



HAL
open science

La sanction des atteintes à la compétence du juge élu : Les mécanismes injonctifs. Rétrospective et nouvelles perspectives

Sandrine Clavel

► **To cite this version:**

Sandrine Clavel. La sanction des atteintes à la compétence du juge élu : Les mécanismes injonctifs. Rétrospective et nouvelles perspectives. Malik Laazouzi. Les clauses attributives de compétence internationale. De la prévisibilité au désordre, Ed. Panthéon-Assas, 2021, 978-2-3765-1037-6. hal-04166666

HAL Id: hal-04166666

<https://hal.science/hal-04166666v1>

Submitted on 20 Jul 2023

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.

Ce document est le preprint d'un chapitre d'ouvrage paru sous la référence suivante :

Sandrine Clavel, « La sanction des atteintes à la compétence du juge élu : Les mécanismes injonctifs. Rétrospective et nouvelles perspectives »,

in M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale. De la prévisibilité au désordre*, éd. Panthéon-Assas, 2021, p. 183-201.

La sanction des atteintes à la compétence du juge élu : Les mécanismes injonctifs. Rétrospective et nouvelles perspectives

Sandrine Clavel, Professeur à l'université Paris-Saclay, UVSQ, DANTE

1. Les injonctions *anti suit* sont des mesures *in personam*, prononcées à l'encontre d'un justiciable, et visant à lui interdire d'initier ou de poursuivre une procédure judiciaire dans un ordre juridique étranger¹. Nées dans les pays de tradition de *common law*, ces injonctions tirent leur remarquable efficacité des sanctions qui les assortissent. La partie qui méconnaît l'injonction judiciaire se rend en effet coupable d'un *contempt of court*, lequel donne lieu au prononcé de sanctions pénales, amendes et/ou peine d'emprisonnement, contre le contrevenant. Il existe une grande variété d'injonctions *anti suit*. Certaines visent à faire obstacle à l'action devant un juge étranger parce que celle-ci est considérée comme abusive et « sérieusement injuste » pour l'une des parties ; d'autres le font parce que cette saisine est incompatible avec une clause de procédure, qu'il s'agisse d'une clause attributive de juridiction ou d'une clause d'arbitrage. Il arrive parfois, tout au contraire, que l'injonction soit prononcée pour faire échec à une clause d'élection de for ou à une clause d'arbitrage, parce que la mise en œuvre de celle-ci apparaît, aux yeux du juge émetteur de l'injonction, injustifiée et injuste pour l'une des parties. L'injonction peut être dirigée contre les parties, mais elle peut également s'adresser directement aux arbitres voire - plus rarement - aux juges étatiques. Elle peut interdire à une partie de saisir un juge qui n'est pas encore saisi ; lui enjoindre de se désister d'une action déjà intentée ; lui faire interdiction de poursuivre l'exécution, dans un ordre juridique étranger, d'une décision judiciaire ou d'une sentence arbitrale déjà prononcée... Les réflexions qui suivent se limiteront toutefois aux seules injonctions prononcées au soutien des clauses attributives de juridiction.

2. D'une façon générale, ces mécanismes injonctifs destinés à façonner le comportement des justiciables pour les contraindre à saisir un juge plutôt qu'un autre suscitent, dans les pays européens continentaux en général et en France en particulier, un intérêt teinté de méfiance. Cette méfiance doit cependant être réévaluée à l'aune

¹ V. pour une présentation générale de la mesure, ses usages et les sanctions qui la soutiennent : G.A BERMANN, « The use of anti suit injunction in international litigation », *Columbia Journal of Transnational Law*, volume 28, 1990, p. 630 ; S. CLAVEL, « *Anti suit injunctions* et arbitrage », *Rev. arb.* 2001. 669 ; E. GAILLARD, « Il est interdit d'interdire : Réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2004. p. 47 ; S. BOLLEE, « Quelques remarques sur les injonctions anti-suit visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The Front Comor* de la Chambre des Lords) », *Rev. arb.* 2007. 223 ; M.-L. NIBOYET, « Le principe de confiance mutuelle et les injonctions anti-suit », dans P. DE VAREILLES-SOMMIERES (dir), *Forum shopping in the European Judicial Area*, Hart Publish., 2007, p. 77.

d'un principe de réalisme. Il est de l'intérêt du commerce international que les opérateurs qui sont convenus d'une clause de procédure puissent voir leurs légitimes prévisions réalisées, et qu'ils le puissent dans le respect d'une logique d'économie procédurale, sans devoir défendre à grands frais à des saisines juridictionnelles illégitimes, et le plus souvent vouées à l'échec, formées devant un juge dont ils ont pourtant exclu la compétence. Les injonctions *anti suit* permettent cela. Il est de l'intérêt des États souverains, dans un contexte de concurrence juridictionnelle accrue, de pouvoir offrir à ces opérateurs optant pour leurs tribunaux un for solide et fiable, où leurs litiges pourront être réglés sans avoir à craindre les interférences d'ordres juridiques étrangers au bénéfice de saisines concurrentes. Les injonctions *anti suit* permettent cela.

3. Il n'est donc guère étonnant que les injonctions *anti suit*, nonobstant leur réputation sulfureuse construite sur fond de violation de la souveraineté étatique, soient aujourd'hui l'objet d'un processus de légitimation, au moins lorsqu'elles sont prononcées au soutien des clauses attributives de juridiction. C'est ce processus de légitimation progressive qui sera ici envisagé, de façon tant rétrospective que prospective, le débat étant partiellement renouvelé par l'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for (ci-après convention « Élection de for »). Cependant, cette légitimité nouvelle se traduit à ce jour essentiellement de façon indirecte, au stade de la reconnaissance des mesures prononcées à l'étranger au soutien des clauses d'élection de for. Il est permis de se demander s'il ne convient pas désormais d'aller plus loin, en admettant que les injonctions *anti-suit* sont un outil, nécessaire à la protection des droits que les parties tiennent de la clause attributive de juridiction, dont nos juges doivent s'emparer.

4. Telles sont les questions de fond qui seront abordées, au travers de l'examen du processus de légitimation des injonctions *anti suit*, prononcées au soutien des clauses attributives de juridiction, en droit français (I) et en droit supranational (II).

I. Légitimation des injonctions prononcées au soutien des clauses attributives de juridiction en droit français

5. La position du droit français à l'égard des injonctions *anti suit* prononcées au soutien des clauses attributives de juridiction a tout d'abord été celle d'une défiance affirmée ; mais la défiance semble avoir fait place à la tolérance (A), celle-ci restant néanmoins soumise à des limites strictes (B).

A- De la défiance à la tolérance

6. C'est avec tout le fracas d'un *obiter dictum* que rien n'imposait que la Cour de cassation française s'est, dans l'arrêt *Stolzenberg*², prononcée contre les injonctions *anti-suit*. Alors qu'elle était saisie de la reconnaissance d'une injonction *Mareva* en France, la Première chambre civile a conclu que rien ne s'opposait à cette

² Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2004, *Stolzenberg*, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 815, note H. MUIR WATT; *JDI* 2005. 112, note G. CUNIBERTI.

reconnaissance, ladite injonction n'étant pas contraire à l'ordre public international. Mais pour ce faire, elle a écorné au passage l'injonction *anti suit*, prise comme contre-exemple :

cette interdiction [l'injonction Mareva] faite à la personne du débiteur de disposer en tout lieu de ses biens, dans la mesure où il s'agit de préserver les droits légitimes du créancier, ne saurait porter atteinte à un droit fondamental du débiteur, ni même indirectement, à une prérogative de souveraineté étrangère et, notamment, n'affecte pas, à la différence des injonctions dites "anti-suit", la compétence juridictionnelle de l'État requis.

7. Si cette décision vise de façon générale les injonctions *anti suit*, sans distinguer selon qu'elles sont prononcées ou non en lien avec une clause attributive de juridiction, elle n'en semble pas moins sceller définitivement le sort de ces mesures considérées comme portant atteinte, même indirectement, à une prérogative de souveraineté étatique en ce qu'elles affectent la compétence juridictionnelle d'un tribunal étranger. On voit mal en effet, si tel est leur vice, que l'existence d'une clause attributive de juridiction puisse les en purger. La validité et l'opposabilité des clauses attributives de juridiction sont soumises à des règles qui varient d'un ordre juridique à un autre ; une clause jugée valide aux États-Unis peut être considérée comme invalide en France. Il devrait donc revenir au seul juge français de déterminer si une telle clause, qui affecte directement l'exercice de sa compétence internationale, peut ou non produire des effets en France et notamment interdire aux parties de le saisir ; et ce sans qu'un juge étranger ne prétende lui imposer, en faisant pression sur les parties, le point de vue qu'il a lui-même porté, en application de ses propres règles, sur ladite clause. C'est bien le sens de l'arrêt *Stolzenberg* : ce qui est inacceptable, c'est que l'injonction soit utilisée pour priver, indirectement, le juge français de la prérogative souveraine d'apprécier sa propre compétence³. La messe semblait dite.

8. Cinq ans plus tard, la Première chambre civile choisissait toutefois d'infléchir⁴ significativement sa position dans un arrêt *In Zone*, en réservant un sort plus favorable aux injonctions prononcées au soutien d'une clause attributive de juridiction, « hors champ d'application de conventions ou du droit communautaire ». Même ainsi circonscrite dans un domaine restreint (1), l'affirmation de la conformité des injonctions *anti suit* à l'ordre public international français conduit à interroger ses fondements (2).

1) Domaine de la tolérance

9. Dans l'affaire *In Zone*, une injonction *anti suit* avait été prononcée par un juge de l'État de Géorgie (États-Unis) contre un distributeur ayant saisi le tribunal de commerce de Nanterre en réparation de divers préjudices résultant de la résiliation de

3 S. CLAVEL, *Le pouvoir d'injonction extraterritoriale des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, thèse Paris I, 1999, n° 391 et s., p. 298 et s.

4 Cass. 1^{re} civ., 14 octobre 2009, *In Zone Brand*, D. 2010. 177, note S. BOLLEE, *JDI* 2010. 146, note S. CLAVEL, *Rev. crit. DIP* 2010. 158, note H. MUIR WATT.

son contrat par le fournisseur américain. Cette saisine intervenait en violation de la clause attributive de juridiction aux tribunaux de l'État de Géorgie, insérée dans le contrat de distribution. L'injonction *anti suit* constituait donc une mesure au soutien de l'efficacité de la clause. Les juridictions françaises se trouvaient saisies d'une demande d'exequatur de cette injonction, dans la perspective de faire obstacle à la poursuite de la procédure substantielle française.

10. Interrogée sur la conformité de l'injonction *anti suit* à l'ordre public international français, la Cour de cassation conclut que :

N'est pas contraire à l'ordre public international l'« anti suit injonction » dont, hors du champ d'application de conventions ou du droit communautaire, l'objet consiste seulement à sanctionner la violation d'une obligation contractuelle préexistante, telle une clause attributive de juridiction.

11. La conformité à l'ordre public est donc reconnue pour les seules injonctions prononcées « au soutien des obligations contractuelles ». La Cour de cassation relève en effet que le juge géorgien avait eu, en prononçant l'injonction, « pour finalité de faire respecter la convention attributive de compétence souscrite par les parties ».

12. Le raisonnement adopté par la Cour, consistant à distinguer les injonctions *anti suit* prononcées au soutien des clauses de procédure des mesures du même type émises en l'absence de clause, n'est pas nouveau. Une partie de la doctrine française l'avait

⁵ déjà proposé, faisant valoir que l'injonction *anti suit* constitue moins, dans une telle hypothèse, une prétention à régler la compétence étrangère, contestable sur le plan du respect de la souveraineté, qu'une simple mesure d'exécution en nature d'une obligation contractuelle. S'il n'est pas inédit, ce raisonnement surprend toutefois sous la plume de la Première chambre civile, en ce qu'il paraît difficilement conciliable avec celui adopté cinq ans plus tôt dans l'arrêt *Stolzenberg*. En effet l'argument contractualiste ne suffit pas à renverser totalement l'appréciation aux termes de laquelle une injonction *anti suit* constitue une « atteinte à la souveraineté étatique », et il faut donc s'interroger plus longuement sur les fondements juridiques autorisant à valider l'injonction *anti suit* au regard de l'ordre public international, dans un tel contexte.

2) Fondements de la tolérance

13. L'évolution de la position de la Cour de cassation peut s'expliquer par un raisonnement en deux temps.

14. Le premier temps du raisonnement conduit à s'interroger sur la nature juridique des règles de droit international public organisant les relations entre deux États souverains. Certains États, dont la France, considèrent certes que le droit international

⁶ public coutumier et la courtoisie internationale s'opposent au moins théoriquement au

5 S. BOLLEE, « Quelques remarques... », préc., spéc. n° 6 et 8 ; S. CLAVEL, « Anti-suit injonctions et arbitrage », préc., spéc. 678 ; mais *contra* : R. CARRIER, « *Anti-suit injonctions* : réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage », *D.* 2005. p. 2712 ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008, n° 527 et s.).

6 R. FENTIMAN, « Comity and Antisuit injunctions », *The Cambridge Law Journal*, 1998, p. 467 ; G. SWANSON, « The vexatiousness of a vexation rule : International Comity and anti suit injunctions », *Geo. Wash. J. Int'l L. & Econo.*, vol 30 [1996] 1.

prononcé d'une injonction *anti suit*. La prétention unilatérale d'un juge étatique à régler même indirectement la compétence internationale des juges d'un autre État est difficilement compatible avec la règle internationale voulant que chaque État détermine souverainement la compétence internationale de ses juges. Pour autant, les règles de droit international public coutumier dont l'objet est d'organiser les compétences étatiques ne relèvent pas du *jus cogens*. Non impératives pour les États, elles peuvent faire l'objet de dérogations conventionnelles consenties entre États. Dès lors, un État peut juger que sa souveraineté n'est pas heurtée par une injonction *anti suit* émise par un juge étranger. En acceptant de reconnaître et d'exécuter cette injonction dans son ordre juridique, comme l'a fait la Cour de cassation dans l'arrêt *In Zone*, l'État d'accueil décide *souverainement* de consentir à la dérogation à la règle de droit international public, induite par l'émission de l'injonction par l'État d'origine. Mais pour être admise, cette dérogation qui touche une prérogative étatique significative doit être justifiée par des motifs puissants.

15. Le second temps du raisonnement conduit alors à rechercher si des motifs convaincants existent, suffisants pour conduire la France à accepter une dérogation – laquelle reste indirecte - à la compétence exclusive de ses tribunaux nationaux pour apprécier leur propre compétence. Or cette justification existe en présence d'une clause attributive de juridiction donnant compétence aux juridictions d'un État tiers. La reconnaissance des clauses attributives de juridiction constitue déjà, de la part des États, une forme de renonciation à l'exercice de leur compétence internationale de juridiction : par ces clauses, des parties privées conviennent de soustraire des litiges à la compétence internationale de certains juges, alors même que ceux-ci sont internationalement compétents ; ou au contraire de confier le règlement d'un litige à des juges qui sont, en application de leurs propres règles de compétence, incompétents pour en connaître. En validant les accords d'élection de for dans certains domaines, les États acceptent donc le principe de *disponibilité* de leurs règles de compétence internationale dans ces domaines. De là, il n'y a qu'un pas à franchir pour considérer que l'atteinte portée à la souveraineté étatique par l'État émetteur de l'injonction *anti suit* n'est pas si grande. Par l'injonction, cet État se borne à ordonner l'exécution forcée de l'obligation contractuelle souscrite par les parties à l'accord d'élection de for, dans le cadre de la marge de liberté qui leur est offerte par l'État dont la compétence juridictionnelle est éludée. L'intérêt des parties, et au-delà l'intérêt du commerce international et donc de la communauté des États, postule que l'effectivité des clauses attributives de juridiction soit garantie par tous moyens, en ce compris l'injonction *anti suit*. Néanmoins, cette tolérance connaît des limites.

B- Des limites à la tolérance

16. La tolérance à l'égard des injonctions *anti suit* prononcées à l'étranger au soutien des clauses attributives de juridiction est soumise, en France, à deux types de limites, tenant au respect de la souveraineté de l'État (1), d'une part, et à la protection des droits fondamentaux des parties (2), d'autre part.

1) Respect de la souveraineté de l'État

17. Même si comme État d'accueil, la France est prête à professer une certaine tolérance à l'endroit des injonctions émises au soutien des clauses attributives de juridiction, l'injonction *anti suit* ne pourra pas être systématiquement admise. Elle doit

respecter la souveraineté étatique, ce qui implique au minimum le respect de deux conditions.

18. Tout d'abord, l'injonction ne doit pas constituer une atteinte *directe* à la souveraineté étatique. À cet égard, on peut regarder comme un principe fondamental l'exigence que l'injonction s'adresse *aux parties*, et non directement au juge étranger. C'est à cette seule condition que l'argument tiré de la violation de la souveraineté étrangère peut être atténué car cette violation n'est qu'« indirecte ». Or l'examen de la jurisprudence révèle que cette condition n'est pas toujours respectée, surtout par les ordres juridiques dans lesquels la mesure a été tardivement acclimatée. La Cour de cassation française a ainsi eu à connaître d'une affaire dans laquelle était demandé l'exequatur d'un jugement prononcé par le tribunal de commerce de Madrid, faisant injonction au tribunal de commerce de Paris « de laisser sans effet la mesure conservatoire » adoptée par lui, et la convocation adressée aux parties pour débattre de cette mesure. L'injonction espagnole constituait donc à la fois une injonction *anti enforcement*, et une injonction *anti suit*. Mais sa particularité, c'était d'être dirigée directement contre le juge français, plutôt que d'être adressée aux parties comme c'est l'usage. Une telle violation directe du principe de souveraineté étatique, et des principes de la courtoisie internationale, n'est pas acceptable. La défense invoquait donc, légitimement, l'atteinte à la souveraineté française et la violation de l'ordre public international français et européen, ce qui avait convaincu la cour d'appel de Paris de

⁷
refuser l'exequatur. Si la Cour de cassation censure néanmoins, c'est aux motifs que l'injonction a été déclarée contraire au règlement 44/2001 (*Bruxelles I bis*), alors que le juge madrilène agissait en application du règlement *Insolvabilité* (1346/2000) qui rend le règlement *Bruxelles I bis* inapplicable. Il n'en résulte pas moins, sans l'ombre d'un doute, que cette injonction contrariait l'ordre public international. Ce raisonnement doit être rapproché de celui ayant cours en matière d'arbitrage international, où les juges français s'abstiennent strictement d'adresser de telles injonctions *anti suit* aux arbitres, parce qu'ils sont des juges, et ce même s'ils ne jugent pas au nom d'un État souverain : « Le tribunal arbitral éta(n)t une juridiction internationale autonome », « il n'entr[e] pas dans les pouvoirs du juge étatique français d'intervenir dans le déroulement d'une instance arbitrale internationale » pour faire

⁸
interdiction aux arbitres de poursuivre leur mission .

19. Ensuite, l'injonction ne devrait logiquement être admise que si elle intervient au soutien d'une clause attributive de juridiction ne portant pas atteinte à une compétence impérative des juridictions françaises. On l'a dit, il faut sans doute voir dans la tolérance à l'égard des injonctions *anti suit* prononcées au soutien des clauses attributives de juridiction un prolongement de l'acceptation de ces clauses, en ce qu'elles constituent des dérogations à l'application des règles de compétence étatiques, par les États. Mais alors les injonctions ne sauraient être admises que lorsqu'elles interviennent au soutien d'accords d'élection de for compatibles avec le droit de l'État dont la compétence est éludée. La distinction qu'opère la doctrine, entre licéité et validité des clauses

7 Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 2016, n° 15-14.664.

8 Cass. 1^{re} civ., 12 octobre 2011, *Elf Aquitaine*, n° 11-11058, *Bull. civ.*, I n° 163.

attributives de juridiction, prend ici tout son sens. En reconnaissant une injonction *anti suit* prononcée par un tribunal étranger au soutien d'une clause attributive de juridiction, les juridictions françaises renoncent à statuer sur les conditions de *validité* de la clause. C'est d'ailleurs ce qui devrait conduire à ne reconnaître les injonctions

anti suit que lorsqu'elles émanent ¹⁰ du tribunal élu : le point de vue du juge élu sur la validité de la clause mérite de l'emporter sur tout autre, car c'est celui sur lequel les parties se sont fondées pour dessiner leur clause ¹¹.

En revanche, les juges français ne sauraient renoncer à statuer sur la *licéité* de la clause ¹², c'est-à-dire sur le principe même de l'acceptabilité de la dérogation portée à leur compétence internationale. L'accueil d'une injonction *anti suit* devrait donc toujours rester soumis au contrôle de licéité de la clause au soutien de laquelle elle est prononcée.

2) Protection des droits fondamentaux des parties

20. Une seconde limite à l'admission des injonctions *anti suit* tient à la protection des droits fondamentaux des parties. Dans l'affaire *In Zone*, le pourvoi invitait expressément la Cour de cassation sur ce terrain, en faisant valoir que l'injonction ne pouvait recevoir l'exequatur car elle contrariait le droit d'accès au juge, consacré par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Pour la Cour de cassation toutefois, l'injonction ne prive nullement son destinataire du droit d'accès au juge ; elle lui impose seulement de porter sa demande devant le juge qu'il a pris l'engagement contractuel de saisir de préférence

¹³ à tout autre. Les tribunaux anglais avaient déjà adopté un tel raisonnement. Le droit d'accéder à un juge ne s'entend pas du droit d'accéder à *tout* juge de son choix, et ce d'autant moins lorsque ce choix a déjà été opéré en amont et que le plaideur entend

¹⁴ seulement le remettre en cause *a posteriori*. Aucune violation d'un droit fondamental n'est donc constituée pour la seule raison qu'une partie est empêchée de saisir un autre juge que celui désigné par la clause attributive de juridiction.

21. Il ne faut toutefois pas occulter que l'injonction peut, pour d'autres raisons, parce qu'elle se conjugue avec d'autres éléments, contribuer à priver une partie de son droit au recours effectif. La vérification *in concreto* du respect de ce droit s'impose donc. On ne manquera pas de relever, à cet égard, que dans l'affaire *In Zone* les juges d'appel avaient pris soin de constater que le distributeur ne justifiait d'aucun obstacle financier de nature à établir qu'il ne pouvait effectivement saisir, ou défendre devant, le juge élu. Et la question se pose dès lors de savoir quelle attitude devrait être adoptée dans l'hypothèse où le souscripteur d'une clause attributive de juridiction établirait son incapacité à défendre devant le juge élu, pour des raisons financières notamment.

9 S. CLAVEL, *Droit international privé*, « Hypercours » Dalloz, 5^e éd., 2018, n° 356 et s. ; P. MAYER, V. HEUZE, B. Remy, *Droit international privé*, 12^e éd., 2019, n° 312 et 313 ; M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 6^e éd. 2017, n° 426.

10 S. CLAVEL, note préc. sous l'arrêt *In Zone*, spéc. p. 154.

11 V. *supra* la contribution de S. BOLLEE, « Le refus d'accueillir la décision d'un juge non élu ».

12 S. CLAVEL, note préc. sous l'arrêt *In Zone*, spéc. p. 153.

13 Commercial Court, 27 octobre 2000, *Navire « The Kribi »*, *Lloyd's Law Reports* [2001] vol.1, p. 76.

14 *Contra* : R. CARRIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

22. L'idée que l'effectivité d'une clause attributive de juridiction puisse se trouver limitée par le droit au recours juridictionnel effectif¹⁵ est accréditée par la Convention de La Haye « Élection de for ». L'article 6 de la convention prévoit qu'une juridiction, dont la compétence est exclue par une clause attribuant compétence à un autre juge, peut refuser de se dessaisir au profit de la juridiction élue lorsque ce dessaisissement conduirait à une « injustice manifeste »¹⁶. Le rapport explicatif Hartley-Dogauchy¹⁷ éclaire le sens de cette formule :

*L'expression « injustice manifeste » recouvrirait la situation exceptionnelle dans laquelle l'une des parties ne pourrait obtenir un procès équitable dans l'État étranger, éventuellement pour cause de partialité ou corruption, ou lorsqu'il existe d'autres motifs particuliers tenant à cette partie lui interdisant d'engager une procédure ou de se défendre dans une procédure devant le tribunal élu*¹⁸.

23. La jurisprudence est loin d'être insensible à cette approche. Elle le manifeste, en matière d'arbitrage international, par son évolution concernant le sort des parties impécunieuses¹⁹. Les juges français n'ont certes pas (encore) été jusqu'à neutraliser la clause d'arbitrage lorsque la partie, devenue impécunieuse, éprouve des difficultés à participer à l'arbitrage. Ils ont néanmoins marqué leur souci de voir le droit d'accès au juge de cette partie impécunieuse garanti par l'arbitre²⁰. Mais le positionnement de la jurisprudence au regard du droit d'accès au juge est surtout manifeste si l'on envisage les effets des clauses attributives de juridiction dans les contrats internationaux de

15 Sur cette question d'ensemble, v. : S. CLAVEL, « Protection juridictionnelle effective et règles de droit international privé », *JDI* 2019 (n° 3), Doctr. 7, p. 695.

16 V. la contribution de L. PAILLER, « Les clauses d'élection de for à l'épreuve des droits fondamentaux ».

17 T. HARTLEY, M. DOGAUCHI, *Rapport explicatif de la convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for* (ci-après, Rapport Hartley-Dogauchy), n° 1 [rapport accessible sur <https://www.hcch.net/fr/publications-and-studies/details4/?pid=3959>, consulté le 13 juil. 2020]

18 Rapport Hartely-Dogauchy, § 152.

19 V. M. DE FONTMICHEL, « L'équilibre contractuel des clauses relatives au litige », *JCP G.* 2019. Doctr. 583.

20 Cass. 1^{re} civ., 1er février 2005, *Nioc*, n° 01-13742, 02-15237 : « Attendu que l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice » ; Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, *Pirelli*, n° 11-27.770 : le refus par le tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles du défendeur impécunieux (qui n'a pas réglé les frais de l'arbitrage) peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, lorsque ces demandes sont indissociables des demandes principales ; cour d'appel de Paris, pôle 1, ch. 1, 26 février 2013, *Lola Fleurs*, RG n° 12/12953 : l'impécuniosité du plaideur lié par une clause compromissoire ne justifie pas la compétence du juge étatique, la clause produisant toujours son plein effet et que, par conséquence, c'est l'arbitre qui est tenu lui-même de garantir au plaideur impécunieux l'accès au juge.

21

consommation . À cet égard, l'arrêt *Facebook* de la cour d'appel de Paris²¹ est significatif, puisque le juge français invalide la clause attributive de juridiction insérée dans les CGV de la société californienne, qui oblige le souscripteur « à saisir une juridiction particulièrement lointaine et à engager des frais sans aucune proportion avec l'enjeu économique du contrat souscrit pour des besoins personnels ou familiaux ». Pour la Cour :

les difficultés pratiques et le coût d'accès aux juridictions californiennes sont de nature à dissuader le consommateur d'exercer toute action contre Facebook, alors « qu'à l'inverse, cette dernière a une agence en France et dispose de ressources financières et humaines qui lui permettent d'assurer sans difficulté sa représentation et sa défense devant les juridictions françaises.

La Cour en déduit que la clause a « pour effet de créer une entrave sérieuse pour un utilisateur français à l'exercice de son action en justice ».

24. Appliquée à l'injonction *anti suit* prononcée au soutien d'une telle clause attributive de juridiction, cette logique devrait nécessairement conduire à refuser de reconnaître l'injonction *anti suit* au même titre que la clause. Cette approche de l'injonction *anti suit* au prisme des droits fondamentaux conduit à envisager l'incidence du droit conventionnel et du droit européen, dont la Cour de cassation a expressément réservé l'application dans l'arrêt *In Zone*.

II. Légitimation des injonctions prononcées au soutien des clauses attributives de juridiction en droit supranational

25. En droit supranational, la légitimité des injonctions *anti suit* prononcées au soutien des clauses attributives de juridictions apparaît de prime abord fragilisée par la prohibition qu'institue le droit de l'Union européenne. Pour les situations intra-européennes, les solutions sont désormais bien acquises et il n'apparaît pas utile de s'y arrêter longuement²³. Il ressort des arrêts *Turner*²⁴ et *West Tankers*²⁵ que l'injonction

21

Cette question du droit au recours juridictionnel effectif du consommateur se pose également à propos des clauses compromissaires (S. CLAVEL, « Protection juridictionnelle effective... », art. préc., n°13 et n°20 s.), ainsi que l'a récemment confirmé la Cour de cassation dans son très remarqué arrêt *PWC* (Civ. 1re, 30 sept. 2020, n° 18-19.241, *Bull. civ. I* ; *D.* 2020. 1949, 2484, obs. Th. CLAY, et 2501, note D. MOURALIS ; *AJ contrat* 2020. 485, obs. D. MAINGUY ; *JDI* 2020. 1327, note E. GAILLARD ; *JCP* 2020. 1311, note M. de FONTMICHEL ; *Gaz. Pal.* 24 nov. 2020, n° 391e5, p. 27, note S. BOLLEE ; *LPA* 21 déc. 2020, n° 157q4, p. 7, note S. AKHOUD-BARRIGA ; *D. actu.* 19 oct. 2020, obs. J. JOURDAN-MARQUES).

22 CA Paris, 12 févr. 2016, n° 15/08624, *JurisData* n° 2016-002888 ; *D.* 2016. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON, *RTDCiv.*, 2016. 310, obs. L. USUNIER ; v. *supra* la contribution de F. JAULT-SESEKE, « Élection de for et protection des données personnelles ».

23 V. la contribution de R. NAZZINI, « Les mécanismes injonctifs protecteurs de l'autorité juridictionnelle élue. Point de vue anglais ».

24 CJCE, 27 avril 2004, *Turner*, aff. C-159/02, *Rev. Crit. DIP*, 654, note H. MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* Janv.-fév. 2005, somm. 399, obs. M.-L. NIBOYET.

25 CJCE, 10 février 2009, *West Tankers*, aff. C-185/07, *Rev. Crit. DIP* 2009. 373, note H. MUIR WATT, *LPA* 16 mars 2009, n° 53, p. 14, note S. CLAVEL ; *Rev. Arb.* 2009, p. 413, note S. BOLLEE ; C. KESSEDJIAN, « Arbitrage et droit européen : une désunion irrémédiable ? », *D.* 2009. 983 ; L. IDOT, « Arbitrage et "anti suit injonctions" », *Europe* 2009, Avril Comm. n° 176, p. 32.

anti suit, même venant au soutien d'une clause de procédure, est prohibée dans les relations entre États membres : elle ne peut être ni prononcée, ni reconnue. Pour la Cour de justice :

L'adoption, par une juridiction d'un État membre, d'une injonction visant à interdire à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure devant les juridictions d'un autre État membre, au motif qu'une telle procédure serait contraire à une convention d'arbitrage, est incompatible avec le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en
²⁶
matière civile et commerciale .

26. Pour parvenir à cette conclusion, la CJCE s'est fondée sur le principe de confiance mutuelle entre États membres²⁷, ce qui rend la solution édictée par l'arrêt *West Tankers* pour les clauses d'arbitrage²⁸ transposable, de plus fort, aux clauses attributives de juridiction. Car contrairement aux clauses d'arbitrage, les clauses attributives de juridiction sont directement réglementées par les instruments européens. La confiance mutuelle impose de considérer que les juridictions de chaque État membre appliquent convenablement la réglementation européenne, en sorte que leur décision de constater l'invalidité ou l'inapplicabilité d'une clause attributive de juridiction est nécessairement conforme au droit européen. Dès lors, l'injonction *anti suit* ne peut être admise en ce qu'elle est perçue comme un outil mis en œuvre, par la juridiction d'un État membre, pour imposer sa propre appréciation de la validité ou de l'applicabilité de la clause – donc de la mise en œuvre de la règle de droit européenne – à un autre État membre. Pourtant, il faut le souligner, cette appréhension de l'injonction *anti suit* et de sa finalité ne s'impose pas nécessairement. Le plus souvent, l'injonction est émise avant que le juge saisi ne se prononce sur la clause et sur sa compétence, parfois même avant que ce juge ne soit effectivement saisi. Elle est alors essentiellement un outil d'économie procédurale, en ce qu'elle tend à éviter à une partie à un accord d'élection de for la charge financière, juridique et logistique d'aller défendre, sur la compétence, devant une juridiction exclue. Selon cette approche, le principe de confiance mutuelle pourrait même être perçu comme renforçant la légitimité de l'injonction, puisque si tous les États membres respectent et appliquent convenablement le droit de l'Union, la décision prise par le tribunal émetteur de l'injonction quant à la validité et à l'applicabilité de la clause ne peut pas être fondamentalement différente de celle qui serait prise par le juge saisi en violation de cette clause. Ce n'est toutefois pas le raisonnement adopté par la Cour de justice.

26 Arrêt *West Tankers*, préc.

27 V. sur la question : M.-L. NIBOYET, « Le principe de confiance mutuelle et les injonctions anti suit », art. préc. note 1.

28 Le sort de la prohibition des injonctions *anti suit* prononcées au soutien des clauses d'arbitrage est en revanche désormais discuté, compte-tenu des modifications apportées au règlement Bruxelles I bis pour renforcer l'étanchéité avec l'arbitrage. Sur la question, v. not. S. MENETREY, « Quelle place pour l'arbitrage au sein du marché européen de la justice ? », *Revue internationale de droit économique*, 2015/4 (t. XXIX), p. 441-450, URL : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2015-4-page-441.htm> (consulté le 20 juillet 2020).

27. En dehors du contexte très particulier de l'Union européenne, les injonctions *anti suit* ne rencontrent cependant pas nécessairement la même hostilité. En particulier, leur compatibilité avec la convention de La Haye « Élection de for » désormais entrée en vigueur paraît pouvoir être admise²⁹. On envisagera les justifications d'une telle légitimation dans ce contexte (A), avant d'en analyser les conséquences (B).

A- Justifications de la légitimation

28. La convention de La Haye « Élection de for » pose des règles communes en vue d'assurer l'efficacité des clauses d'élection de for conclues entre les parties à des opérations commerciales internationales. Pour parvenir à cet objectif, la convention s'appuie sur trois règles fondamentales : 1) Le tribunal élu est compétent ; 2) tout autre tribunal doit refuser de connaître du litige ; 3) les jugements rendus par le juge élu sont en principe reconnus et exécutés dans les autres États contractants.

29. C'est donc une logique de discipline des juridictions qui sous-tend le dispositif institué par la convention : un juge saisi en violation d'une clause attributive de juridiction devra spontanément refuser d'exercer la compétence internationale, au profit du juge élu. Le système est très proche, dans son fonctionnement, de celui institué par le règlement Bruxelles I bis en droit de l'Union européenne. Dès lors, il est légitime de se demander si la prohibition des injonctions *anti suit*, consacrée dans le contexte européen, ne s'impose pas aussi dans le contexte conventionnel. Cette question est d'autant plus pertinente que la CJUE dispose du pouvoir d'interpréter la convention de La Haye pour le compte des États membres de l'Union, en application de l'article 267 du TFUE. Il faudra donc, après avoir démontré que la convention de La Haye autorise vraisemblablement l'usage des injonctions *anti suit* au soutien des clauses (1), s'interroger sur les interférences susceptibles de se produire, à propos d'un tel usage, entre droit conventionnel et droit de l'Union (2).

1) Compatibilité des injonctions *anti suit* avec le dispositif conventionnel

30. Trois principaux arguments autorisent à considérer que la convention de La Haye n'interdit pas d'user des injonctions *anti suit* au soutien des clauses attributives de juridiction qu'elle régit.

31. Le premier est téléologique. La finalité de la convention est « de rendre les accords d'élection de for aussi efficaces que possible³⁰ ». Or les injonctions *anti suit*, utilisées au soutien des clauses attributives de juridiction, constituent incontestablement un outil au service de leur efficacité. Elles sont donc conformes aux objectifs de la convention.

32. Le second argument est politique. On l'a vu, c'est le principe de confiance mutuelle qui a conduit la Cour de justice à refuser l'usage des injonctions *anti suit* entre États membres de l'Union européenne. Mais le principe de confiance mutuelle a-t-il sa place dans le contexte conventionnel ? Il faut ici s'arrêter un moment sur le sens et la

29 S. CLAVEL, note sous l'arrêt *In Zone*, *JDI* 2010. 146, spéc. p. 152 ; M. AHMED, P. BEAUMONT, «Exclusive choice of court agreements: some issues on the Hague Convention on Choice of Court Agreements and its relationship with the Brussels I Recast especially anti-suit injunctions, concurrent proceedings and the implications of BREXIT», *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, 386, disponible sur SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.vm?abstract_id=2824703 (consulté le 13 juil. 2020).

30 Rapport Hartley-Dogauchy, préc., n° 1.

raison d'être du principe de confiance mutuelle qui, sans être défini par les traités européens, a été progressivement circonscrit par la CJUE. Dans l'avis 2/13 qu'elle a rendu à propos de l'adhésion de l'Union européenne à la Conv. EDH³¹, la CJUE a souligné que l'Union européenne :

[...] repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de

l'Union qui les met en œuvre .³²

L'une des conséquences concrètes de cette prémisse est qu'elle

[...] impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux

reconnus par ce droit .³³

33. Or si la confiance mutuelle existe entre États membres de l'Union européenne, c'est non seulement parce qu'elle est fondée sur des valeurs partagées, mais aussi et surtout parce que ce partage de valeurs est organisé et garanti par une construction juridique complexe, dont résultent à la fois une soumission à des règles communes, et un mécanisme de contrôle politique et juridique contraignant.

34. Rien de tout cela n'existe dans le contexte conventionnel. Il ne saurait donc y avoir de principe de confiance mutuelle entre États contractants ; tout au plus certains auteurs voient-ils dans l'adhésion à la convention la manifestation d'une confiance

mutuelle relative ou partielle³⁴, dont la vigueur est, en tout état de cause, insuffisante à désactiver les outils processuels nationaux, au moins lorsqu'ils sont conformes aux objectifs de la convention. On ne saurait donc, dans le contexte conventionnel, exciper du principe de confiance mutuelle pour interdire aux États contractants d'user des injonctions *anti suit* dans leurs relations.

35. Le troisième argument en faveur des injonctions *anti suit* est textuel. Certes, la convention « Élection de for » n'autorise pas littéralement les injonctions *anti suit*, pas plus qu'elle ne les prohibe. Mais l'article 7 de la convention sur les mesures provisoires et conservatoires précise :

Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas régies par la présente Convention. Celle-ci n'exige ni n'empêche l'octroi, le rejet ou la levée des

31 Avis 2/13 de la CJUE (Assemblée plénière) du 18 décembre 2014, relatif au projet d'accord international portant adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

32 Avis 2/13, préc., § 168.

33 Avis 2/13, préc., § 191.

34 M. AHMED, P. BEAUMONT, art. préc., p. 11-12 (version SSRN).

*mesures provisoires et conservatoires par un tribunal d'un État contractant.
Elle n'affecte pas la possibilité pour une partie de demander de telles
mesures, ni la faculté du tribunal d'accorder, de rejeter ou de lever de telles
mesures.*

36. Ainsi, le tribunal qui prononce des mesures provisoires et conservatoires le fait en application de son propre droit. Or les injonctions *anti suit* sont des mesures provisoires et conservatoires au sens de ce texte. Il est donc permis de déduire de l'article 7 que les juges qui disposent, en vertu de leur droit national, du pouvoir de prononcer des injonctions *anti suit*, peuvent le faire au soutien des clauses attributives de juridiction couvertes par la convention de La Haye. En ce sens, on renverra aux observations du professeur Paul Beaumont, qui a participé aux négociations de la convention « Élection de for » au titre de la délégation du Royaume-Uni, et qui souligne l'existence d'un consensus entre les délégations en faveur de l'usage des injonctions *anti suit*, comme mesures provisoires, au soutien des clauses attributives de juridiction³⁵. Le professeur Beaumont rappelle également que, si la version finale du Rapport explicatif de la convention ne mentionne pas les injonctions *anti suit*, il en allait différemment de versions antérieures, qui visaient ces injonctions au nombre des mesures provisoires et conservatoires pouvant être prononcées en application de l'article 7³⁶.

37. En définitive, il existe des justifications suffisamment sérieuses pour considérer que les injonctions *anti suit* peuvent être valablement utilisées dans le contexte conventionnel. On ne peut toutefois exclure que le droit de l'Union européenne ne vienne interférer dans le fonctionnement de la convention, compte-tenu du pouvoir d'interprétation dont se trouve investie la CJUE.

2) Interférences du droit de l'Union européenne

38. Différentes configurations factuelles peuvent se présenter, mais toutes n'emportent pas les mêmes difficultés de coordination entre droit de l'Union et droit conventionnel. On ne s'attardera pas sur l'hypothèse dans laquelle la convention de La Haye est applicable parce que la clause attributive de juridiction désigne les tribunaux d'un État contractant qui n'est pas un État membre, et que les parties sont établies dans deux États contractants tiers ou dans un État membre et un État tiers. Dans un tel cas de figure, en l'absence de toute problématique liée aux relations entre deux États membres, l'interférence du droit de l'Union devrait être minimale voire nulle et l'injonction *anti suit* au soutien de la clause, conformément à l'analyse présentée ci-dessus, devrait pouvoir être valablement émise.

35 M. AHMED, P. BEAUMONT, art. préc. p. 11-12 (version SSRN).

36 T.C. HARTLEY, M. DOGAUCHI, *Rapport explicatif sur l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for* (Doc. pré-l. n° 26 de décembre 2004), § 131, accessible sur <https://www.hcch.net/fr/publications-and-studies/details4/?pid=3512&dtid=35> (consulté le 13 juil. 2020) ; T.C. HARTLEY, M. DOGAUCHI, *Rapport explicatif sur l'avant-projet de convention sur les accords exclusifs d'élection de for* (Document préliminaire n° 25 de mars 2004 à l'intention de la Commission spéciale d'avril 2004 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale), § 101 et 102 (accessible sur https://assets.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd25e.pdf, consulté le 13 juil. 2020).

39. La situation qui génère une interférence potentielle du droit de l'Union est celle dans laquelle la clause donne compétence aux juridictions d'un État membre A, tandis que les parties sont respectivement établies l'une dans un État contractant tiers, l'autre dans un État membre B. La convention de La Haye est alors applicable, mais les relations entre deux États membres de l'Union européenne sont en cause. L'État membre A, dont le juge est élu, pourrait-il émettre une injonction *anti suit*, visant à interdire aux parties ou à l'une d'entre elles de saisir les juridictions de l'État membre B ?

40. D'un côté, la situation est indiscutablement régie par la convention de La Haye, ce qui devrait emporter possibilité d'émettre une injonction *anti suit*. De l'autre, la solution adoptée par la CJUE dans l'arrêt *Nipponkoa*³⁷ donne à penser que cette Cour sera peu encline à autoriser une remise en cause du principe de confiance mutuelle entre deux États membres, même en application d'une convention internationale. En effet aux termes de cet arrêt :

L'article 71 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une convention internationale soit interprétée d'une manière qui n'assure pas, dans des conditions au moins aussi favorables que celles prévues par ce règlement, le respect des objectifs et des principes qui sous-tendent ledit règlement.

41. Or le principe de confiance mutuelle sous-tend incontestablement les règlements *Bruxelles I* et *Bruxelles I bis*. Certes, l'objectif d'efficacité des clauses attributives de juridiction est aussi affiché par ces textes. Néanmoins le raisonnement adopté par la Cour dans l'arrêt *West Tankers*, ou encore dans l'arrêt *Gasser*³⁸, laisse à penser qu'entre l'objectif d'efficacité des clauses processuelles et le principe de confiance mutuelle, la Cour est plus encline à favoriser le second. On ne saurait donc raisonnablement exclure la perspective que la CJUE prohibe, dans le cadre de la convention de La Haye, une interprétation qui conduirait à valider l'usage d'une injonction *anti suit* au soutien d'une clause attributive de juridiction, entre deux États membres de l'Union européenne.

B- Conséquences de la légitimation

42. Dans un contexte conventionnel où l'usage des injonctions *anti suit*, prononcées conformément à la loi du for, serait légitimé, il importe d'explorer les conséquences de cette légitimation : conséquences techniques, d'une part, par la définition du régime de ces injonctions (1) ; conséquences politiques, ensuite, par la réflexion sur la pratique judiciaire française (2).

1) Les conséquences techniques de la légitimation des injonctions

37 CJUE, 19 déc. 2013, C-452/12, *RDC* 2014 p. 251, note E. TREPPOZ, *Europe* 2014 Février Com. n° 2 p. 51, note L. IDOT.

38 CJCE, 9 déc. 2003, *Gasser*, C-116/02, *D.* 2004, 1046, note Ch. BRUNEAU, *JDI* 2004, 641, note A. HUET, *Rev. crit. DIP* 2004. 444, note H. MUIR WATT.

43. Si la convention de La Haye devait être interprétée comme autorisant l'usage des injonctions *anti suit* au soutien des clauses attributives de juridiction, la question du régime de ces injonctions devrait alors se poser.

44. Au stade du prononcé de la mesure, l'article 7 de la convention semble fournir des indications suffisantes. La convention est essentiellement « non interventionniste ». Dès lors que la loi du for autorise celui-ci à prononcer une injonction, ce prononcé est envisageable : il n'est ni exigé, ni interdit par la convention. En particulier, la question majeure de la compétence internationale du tribunal prononçant l'injonction – doit-il s'agir nécessairement du juge élu, ou peut-il s'agir d'un juge exclu ? – n'est pas directement envisagée par la convention, et c'est donc là encore la loi du for qui devra la régler. Le tribunal émetteur devra simplement veiller à apprécier la validité de la clause d'élection de for, condition du prononcé de l'injonction, en application des règles conventionnelles.

45. La convention a cependant une incidence au moins indirecte sur le régime de l'injonction, et plus précisément sur la question de la compétence du tribunal émetteur. En effet, elle organise le régime de la reconnaissance et de l'exécution des décisions rendues par un tribunal désigné par une clause d'élection de for. Ainsi est-il permis de considérer qu'une injonction *anti suit* pourrait circuler en application de la convention de La Haye, à deux conditions : qu'elle devienne définitive ; et qu'elle ait été émise par

le tribunal élu, pour protéger sa propre compétence³⁹. Cette analyse est confirmée par le rapport Hartley-Dogauchi⁴⁰, qui expose :

Il va sans dire que le tribunal désigné par l'accord d'élection de for peut accorder toute mesure provisoire qu'il juge appropriée. Si une mesure provisoire – par exemple, une injonction – accordée par ce tribunal est ensuite pérennisée, elle devra recevoir exécution en vertu de la Convention dans les autres États contractants. Si elle n'est que temporaire, elle ne constituera pas un « jugement » au sens de l'article 4(1). En pareil cas, les tribunaux des autres États contractants pourraient lui donner exécution en vertu de leur droit national, mais ne seraient pas tenus de le faire en vertu de la Convention.

46. Toute injonction rendue par un tribunal autre que celui désigné par la clause ne pourrait donc bénéficier du régime de circulation favorable institué par la convention, et ne pourrait être reconnue et exécutée qu'en application du droit commun de l'État d'accueil. En France, l'arrêt *In Zone* a posé le principe d'une telle reconnaissance dans une affaire où l'injonction avait été émise *de facto* par le tribunal élu, mais sans que la Cour de cassation en fasse une condition *de jure*. On a exposé, cependant, les raisons

qui justifieraient à notre sens qu'une telle condition soit posée⁴¹. Il est également permis de s'interroger sur l'attitude qu'il conviendrait d'adopter dans l'instance directe.

39 En ce sens : M. AHMED, P. BEAUMONT, art. préc., p. 13 (version SSRN).

40 Rapport préc., § 162.

41 *Supra* n° 19.

2) Les conséquences politiques de la légitimation des injonctions

47. Accueillant – dans l’instance indirecte – à l’égard des injonctions *anti suit* prononcées par les juges étrangers au soutien des clauses attributives de juridiction, les juges français restent fort réticents à les utiliser dans l’instance directe. Pourtant, aujourd’hui, quatre types d’arguments – qu’il faudra toutefois confronter à un contre-argument – se conjuguent en faveur de l’utilisation de cet outil au soutien des clauses attributives de juridiction, en dehors du contexte européen.

48. Les deux premiers arguments, techniques, sont tirés du droit processuel et du droit des obligations. En droit processuel, il n’existe aucun obstacle au prononcé de telles injonctions par les juges français, qui ont le pouvoir d’ordonner aux parties de faire ou de ne pas faire. D’ailleurs, même si elle est rare, la pratique des injonctions

⁴² anti-procès s’autorise de quelques précédents en France . En droit des obligations, l’injonction constitue une mesure d’exécution en nature d’une obligation contractuelle. Le professeur S. Bollée estime, concernant l’injonction prononcée au soutien d’une clause d’arbitrage, qu’elle devrait même être la voie privilégiée pour garantir l’exécution contractuelle :

Une position hostile à l’égard de celle-ci s’accorde mal avec les principes classiques du droit français des contrats [...]. Le droit positif fait généralement de l’exécution forcée en nature la sanction de principe et que l’on ne voit pas de raison déterminante, en l’occurrence, de faire entorse à sa primauté : elle ne se heurte en effet à aucune sorte d’impossibilité

⁴³ *morale, matérielle ou juridique* .

49. Mais c’est aussi de la technique juridique que procède le principal contre-argument pouvant être opposé à l’utilisation des injonctions *anti suit* par les juges français. On l’a rappelé, la puissance des injonctions *anti suit* résulte, dans les pays de *common law* où elles ont vu le jour, de la nature très particulière des sanctions qui les assortissent. Le non-respect d’une injonction *in personam* du tribunal expose le contrevenant au *contempt of court*, lequel justifie, même en matière civile, des peines pénales pouvant aller jusqu’à l’emprisonnement. Le droit français ne comporte pas d’équivalent, et sauf à créer une sanction spécifique, qui pourrait prendre la forme d’une amende civile mais qui supposerait l’adoption d’une loi, le risque est évidemment que l’injonction ne reste lettre morte, faute d’être suffisamment dissuasive. C’est là toutefois que la convention de La Haye ouvre des perspectives nouvelles. Si l’injonction prononcée par le juge élu devait, une fois devenue définitive, être obligatoirement reconnue et exécutée dans les autres États contractants, elle pourrait alors venir bloquer, de façon très effective, une éventuelle procédure intentée dans un

42 V. interdisant de poursuivre une procédure d’exécution à l’étranger menée en violation du principe de l’universalité des faillites ouvertes en France : Cass. 1^{er} civ., 19 novembre 2002, *Banque Worms*, JCP G 2002.II.10201, concl. J. SAINTE-ROSE, note S. CHAILLE DE NERE ; *Rev. Crit. DIP* 2003. 631, note H. MUIR WATT, *D.* 2003. 797, note G. KHAIRALLAH ; *Gaz. Pal.* mai-juin 2003, somm. 1758, obs. M.-L. NIBOYET ; et aussi, moins net : CA Paris, pôle 2, ch. 2, 28 avr. 2010, n° 10/01643, *Vivendi*.

43 S. BOLLEE, « Quelques remarques ... », art. préc.

autre État contractant en violation de la clause . Cette issue probable pourrait alors dissuader la partie indélicate – car c’est une fois encore d’économie procédurale qu’il est question ici – d’aller tenter sa chance ailleurs que devant le juge élu.

50. Ces arguments techniques doivent être confrontés à deux autres arguments plus politiques. Le premier renvoie à l’enjeu de protection effective des droits fondamentaux. Si l’effectivité du droit d’accès au juge peut faire obstacle, en certaines

circonstances, à la conformité de l’injonction *anti suit* à l’ordre public international⁴⁵, ne pourrait-on considérer à rebours que cette injonction constitue un outil précieux, voire indispensable, pour garantir l’effectivité des droits des contractants ? La liberté contractuelle est, rappelons-le, consacrée par l’article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Le second argument est stratégique, dans un monde où la concurrence juridictionnelle est une réalité forte d’enjeux économiques et politiques. Sylvain Bollée l’avait déjà souligné : « le réalisme commande d’admettre qu’aussi longtemps qu’ils répugneront à se doter de cette arme, les droits continentaux se condamneront à rester des droits faibles face aux comportements stratégiques et

opportunistes que les injonctions visent à combattre⁴⁶ ». Les perspectives restent donc ouvertes.

Juillet 2020

44 Sur les discussions soulevées par cet effet de l’injonction, v. toutefois : S. CLAVEL, note sous l’arrêt *In Zone*, préc., spéc. p. 155.

45 *Supra* n° 20.

46 S. BOLLÉE, *op. cit.*, *loc. cit.*