COLLINS, G. DROZ, Le recours à la doctrine du forum non conveniens et aux « anti-suit injunctions » : principes directeurs, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70, t. I, 2002-2003, session de Bruges, 2003, 2^e commission, p. 3. Le texte de la résolution exclut le droit de la famille.

demandeur à l'injonction¹³⁸. En droit commun, cette possibilité pour le juge français d'adresser une injonction à l'une des parties pourrait trouver un fondement textuel, selon M. le Pr. Pascal DE VAREILLES-SOMMIERES, dans les articles 33 al. 1^{er} de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution et 809 al. 1^{er} du ncp¹³⁹.

57. D'autant que l'injonction n'aura véritablement d'effet que dans le for qui l'aura prononcée, à moins que le for concerné ne la connaisse également. Elle n'empêchera donc pas en théorie la partie de poursuivre son action devant le for de son choix et encore moins la privera de son option de compétence. Néanmoins, à défaut d'un effet direct, cette mesure peut avoir un effet dissuasif. L'injonction prononcée par le for naturel et avant que le for choisi ne soit saisi ou avant qu'il ne rende sa décision, peut en effet constituer un avertissement adressé à son destinataire que la décision qu'il obtiendra de l'autorité qu'il saisira ou qu'il a saisie, ne sera pas reconnue dans le ressort du for non choisi. L'injonction peut également faire prendre conscience au for saisi que la demande portée devant lui est frauduleuse¹⁴⁰ ou abusive. Ce faisant, l'injonction peut atteindre, de fait, son but et inciter la partie à renoncer ou à se désister de son action qu'elle sait à l'avance vouée à l'échec dans son but ultime, qui est d'invoquer la décision obtenue dans le ressort du for non choisi.

4. Abus du choix de for et compétence internationale indirecte

58. Lors de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères, la réserve de l'abus de choix du for devrait également être intégrée dans les conditions du contrôle de la compétence internationale indirecte posées par l'arrêt *Simitch*¹⁴¹. L'enseignement tiré de l'arrêt *Lévy*¹⁴² confirme la thèse selon laquelle la fraude à la juridiction – c'est-à-dire la fraude au sens de l'arrêt *Simitch* – est exclusive de l'exploitation d'une situation internationale préexistante¹⁴³. Dans ce cas en effet, le demandeur n'a pas modifié sa situation juridique afin de saisir un juge à la place d'un autre et aucun juge ne dispose, en soi, d'une compétence prédéterminée qui serait évincée au profit d'un autre juge dont la compétence serait purement factuelle. Il ne fait qu'user d'un droit : celui d'exploiter la situation internationale dans laquelle il se trouve placé et de revendiquer la compétence des juridictions qui s'offrent à lui, fût-il exercé de la façon la plus favorable à ses intérêts. Le *forum shopping* issu de l'exploitation d'une option de compétence préexistante est exclusif de toute fraude à la juridiction¹⁴⁴. C'est le cas dans l'affaire *Lévy* où les époux possédaient tous deux la nationalité israélienne et étaient également domiciliés en Israël. D'un point de vue purement théorique, la Cour de cassation ne pouvait faire autre chose que de refuser de voir une fraude à la juridiction dans la saisine d'un juge étranger en raison des liens caractérisés préexistants¹⁴⁵.

¹³⁸ M.-L. NIBOYET, La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial, *op. cit.*, n° 31.

¹³⁹ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 74.

¹⁴¹ Civ. 1^{re}, 6 février 1985, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 369, p. 243 et s., chr. FRANCESCakis ; *D.* 1985, p. 469, note MASSIP et somm., p. 497, obs. AUDIT ; *JDI* 1985, p. 460, note HUET ; *GADIP* n° 70.

¹⁴² Civ. 1^{re}, 28 janvier 2003, *Lévy*, *Bull.* I, n° 23 ; *JDI* 2003, p. 468, note JACQUET ; *JCP* éd. N. 2003, 1543, note FRANÇOIS ; *Dr. & patr.* 2003, n° 119, p. 96, note MONEGER ; *Defrénois* 2003, p. 1086, obs. MASSIP ; *LPA* 2003, n° 200, p. 11, note MASSIP ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 398, note MUIR WATT.

¹⁴³ V. notre thèse (préc. note 13), n° 710 et s.

¹⁴⁴ V. cep. Civ. 1^{re}, 17 janvier 2006, *D.* 2006, p. 1666 et la note, et Civ. 1^{re}, 28 mars 2006, *Dr. fam.* 2006, comm. n° 180, 1^{re} esp., note FARGE, qui mêlent fraude au jugement et fraude à la juridiction pour s'opposer à la reconnaissance d'une décision de divorce prononcée en Algérie.

¹⁴⁵ La Cour de cassation vient ainsi de rappeler expressément que la nationalité étrangère commune des époux constitue un lien caractérisé avec le juge de cette nationalité, alors même qu'ils seraient également domiciliés en France : Civ. 1^{re}, 10 mai 2006, *Dr. fam.* 2006, comm. n° 180, 2nde esp., note FARGE, et Civ. 1^{re}, 20 septembre

En ce sens, si la seule existence d'un lien caractérisé entre le juge et le litige peut être exclusif de toute fraude à la juridiction, c'est seulement dans l'hypothèse où ce lien caractérisé préexistait au litige et qu'il n'a pas été créé dans le seul but de fonder la compétence du juge étranger.

59. Toutefois, dans la mesure où l'exercice d'un droit peut toujours se transformer en abus, il doit être possible d'opposer la réserve de l'abus de droit à la saisine abusive d'une juridiction étrangère dont la compétence était, certes, fondée sur un lien caractérisé préexistant, mais facultative au regard des règles de compétence internationale françaises. En ce sens, bien qu'elle se justifie par la présence de liens caractérisés avec le litige, la compétence internationale indirecte du juge étranger pourrait être écartée s'il était démontré que le demandeur a commis un abus du choix de for dans la saisine de ce juge étranger. Au stade de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères, cet abus pourra s'apprécier de la même façon qu'au stade de la recevabilité de l'action en justice du demandeur¹⁴⁶ mais sa démonstration conduit ici, nécessairement, l'action ayant déjà eu lieu, au rejet de la compétence internationale indirecte du juge étranger abusivement saisi. Dès lors, l'appréciation de la compétence internationale indirecte par le juge de l'exequatur doit non seulement porter sur l'identification d'un lien caractérisé entre le juge étranger saisi et le litige, mais également et de manière alternative en fonction de la configuration internationale de la situation en cause, de *l'absence de fraude à la juridiction dans la création de ce lien caractérisé*, ou de *l'absence d'abus de droit dans l'exploitation de ce lien caractérisé*. C'est ce qui ressortait de l'arrêt *Mack trucks* selon lequel le juge étranger qui a rendu la décision est internationalement compétent si « le litige se rattache d'une manière suffisante au pays dont le juge a été saisi, c'est-à-dire que le choix de la juridiction ne soit ni arbitraire, ni artificiel, ni frauduleux »¹⁴⁷. Selon cet arrêt, pour que la compétence du juge étranger soit reconnue, il faut qu'il présente un lien caractérisé avec le litige dont il a été saisi et que ce lien ne soit ni abusif, ni simulé, ni relever d'une fraude à la juridiction. Ce principe pourrait constituer une alternative à celui de l'arrêt *Simitch* afin d'intégrer la réserve de l'abus de droit dans l'appréciation de la compétence internationale indirecte du juge étranger.

*
* *

60. L'heure est à l'inflation des options de compétence judiciaire internationale qui permettent au sujet de se jouer « des frontières dans une sorte de « prime » à la mobilité de mauvais aloi... »¹⁴⁸. L'important arrêt *Prieur*, qui met fin à la prétendue exclusivité de compétence du juge français tirée de l'article 15 du Code civil, vient le rappeler¹⁴⁹. Malgré l'harmonisation – l'uniformisation ? – des règles conflictuelles et matérielles, le *forum shopping* demeure vivace et cette convergence des normes n'est pas à elle seule un remède, tout au plus peut-elle l'atténuer, sans jamais parvenir à le supprimer¹⁵⁰. Il n'est d'ailleurs pas certain que l'annihilation complète du *forum shopping* soit une panacée et c'est au cas par cas que la lutte contre le *forum shopping malus* doit s'inscrire. Mais à cette fin les seules réserves

2006, n° 04-16534. Cette solution, en réalité jamais mise en cause, était déjà implicite dans l'arrêt Civ. 1^{re}, 17 janvier 2006, préc.

¹⁴⁶ Cf. *supra* n° 40 et s.

¹⁴⁷ Paris, 10 novembre 1971, *JDI* 1973, p. 239, note HUET ; *RTD com.* 1972, p. 230, note LOUSSOUARN.

¹⁴⁸ C. NOURISSAT, Rapport de synthèse, in *Les familles sans frontières en Europe : mythe ou réalité ?*, 101^e Congrès des notaires de France, *JCP* éd. N. 2005, n° 1314, p. 1161 et s., spéc. p. 1163.

¹⁴⁹ Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, *D.* 2006, p. 1846, chr. AUDIT ; *JDI* 2006, p. 1377, note CHALAS ; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, *op. cit.*, n° 87.

¹⁵⁰ F. FERRARI, *Forum Shopping et droit matériel uniforme*, *JDI* 2002, p. 383 et s.

de la fraude sont insuffisantes. Elles laissent en effet de côté toutes les situations qui résultent de l'exploitation d'une situation internationale préexistante. Dans ce cas, la réserve de l'abus de droit, malgré son antinomie traditionnelle avec le droit international privé, doit pouvoir suppléer cette carence. Les réserves de la fraude à la loi et à la juridiction conservent néanmoins leur place dans l'échiquier du droit international privé. La réserve de l'abus de droit ne fait pas double emploi avec elles. Ces mécanismes se complètent et n'interviennent pas pour annihiler les mêmes situations de fait.

61. Plus loin, c'est le droit des conflits de lois comme celui de juridictions que l'abus de droit pourrait atteindre. Dans toutes les hypothèses où le sujet, placé dans une situation internationale qu'il n'a pas créée à dessein de fraude, bénéficie d'une option de compétence, judiciaire comme législative, l'abus du droit d'option de compétence pourrait remettre en cause son choix, de for comme de loi. La contractualisation croissante du droit international privé, notamment de la famille, laisse ainsi entrevoir un terreau fertile à la notion, même si elle doit rester très exceptionnelle dans son application.