Affaires générales et politique
General affairs and policy

Doc. prél. No 18
Prel. Doc. No 18

Octobre / October 2003

MÉCANISMES DE RENVOI DES AFFAIRES AU SEIN DE SYSTEMES FÉDÉRAUX
NOTE DE RECHERCHE

préparée par Andrea Schulz, Premier secrétaire

* * *

MECHANISMS FOR THE TRANSFER OF CASES WITHIN FEDERAL SYSTEMS
A RESEARCH PAPER

prepared by Andrea Schulz, First Secretary

Document préliminaire No 18 d'octobre 2003
à l'intention de la Commission spéciale d'avril 2004
sur les affaires générales et la politique de la Conférence

Preliminary Document No 18 d'octobre 2003
for the attention of the Special Commission of April 2004
on General Affairs and Policy of the Conference

Permanent Bureau | *Bureau Permanent*
6, Scheveningseweg 2517 KT The Hague | *La Haye* The Netherlands | *Pays-Bas*
telephone | *téléphone* +31 (0)70 363 3303 fax | *télécopieur* +31 (0)70 360 4867
e-mail | *courriel* secretariat@hcch.net website | *site internet* http://www.hcch.net

EXÉCUTION DES JUGEMENTS
ENFORCEMENT OF JUDGMENTS

Doc. prél. No 23
Prel. Doc. No 23

Octobre / October 2003

HccH
HAGUE CONFERENCE ON
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
CONFÉRENCE DE LA HAYE
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
1893|2003

MÉCANISMES DE RENVOI DES AFFAIRES AU SEIN DE SYSTEMES FÉDÉRAUX
NOTE DE RECHERCHE

préparée par Andrea Schulz, Premier secrétaire

* * *

MECHANISMS FOR THE TRANSFER OF CASES WITHIN FEDERAL SYSTEMS
A RESEARCH PAPER

prepared by Andrea Schulz, First Secretary

Document préliminaire No 23 d'octobre 2003
à l'intention de la Commission spéciale de décembre 2003
sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers
en matière civile et commerciale

Preliminary Document No 23 of October 2003
drawn up for the attention of the Special Commission of December 2003
on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments
in Civil and Commercial Matters

Permanent Bureau | *Bureau Permanent*
6, Scheveningseweg 2517 KT The Hague | *La Haye* The Netherlands | *Pays-Bas*
telephone | *téléphone* +31 (0)70 363 3303 fax | *télécopieur* +31 (0)70 360 4867
e-mail | *courriel* secretariat@hcch.net website | *site internet* http://www.hcch.net

MÉCANISMES DE RENVOI DES AFFAIRES AU SEIN DE SYSTEMES FÉDÉRAUX
NOTE DE RECHERCHE

préparée par Andrea Schulz, Premier secrétaire

* * *

MECHANISMS FOR THE TRANSFER OF CASES WITHIN FEDERAL SYSTEMS
A RESEARCH PAPER

prepared by Andrea Schulz, First Secretary

TABLE DES MATIERES

I. Introduction 5
II. Analyse pays par pays 7
A. Australie 7
1. Compétence fédérale contre compétence d'état et de territoire 7
a) Compétence fondée sur le droit fédéral 8
b) Diversité 8
c) Compétence d'état et de territoire 8
d) Attribution de compétence croisée 8
e) Chevauchement potentiel 9
2. Mécanismes de renvoi 10
a) Renvoi (déplacement) entre juridictions fédérales 10
b) Renvoi de la Haute Cour vers les autres juridictions fédérales et d'état 10
c) Renvoi en application du mécanisme d'attribution croisée 12
d) Renvoi en application de la Loi sur les Personnes Morales (Corporations Act) 12
3. Renvoi et forum non conveniens 13
4. Clauses attributives de compétence 14
5. Loi applicable en cas de renvoi 15
a) Choix de loi en cas de compétence fédérale 15
b) Choix de loi en cas de compétence d'attribution croisée 15
B. Canada 16
1. Compétence fédérale contre compétence des provinces et territoires 16
a) Les principes élémentaires du droit judiciaire canadien 16
b) Chevauchement potentiel 17
2. Mécanismes de transfert 17
a) Transfert au sein du système judiciaire fédéral 17
b) Transfert entre juridictions provinciales 18
i. Transfert à l'intérieur d'une province 18
ii. Transfert d'une province à l'autre 18
c) Transfert entre juridictions provinciales et fédérale 20
3. Transfert et suspension d'instance 20
a) La Cour fédérale 20
b) Les cours supérieures provinciales 21
4. Loi applicable en cas de transfert ou de sursis à statuer 24
C. Etats-Unis d'Amérique 24
1. Compétence fédérale contre compétence d'état 24
a) Compétence pour les questions fédérales 25
b) Compétence en matière de diversité 25

c) Chevauchement potentiel 26
2. Mécanismes de renvoi 26
a) Renvoi entre juridictions fédérales 26
b) Renvoi d'une juridiction d'état vers une juridiction fédérale..... 27
i. Compétence sur les questions fédérales et renvoi 27
ii. Compétence en matière de diversité et renvoi 28
3. Requête de déplacement d'une juridiction d'état vers une juridiction fédérale et clauses d'élection de for..... 28
4. Loi applicable en cas de renvoi 29
III. Conclusion 29

I. INTRODUCTION

Lors de la première réunion du groupe de travail informel sur le projet de Convention mondiale de La Haye sur la Compétence, la Reconnaissance et l'Exécution en Matière Civile et Commerciale (le « Projet sur les Jugements ») qui s'est tenue du 22 au 25 octobre 2002, il a été demandé au Bureau Permanent d'effectuer certaines recherches. Les participants ont demandé une note décrivant les mécanismes et latitudes existant éventuellement en droit national, pour déplacer ou renvoyer une affaire de la juridiction choisie à titre exclusif vers une autre, au sein du même Etat, en dépit du fait que la juridiction choisie et saisie disposait d'une compétence *ratione personae* et *ratione materiae* ainsi que territoriale, et une description des règles pertinentes sur la répartition interne de compétence.

Les affaires dans lesquelles la juridiction choisie est dépourvue de compétence *ratione materiae* ne sont pas couvertes par la présente note. La question de savoir si une clause visant une juridiction particulière (et pas seulement « les juridictions du pays X »), qui ne peut recevoir exécution parce que la juridiction choisie est dépourvue de compétence *ratione materiae*, peut être « sauvée » par une interprétation, dirigeant alors les parties vers la juridiction la plus proche de leur choix et disposant d'une compétence *ratione materiae*, se pose également dans les affaires purement internes. Il en est de même pour les règles nationales de compétence territoriale, qui peuvent diriger les parties vers une juridiction alors qu'elles en ont choisi une autre. La manière dont ces affaires sont traitées est une question d'interprétation des contrats dans un contexte procédural. Elle n'est pas spécifique à la situation ayant donné lieu à la demande pour cette note, c'est à dire, l'existence de deux systèmes de juridictions parallèles (par exemple, d'état et fédérales) dans un pays qui pourrait permettre un renvoi de l'un à l'autre même dans le cas où la juridiction choisie dispose *effectivement* d'une compétence *ratione personae* et *ratione materiae* ainsi que territoriale, et *pourrait* en pratique connaître de l'affaire. La note est donc orientée sur les mécanismes de renvoi existant dans ces dernières situations.

En outre, elle se concentre sur les systèmes fédéraux qui ont non seulement plus d'un ensemble de juridictions, mais également plus d'un système de droit. Les systèmes juridiques unitaires dans lesquels un transfert d'une juridiction à une autre n'affecterait pas le droit (matériel ou procédural) applicable ne seront pas examinés ici.

Le contexte du problème examiné dans cette note est décrit de manière plus détaillée dans le Document préliminaire No 20 (Rapport sur la première réunion du groupe de travail informel sur le Projet des Jugements - 22-25 octobre 2002) sous la rubrique « Compétence *ratione personae* contre compétence *ratione materiae* » en page 13 :

> « En 2001, il y avait certaines préoccupations selon lesquelles la Convention pourrait contraindre des juridictions compétentes, en vertu de la Convention selon une clause d'élection de for valable, à connaître d'une affaire bien que, selon le système interne de répartition de compétence dans l'Etat concerné, elles n'aient pas de compétence *ratione materiae*. Il a donc été proposé, en 2001, d'inclure en article 4(1) 1ère phrase les mots 'sous réserve de la compétence en raison de la matière' (voir notes 19 et 21 au Texte provisoire) ou de viser 'les tribunaux d'un Etat contractant' au lieu d''un tribunal d'un Etat contractant'. Comme indiqué en note 19, si l'idée selon laquelle une clause d'élection de for ne pouvait conférer de compétence qu'à l'égard de la personne du défendeur et non à l'égard de la matière hors de la compétence du tribunal choisi était généralement acceptée, des doutes subsistaient quant à la nécessité ou au bien-fondé des propositions.
>
> A cet égard, sur le fondement d'une suggestion présentée par un participant à la Conférence diplomatique de 2001, le Bureau Permanent a proposé l'inclusion d'une clause générale (voir p. 14 du Document préliminaire No 19), comme suit : 'Aucune disposition de la présente Convention n'affectera la compétence *ratione materiae*' soit en article 4 soit, s'il doit y avoir d'autres chefs de compétence en liste blanche, à titre de règle générale régissant tout le chapitre sur la compétence.
>
> Certains participants ont souligné la difficulté à distinguer les compétences *ratione materiae* et *ratione personae*. S'il avait toujours été déclaré que la Convention traitait de la seule compétence *ratione personae*, la totalité de l'ancien article 12 sur la compétence exclusive, par exemple, concernait, selon eux, la seule compétence

ratione materiae. Ils ont donc proposé l'ajout des termes 'ou la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un Etat contractant' à la proposition en page 14 du Document préliminaire No 19.

Au cours des débats, des doutes se sont immiscés quant à savoir si cela permettrait également à une juridiction choisie d'un Etat avec deux systèmes de compétence parallèles (par exemple juridictions d'état et fédérales) de renvoyer une affaire aux juridictions de l'autre groupe dans une affaire où la juridiction choisie était également compétente *ratione materiae*. Ceci a été jugé très inopportun par la plupart des participants. Selon certains, cela revenait à réintroduire le principe du *forum non conveniens* ou un pouvoir discrétionnaire semblable de décliner une compétence existante. Ces participants souhaitent donc que la règle ne s'applique que lorsque la juridiction choisie est dépourvue de compétence *ratione materiae*.

Il a été demandé au Bureau Permanent, assisté des contributions des participants, de rechercher plus avant quels mécanismes et latitudes pourraient exister en droit national pour retirer une affaire à la juridiction choisie à titre exclusif au profit d'une autre en rapport avec la répartition interne de compétence. »

Trois pays identifiés comme disposant de deux structures juridictionnelles parallèles à tous les niveaux ainsi que de plus d'un système de droit, qui sont couverts par la présente note, sont l'Australie, le Canada, et les Etats-Unis d'Amérique, qui disposent tous de juridictions à la fois d'état et fédérales. Bien que d'autres pays puissent présenter ces caractères, il est à prévoir que les principes communs tirés de ces trois exemples apporteront des renseignements suffisants pour une étude future plus approfondie.

Les questions examinées à l'égard de ces trois pays sont :

1. Existe-t-il des affaires dans lesquelles les juridictions d'état ainsi que fédérales sont compétentes *ratione materiae* (c'est à dire, un chevauchement de compétence *ratione materiae*) ?

2. Lorsqu'il existe un chevauchement de compétence *ratione materiae* (et éventuellement territoriale), une juridiction effectivement saisie (quel que soit le fondement de compétence allégué) et plus précisément, une juridiction choisie (à titre exclusif) par les parties dispose-t-elle d'une discrétion ou autre possibilité de renvoyer cette affaire à une autre juridiction ou de la rejeter et d'inviter les parties à se pourvoir devant une autre juridiction ? Serait-ce une application du *forum non conveniens* ou une question distincte ? S'il existe des critères, lesquels ?

II. ANALYSE PAYS PAR PAYS

A. Australie

L'Australie est une fédération composée de six états constitutifs[1] et de deux territoires internes autonomes. A l'égard des affaires régies par le droit d'état ou territorial, chaque état et territoire d'Australie est une zone de droit distincte. En vertu de la Constitution, le Parlement du Commonwealth a un pouvoir législatif concurrent dans les matières telles que les effets de commerce, chèques, mariage, affaires matrimoniales, et faillites. Toute loi du Commonwealth dans ces matières, en cas d'incompatibilité, prévaudra sur n'importe quelle loi d'état. Cependant, s'il n'y a pas d'incompatibilité, la loi d'état pourra valablement s'appliquer nonobstant la loi du Commonwealth. Tous les états australiens ont hérité du même droit coutumier anglais, et la Haute Cour d'Australie statue en dernier lieu sur toute divergence d'interprétation entre les juridictions d'état[2].

1. Compétence fédérale contre compétence d'état et de territoire

Comme d'autres systèmes de *common law*, le droit australien distingue la compétence *ratione personae* de la compétence *ratione materiae*. En supposant que la compétence *ratione personae* serait régie par les dispositions de la Convention sur les Jugements, la description suivante se concentre sur les règles régissant la compétence *ratione materiae* et territoriale en Australie à l'égard d'un éventuel renvoi d'affaires d'une juridiction disposant d'une compétence à la fois *ratione materiae* et territoriale vers une autre juridiction. Les limites *ratione materiae* à la compétence d'une juridiction australienne s'appliquent que l'affaire comporte ou non un élément étranger[3].

Sous les auspices de la Constitution Australienne, le champ d'application de la compétence des juridictions australiennes peut être défini par référence à la *common law* et en partie par référence à la loi écrite[4].

En règle générale, la compétence *ratione materiae* relève des états et territoires. A titre d'exception, le Chapitre III de la Constitution identifie les matières relevant (éventuellement) de la compétence fédérale, soit directement selon la Constitution[5] soit en vertu d'une loi fédérale[6].

La Constitution envisage la possibilité que le Parlement établisse des juridictions fédérales pour exercer « le pouvoir judiciaire du Commonwealth ». Depuis lors, la Haute Cour (1901), la Cour aux Affaires Familiales d'Australie (1975), la Cour Fédérale d'Australie (1976) et le Tribunal Fédéral de 1ère Instance (Federal Magistrates Court) (1999) ont été établis[7]. En

---

[1] En Australie, le mot « Etat » est écrit avec une majuscule lorsqu'il vise les Etats et Territoires d'Australie. Dans la présente note, cependant, il sera écrit avec une minuscule dans ce contexte, afin de distinguer les états membres d'une fédération, tels que les états (et territoires) australiens, les états des Etats-Unis et les provinces et territoires canadiens, d'un « Etat » au sens d'un (éventuel) Etat contractant à une Convention de La Haye sur les Jugements, même s'il est fédéral.

[2] Peter Edward Nygh / Martin Davies, *Conflict of Laws in Australia* (2002), 7ième éd., p. 10.

[3] Michael Tilbury / Gray Davis / Brian Opeskin, *Conflict of Laws in Australia* (2002), p. 40.

[4] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 45.

[5] Constitution, article 75 : « La Haute Cour dispose d'une compétence en première instance dans toute affaire (i) survenant en application de tout traité ; (ii) affectant les consuls ou autres représentants d'autres pays ; (iii) à laquelle le Commonwealth, ou une personne poursuivant ou poursuivie pour le compte du Commonwealth, est partie ; (iv) entre Etats, ou entre résidents d'Etats différents, ou entre un Etat et un résident d'un autre Etat ; (v) dans lesquelles une ordonnance de mandement (*mandamus*) ou d'interdiction ou injonction est demandée à l'encontre d'un agent du Commonwealth. »

[6] Constitution, article 76 : « Le Parlement pourra conférer une compétence fédérale en première instance à la Haute Cour par voie législative dans toute affaire (i) survenant en application de la Constitution, ou impliquant son interprétation ; (ii) survenant en application de toutes lois émises par le Parlement ; (iii) de compétence maritime ; (iv) relative à un même objet revendiqué en application du droit de différents Etats. » L'article 77 permet au Parlement de conférer une compétence fédérale relativement aux matières énumérées aux articles 75 et 76 à toute autre juridiction fédérale ou à une juridiction d'état, au lieu de la Haute Cour.

[7] Tilbury / Davis / Opeskin (*supra* note 3), p. 482.

outre, les juridictions d'un état peuvent également se voir investies d'une compétence fédérale par le Parlement fédéral[8].

a) Compétence fondée sur le droit fédéral

Dans la plupart des cas où une juridiction exerce une compétence fédérale, elle le fait parce qu'une question de droit fédéral matériel est en jeu, telle qu'une question survenant en application de la Constitution ou impliquant l'interprétation d'une loi fédérale. En particulier, le Parlement peut créer une compétence fédérale pour toute question survenant en application de toute loi issue du Parlement. La portée des pouvoirs législatifs du Parlement fédéral ainsi qu'ils sont décrits, entre autres, à l'article 51 de la Constitution, est étendue[9]. Un exemple important est celui de la Loi sur les Personnes Morales (*Corporations Act*) qui régit la constitution, les fonctions, les pouvoirs et l'administration des personnes morales australiennes. Elle s'applique dans toute l'Australie et ses territoires à titre de système de droit unifié, éliminant ainsi les conflits au sein de l'Australie. La compétence pour les questions civiles survenant en application de la *Corporations Act* est conférée à la Cour Fédérale d'Australie et aux Cours Suprêmes de chaque état et territoire, à la Cour aux Affaires Familiales d'Australie et à la Cour aux Affaires Familiales d'Australie Occidentale.

b) Diversité

En outre, il peut exister une compétence fédérale dans certaines situations n'impliquant aucune question de droit fédéral matériel, en particulier dans une situation de diversité, c'est à dire où une compétence fédérale est invoquée du seul fait que les parties sont résidentes d'états différents[10].

Il convient de noter cependant que la Haute Cour a jugé que le terme « résident » ne peut concerner qu'une personne physique[11]. Une instance engagée par ou à l'encontre d'une personne morale, y compris une société unipersonnelle composée d'une personne physique, ne remplit donc pas cette condition. Il n'est pas possible non plus d'obtenir l'intervention forcée d'une tierce personne morale dans une instance entre personnes physiques résidentes d'états différents[12].

c) Compétence d'état et de territoire

La compétence *ratione materiae* des états et territoires subsiste dans les domaines où aucune compétence fédérale n'a été créée, ainsi que dans les domaines où cette dernière n'est pas exclusive.

d) Attribution de compétence croisée

En outre, la compétence *ratione materiae*[13] de la Cour Suprême de chaque état ou territoire fait l'objet d'une attribution croisée à chaque autre Cour Suprême d'état ou de territoire (ou

---

[8] Voir, par exemple, l'article 39(2) de la *Judiciary Act* de 1903 : « Les diverses juridictions des Etats seront investies, dans les limites de leurs compétences diverses, que ces limites concernent la localité, la matière, ou autrement, d'une compétence fédérale, dans toutes les affaires où la Haute Cour dispose d'une compétence en première instance ou dans lesquelles une compétence en première instance peut lui être conférée, sous réserve des dispositions de l'article 38, et des restrictions suivantes : ... ». (Les restrictions concernent les appels et les juridictions d'état statuant en référé.) L'article 38 réserve certains domaines à la compétence exclusive de la Haute Cour (voir *infra*, p. 9).

[9] Voir Constitution, article 51 en Annexe.

[10] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 85.

[11] Voir *Australasia Temperance and General Mutual Life Assurance Society c. Howe* (1922), 31 CLR 290.

[12] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 86.

[13] S'il a été jugé dans la décision *Seymour-Smith c. Electricity Trust of South Australia (NSW)* (1989) 17 NSWLR 648 en 659 (encore soutenue en 2002 par Tilbury / Davis / Opeskin (*supra* note 3), p. 485) que ce mécanisme étend la compétence à la fois *ratione materiae* et *ratione personae* accordée à un état ou territoire, aux autres, cette opinion ne peut plus être soutenue à la lumière de la décision *David Syme & Co. Ltd. c. Grey* (1993) 115 ALR 247, 273-4, *par* Gummow J. : la compétence par attribution croisée ne concerne que la compétence *ratione materiae*. La compétence *ratione personae*, en droit australien, est établie soit par une signification valable en application de la *Service and Execution of Process Act* de 1992, soit par la soumission (voir Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 105).

en d'autres termes, d'une extension à toute l'Australie), par le mécanisme dit de l'attribution croisée (*cross-vesting*) résultant de la *Jurisdiction of Courts (Cross-Vesting) Act* de 1987 (Cth) et des équivalents dans les états et territoires[14]. De ce fait, chaque Cour Suprême d'état ou de territoire peut exercer une compétence *ratione materiae* dans une affaire relevant de la compétence *ratione materiae* de toute autre Cour Suprême d'état ou de territoire[15]. Il en est de même pour les Cours Suprêmes d'état qui peuvent exercer la compétence de la Cour Fédérale et de la Cour aux Affaires Familiales[16]. Le mécanisme d'attribution croisée vise à éviter les conflits et brèches entre les compétences des états et territoires.

e) Chevauchement potentiel

Il est évident que les divers chefs de compétence peuvent se chevaucher. Pour les domaines qu'elle recouvre, la compétence *ratione materiae* des juridictions fédérales s'applique à toute l'Australie, de même que la compétence *ratione materiae* des Cours Suprêmes des états et territoires du fait du mécanisme d'attribution croisée[17]. Cependant, ceci ne signifie pas nécessairement que la compétence fédérale, là où elle existe, exclut la compétence des juridictions d'état : à l'égard des questions visées aux articles 75 et 76 de la Constitution, le Parlement a le pouvoir de définir par voie législative la mesure dans laquelle la compétence de toute juridiction fédérale est exclusive[18]. Il s'ensuit que si la Haute Cour ne peut être privée de sa compétence à l'égard des domaines visés directement par la Constitution, le Parlement pourrait bien attribuer des compétences concurrentes à d'autres juridictions fédérales ou d'état, et prévoir des mécanismes de renvoi des instances. Les articles 38, 39, 39A et 39B de la *Judiciary Act* de 1903 (Cth) prévoient, dans certains domaines, une compétence exclusive de la Haute Cour (concernant le pouvoir de renvoi de la Haute Cour, voir *infra*), alors que d'autres domaines de compétence sont confiés concurremment à la Haute Cour, les Cours d'état et de territoire ou à la Haute Cour et à la Cour Fédérale. Les procédures en cas de diversité fondées sur l'article 75(iv) et impliquant des résidents d'états différents, par exemple, qui seraient susceptibles de survenir en application de la Convention sur les Jugements, peuvent être engagées, en application de l'article 39(2) de la *Judiciary Act* de 1903 (Cth), devant les tribunaux d'état ainsi que devant la Haute Cour. En outre, une Cour Suprême d'état ou de territoire peut exercer une compétence fédérale sur le fondement d'une autre législation particulière. La Cour Fédérale peut exercer sa compétence à l'égard des questions relevant d'un état ou territoire en application de ses compétences par extension (*accrued*)[19].

---

[14] Voir *Bell Group Ltd. c. Westpac Banking Corp* (2000) FCA 439.

[15] En vertu de l'article 4(3) de chaque loi d'état, la Cour Suprême d'un autre état ou d'un territoire dispose d'une compétence en première instance et peut l'exercer à l'égard des « questions relevant de l'Etat ». La compétence ainsi attribuée peut être exercée par une Cour Suprême d'état en application de l'article 9 de la Loi. De même, l'article 4(2) de la loi fédérale attribue à la Cour Suprême d'un état et d'un autre territoire la compétence de la Cour Suprême d'un territoire (autre que le Territoire du Nord) en matière civile. La compétence attribuée par la loi fédérale ou par les lois d'état peut être exercée par la Cour Suprême d'un territoire en application de l'article 9(2) de la loi fédérale.

[16] Article 4(1) de la *Jurisdiction of Courts (Cross-vesting) Act 1987*. Si le mécanisme d'attribution croisée couvrait initialement une attribution croisée entre compétence fédérale et d'état dans les *deux* sens, la Haute Cour dans l'affaire *Re Wakim ; ex parte McNally* (1999) 163 ALR 270 y a apporté des modifications significatives en jugeant que les dispositions législatives conférant la compétence d'état aux juridictions fédérales (dans les cas où ces dernières ne disposeraient pas d'une compétence en première instance ou par extension [sur le principe de la compétence par extension, voir *infra*, note 19]) n'étaient pas conformes à la Constitution australienne. L'attribution croisée de la Cour Fédérale et de la Cour aux Affaires Familiales d'Australie vers les Cours Suprêmes des états et territoires, par contre, reste possible, de même que l'attribution croisée entre les Cours Suprêmes des états et territoires, et des Cours Suprêmes des états et territoires vers la Cour aux Affaires Familiales de l'état d'Australie Occidentale (voir Nygh / Davies, *supra* note 2), p. 104).

[17] La compétence *ratione personae* est également nationale : une Cour Suprême d'état ou de territoire peut exercer une compétence *ratione personae* à l'égard de défendeurs d'états différents en application de la Partie 2 de la *Service and Execution of Process Act* de 1992 (Cth). Voir *Schmidt c. Won* (1998) 3 VR 435 à 452, *par* Ormiston, JA.

[18] Constitution, article 77(ii). Les instances entre le Commonwealth et un état relèvent de la compétence exclusive de la Haute Cour (*Judiciary Act* de 1903 (Cth), art. 38(c) et (d)).

[19] Le principe de la compétence par extension a été développé par la Haute Cour au cours des années 1940 (*Carter c. Egg & Egg Pulp Marketing Board* (1942) 66 CLR 557) et précisée au début des années 1980. Il permet à une juridiction fédérale de trancher à la fois des réclamations d'ordre fédéral et les réclamations liées qui seraient par ailleurs non fédérales si ces dernières sont liées de manière inséparable à des réclamations

2. Mécanismes de renvoi

a) Renvoi (déplacement) entre juridictions fédérales

Si aux Etats-Unis d'Amérique, les juridictions fédérales sont organisées sous la forme de différents Tribunaux de District Fédéraux en fonction du territoire, en Australie les juridictions fédérales sont nationales et divisées en différents bureaux du greffe (*registries*) selon le ressort territorial. En dépit de cette différence, les systèmes sont très semblables dans le domaine examiné ici[20].

Une juridiction fédérale peut ordonner qu'une procédure se poursuive dans un ressort autre que celui où elle a été engagée si cet autre ressort est le plus approprié au déroulement du litige, en prenant en compte les intérêts de toutes les parties, l'intérêt de la justice et la nécessité d'une bonne administration de la juridiction[21]. Un déplacement dans l'exercice de la compétence fédérale peut donc se produire par le transfert d'une affaire à un autre bureau du greffe de la Haute Cour, de la Cour Fédérale ou de la Cour aux Affaires Familiales d'Australie[22].

b) Renvoi de la Haute Cour vers les autres juridictions fédérales et d'état

Il existe des dispositions permettant à la Haute Cour de transférer des affaires à d'autres juridictions. La Haute Cour, sur demande d'une partie ou d'office, peut transférer une procédure relevant de sa compétence en première instance, y compris notamment les affaires de diversité, en application de l'article 44(1) de la *Judiciary Act* de 1903 (Cth), à toute juridiction fédérale, juridiction d'un état ou territoire compétente au regard de la matière et des parties, à l'exception des affaires relevant de sa compétence exclusive. Cependant, même ces dernières peuvent être transférées en application de l'article 44(2) à la Cour Fédérale ou toute juridiction d'un état ou territoire, bien que la saisine directe de l'une quelconque de ces juridictions ne soit pas ouverte aux parties du fait de la compétence exclusive de la Haute Cour. En outre, la Haute Cour peut transférer toute procédure à laquelle le Commonwealth est partie en application de l'article 44(2A) vers la Cour Fédérale. Les dispositions se chevauchent et ne s'excluent pas mutuellement[23], et par conséquent le choix entre la Cour Fédérale et une juridiction d'état ou de territoire sera disponible dans quasiment tous les cas[24], soit directement, soit après avoir saisi la Haute Cour dans les affaires où celle-ci a compétence exclusive.

Le pouvoir en vertu de l'article 44(1) est très étendu[25] - l'exigence d'une compétence de la juridiction recevant l'affaire sur renvoi a été interprétée comme signifiant que le fondement de l'instance est d'un type que la juridiction peut recevoir[26] et que la partie est une personne qui relèverait de la compétence de cette juridiction si cette partie avait reçu une signification dans le ressort[27]. Il n'est pas nécessaire que la Haute Cour recherche si la juridiction d'état aurait eu ou aurait pu exercer une compétence à l'égard des parties effectivement en cause. Elle confère une compétence à la juridiction d'état ou fédérale en lui transférant l'affaire[28]. Le premier principe à appliquer pour déterminer la juridiction à laquelle l'affaire doit être transférée est que la Haute Cour ne doit pas, en effectuant un transfert, modifier les droits des parties[29]. La Cour prend en considération non seulement une différence dans les droits matériels mais également l'impact des différences procédurales sur ces droits. S'il n'y a

---

fédérales qui relèvent bien de la compétence légale de la Cour. La compétence de la Cour sur la partie non fédérale de l'affaire par extension subsiste même si la réclamation fédérale est par la suite abandonnée ou rejetée. Voir *The Australian Law Commission, Discussion Paper 64, Review of the Judiciary Act 1903*, paras 2.19 et 2.125, disponible à l'adresse < www.austlii.edu.au >.

[20] Voir Tilbury / Davis / Opeskin (*supra* note 3), p. 503.

[21] Voir *Federal Court of Australia Act* de 1976 (Cth), article 48, et *Federal Court Rules* O.1 Règle 4, O.10 règle 1(2) et O.30 règle 6.

[22] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 97.

[23] *State Bank of NSW c. Commonwealth Savings Bank of Australia* (1984) 154 CLR 579.

[24] *Bowtell c. Commonwealth* (1979) 86 ALR 31.

[25] *Johnstone c. Commonwealth* (1979) 143 CLR 398.

[26] Ceci concerne la compétence *ratione materiae*.

[27] Ceci concerne la compétence *ratione personae*.

[28] Voir *Weber c. Aidone* (1981) 36 ALR 345.

[29] *State Bank of NSW c. Commonwealth Savings Bank of Australia* (1984) 154 CLR 579, en 586, Gibbs, CJ.

aucun conflit entre les lois potentiellement

applicables[30], la Cour recherchera le for le plus approprié. Les questions qui ont été jugées importantes dans ce contexte comprennent le lieu d'hospitalisation du demandeur, depuis où les témoins devraient se déplacer, quelle juridiction sera en mesure de connaître de l'affaire en premier, la disponibilité d'une aide judiciaire, le lieu de résidence du défendeur, et le lieu de constitution du défendeur[31].

c) Renvoi en application du mécanisme d'attribution croisée

Ceci recouvre un renvoi depuis la Cour Fédérale d'Australie et la Cour aux Affaires Familiales d'Australie vers les Cours Suprêmes des états et territoires ainsi que les renvois entre celles-ci et depuis celles-ci vers la Cour aux Affaires Familiales d'Australie occidentale.

Le renvoi de procédures d'une Cour Suprême à une autre est prévu à l'article 5(2) des lois fédérale et d'état sur l'attribution croisée. Il prévoit qu'un tel renvoi sera prononcé s'il apparaît à la juridiction devant laquelle l'instance est pendante que (a) la procédure en cause survient à l'occasion d'une autre procédure pendante devant la Cour Suprême d'un autre état ou territoire, ou y est liée, et il est plus approprié que la procédure en cause soit tranchée par cette autre Cour Suprême ; ou (b) il est par ailleurs de l'intérêt de la justice que la procédure en cause soit tranchée par la Cour Suprême d'un autre état ou territoire. L'article énumère les facteurs dont la Cour doit tenir compte pour décider de renvoyer une procédure en application de la première option, et notamment la question de savoir si les points en cause résultent ou concernent des questions d'application, d'interprétation ou de validité de la loi de l'autre état et, en l'absence du mécanisme d'attribution croisée, ne relèveraient pas de la compétence de la juridiction saisie en premier.

Une juridiction peut, en application de l'article 5(7), renvoyer une procédure sur demande d'une partie, d'office ou sur demande du Procureur Général (*Attorney-General*) du Commonwealth, d'un état ou d'un territoire. Les deux options pour un renvoi ne sont pas limitées au renvoi d'une compétence résultant d'une attribution croisée. Toute procédure pendante devant une Cour Suprême peut être renvoyée[32]. Une fois qu'une affaire en Haute Cour a été transférée en application de l'article 44[33], elle devient une procédure devant la juridiction à laquelle elle a été transférée, de sorte que les règles permettant à cette dernière juridiction de renvoyer l'affaire de nouveau deviendraient également applicables[34].

Lorsqu'elle est saisie directement par un demandeur en application d'une compétence d'attribution croisée, une juridiction n'est pas tenue d'accepter cette compétence, même si aucune des parties ne s'y oppose[35]. Mais si elle souhaite décliner sa compétence en pareil cas, elle doit renvoyer l'affaire d'office, en application de l'article 5(2), vers la juridiction plus appropriée[36].

d) Renvoi en application de la Loi sur les Personnes Morales (Corporations Act)

La législation sur l'attribution croisée ne s'applique pas aux affaires survenant en application de la *Loi sur les Personnes Morales*, qui comporte ses propres dispositions sur le renvoi de procédures. Lorsqu'une telle affaire est pendante devant la Cour Fédérale ou une Cour Suprême, la procédure peut être renvoyée à une autre juridiction, y compris une Cour aux Affaires Familiales, compétente sur les questions relatives aux personnes morales, lorsqu'il apparaît à la juridiction devant laquelle la procédure est pendante qu'il est plus approprié que la procédure ou une demande dans le cadre de celle-ci soit tranchée par cette autre juridiction.

---

[30] Ceci ne signifie pas nécessairement que la même loi devra être appliquée.
[31] Voir *Weber c. Aidone* (1981) 36 ALR 345 ; *Crouch c. Commr. for Railways (Qld)* (1989) 85 ALR 347 ; *Guzowski c. Cook* (1981) 149 CLR 128.
[32] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 107.
[33] *Supra*, p. 10.
[34] Voir *Dinnison c. Commonwealth* (1997) 74 FCR 184 en 188-9, *par* Foster, J. La Cour Fédérale avait renvoyé vers une juridiction d'état en application du mécanisme d'attribution croisée une affaire qui lui avait déjà été transférée par la Haute Cour en application de l'article 44 de la *Judiciary Act* de 1903 (Cth).
[35] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 105.
[36] Voir *Bond Brewing Holdings Ltd. c. Crawford* (1989) 1 WAR 517 ; *Re Tolltreck Systems Ltd.* (1991) 4 ACSR 701.

Dans le cas de procédures en matière civile, survenant en application de la *Loi sur les Personnes Morales* et pendantes devant les Cours aux Affaires Familiales, on présume que ces juridictions ne sont pas des juridictions disposant d'une compétence de première instance dans les affaires concernant les personnes morales. Les instances doivent donc être renvoyées vers la Cour Fédérale ou une Cour Suprême, s'il apparaît à la Cour aux Affaires Familiales soit (a) que la procédure résulte d'une procédure pendante devant cette autre juridiction, ou lui est liée ; soit (b) que la Cour aux Affaires Familiales n'aurait pas été compétente à l'égard de la procédure ou d'une partie importante de celle-ci en l'absence des dispositions de la *Loi sur les Personnes Morales* et que dans l'intérêt de la justice, la Cour Fédérale ou la Cour Suprême est plus appropriée pour en connaître ; soit (c) qu'il est par ailleurs de l'intérêt de la justice que la Cour Fédérale ou la Cour Suprême statue sur l'instance[37].

Pour décider d'un éventuel renvoi, la juridiction doit tenir compte : du principal lieu d'établissement de toute personne morale impliquée dans le contentieux, et du ou des lieux de survenance des faits faisant l'objet de la procédure[38]. Ces considérations ne sont pas exhaustives[39]. De même que pour l'attribution croisée, il n'est pas certain que le demandeur du renvoi ait la charge de la preuve[40]. Ceci dépend de la question de savoir si l'on considère les juridictions australiennes comme les éléments d'un système judiciaire national, et non des ressorts distincts comme pour l'attribution croisée, et conclut en conséquence que les questions de renvoi devraient être tranchées en tenant compte de facteurs tels que le coût et la commodité[41].

La compétence *ratione personae* à l'égard des personnes morales étrangères est obtenue par voie de signification conformément à la *Loi sur les Personnes Morales* ou aux Règles d'Organisation Judiciaire. En application d'une future Convention de La Haye sur l'Election de For dans les Affaires entre Professionnels, le plus probable est qu'elle résulterait de l'effet donné par la Convention à l'accord d'élection de for.

3. Renvoi et forum non conveniens

Lorsque se pose la question de savoir *quel for australien* est le plus approprié pour connaître d'une demande, elle est régie par des critères légaux divergeant, dans une certaine mesure, des principes du *forum non conveniens* en *common law*. En particulier, la législation sur l'attribution croisée prévoit des critères détaillés pour le renvoi d'une procédure d'une juridiction fédérale, d'une juridiction d'un état ou d'un territoire, participant, à une autre. Pour les juridictions d'état ne relevant pas du mécanisme d'attribution croisée, l'article 20 de la *Service and Execution of Process Act* de 1992 (Cth) permet à un tribunal, devant lequel une procédure est engagée, d'accorder un sursis s'il est convaincu de ce qu'un autre tribunal d'état est la « juridiction appropriée » pour statuer sur l'affaire, eu égard aux critères indiqués à l'article 20(4) (lieu de résidence des parties et des témoins probables ; situation de l'objet de la procédure ; situation financière des parties ; la loi qu'il serait le plus approprié d'appliquer ; procédures liées ou semblables pendantes ailleurs et - d'une importance particulière pour le Projet sur les Jugements - tout accord entre les parties relativement à la juridiction ou au lieu d'engagement de la procédure). Toutes ces dispositions légales ont pour but d'assurer que les procédures judiciaires en Australie soient menées devant le for le plus approprié[42]. En d'autres termes, elles constituent un substitut légal au principe du *forum non conveniens* pour la répartition interne de compétence, pour une affaire particulière, à l'intérieur de l'Australie, et il faudra peut-être décider si elles doivent être couvertes par « l'interdiction » du *forum non conveniens,* dans une convention traitant des clauses d'élection de for exclusives, ou si elles

---

[37] *Corporations Act* 2001 (Cth), article 53A(2).
[38] *Corporations Act* 2001 (Cth), article 53B.
[39] *Acton Engineering Pty Ltd c. Campbell* (1991) 31 FCR 1 ; *J N Taylor Finance Ltd c. Bond Corp Finance Ltd* (1991) 4 ACSR 483 en 490-2 *par* Debelle J.
[40] *J N Taylor Finance Ltd c. Bond Corp Finance Ltd* (1991) 4 ACSR 483 en 490 *par* Debelle J.
[41] Cette approche a effectivement été adoptée dans les affaires *Acton Engineering Pty Ltd c. Campbell* (1991) 31 FCR 1 ; et *Re Terranora Leisuretime Sales Pty Ltd* (1991) 5 ACSR 382.
[42] Elles démontrent par là une plus grande réceptivité à la vision de la Chambre des Lords du *forum non conveniens* dans l'affaire *Spiliada Maritime Corp c. Cansulex Ltd* [1987] 1 AC 460 en 482-4 *par* Lord Goff of Chieveley que la Haute Cour n'était disposée à en accorder dans *Voth*.

seront considérées comme des applications admissibles d'une répartition interne de compétence, à l'instar des règles sur la compétence *ratione materiae* ou territoriale. Il en est de même du principe du *forum non conveniens*, en ce qui concerne les relations entre les juridictions australiennes qui ne sont pas couvertes par les règles légales régissant le renvoi.

Si un renvoi interne à l'Australie est ainsi régi, dans une large mesure, par des règles légales, les juridictions australiennes ne peuvent renvoyer une affaire à l'étranger mais peuvent décliner leur compétence en application du principe du *forum non conveniens* dans les affaires internationales. Les principes énoncés dans l'affaire *Voth c. Manildra Flour Mills Pty. Ltd.* (1990)[43] régissent la question du *forum non conveniens* dans les affaires comportant des aspects internationaux pour décider si l'affaire doit être jugée en Australie ou non. Cependant, il n'est pas nécessaire d'examiner cet aspect plus avant ici[44] car (1) le rejet de compétence en application du principe du *forum non conveniens* à l'égard des juridictions étrangères a été débattu en profondeur au cours des négociations antérieures sur le Projet sur les Jugements ; et (2) tant que la convention est composée d'un unique chef de compétence en liste blanche, à savoir une clause exclusive d'élection de for dans une affaire entre professionnels, l'avis qui domine largement au sein du groupe de travail informel sur le Projet sur les Jugements[45] a été qu'en pareil cas, l'exercice de la discrétion nationale de décliner sa compétence en faveur de juridictions étrangères devrait être exclu.

4. Clauses attributives de compétence

Dans le contexte des clauses *non exclusives*, un certain nombre d'affaires ont traité de demandes de renvoi à l'intérieur de l'Australie ou de sursis dans des affaires engagées devant le for visé par la clause attributive de compétence. Dans ces affaires, il semble que quelques juridictions aient été d'avis que l'article 5(2) des lois sur l'attribution croisée constitue une instruction légale de surseoir à statuer impérative à l'intention également de la juridiction choisie, à chaque fois que la majorité des éléments de preuve se trouverait dans un autre ressort, en dépit de la clause attributive de compétence[46]. Par contre, lorsque les questions de coût et de commodité sont équilibrées entre les fors en concurrence, il ne sera pas sursis à une procédure engagée devant le for désigné par une clause non exclusive[47]. Il semble donc que pour décider d'un éventuel renvoi d'une procédure, en application de la législation d'attribution croisée, les juridictions australiennes ne tiendront pas compte d'une clause attributive de compétence non exclusive, lorsqu'une procédure devant une autre juridiction australienne est plus commode.

Il semble néanmoins qu'en dépit des observations dans l'affaire *Aldred c. Australian Building Industries Ltd.* (1987)[48], selon lesquelles les clauses attributives de compétence *exclusives* devraient avoir moins de poids dans les conflits de compétence au sein de l'Australie, les juridictions ont montré une préférence, dans des affaires récentes, en vertu de la législation d'attribution croisée, pour l'acceptation, au moins, d'accords *exclusifs*, même lorsque la commodité semble exiger une procédure devant un autre for australien[49]. S'il existe un choix de juridiction au sein d'une juridiction nationale, les parties sont de mêmes tenues par leur engagement en l'absence d'une bonne raison contraire lors de

---

[43] *Voth c. Manildra Flour Mills Pty Ltd* (1990) 171 CLR 538 en 559 *par* Mason CJ, Deane, Dawson et Gaudron JJ.

[44] Pour plus de renseignements concernant la démarche australienne à l'égard du *forum non conveniens*, voir, par exemple, Peter Prince, Bhopal, Bougainville and ok tedi : *Why Australia's forum non conveniens approach is better*, 47 ICLQ (1998) p. 573 et ss.

[45] Ceci concerne également l'avis des Commissions Spéciales antérieures sur le Projet des Jugements à l'égard de l'article 4 des projets de 1999 et 2001, voir les articles 21(1) et 22(1) de ces textes. Voir aussi Doc. prél. No 22, p. 6.

[46] *Nilsen Electric (WA) c. Jovista*, décision non publiée, SC Vic, Byrne J, 8 mars 1995 ; *Power and Water Authority c. McMahon Contractors*, décision non publiée, SC NT, Angel J, 21 septembre 1995.

[47] Voir *Divinyls Holdings P / L c. Billboard*, décision non publiée, SC NSW, Young J, 17 octobre 1995 ; *Queensland Tourist and Travel Corporation c. Western Australian Tourist Commission*, décision non publiée, SC Qld, Ryan J, 1er novembre 1992.

[48] *Aldred c. Australian Building Industries Ltd* (1987) 48 NTR 59.

[49] Voir *Manietta c. National Mutual Life Association of Australasia*, décision non publiée, SC Vic, McDonald J, 8 septembre 1995 ; *Bond Brewing Holdings c. National Australia Bank*, décision non publiée, SC WA, Wallwork J, 16 février 1990 ; *National Dairies WA c. Westfarmers*, décision non publiée, Fed Ct, Tamberlin J, 22 juillet 1996 ; *Air Attention WA c. Seeley International*, décision non publiée, SC WA, Walsh J, 3 septembre 1996.

l'examen d'un éventuel déplacement au sein d'une juridiction fédérale[50]. De telles clauses ne décideront pas de la demande de déplacement, mais elles seront prises en compte[51]. Les termes précis à travers lesquels l'élection de for est formulée seront également importants[52].

5. Loi applicable en cas de renvoi

a) Choix de loi en cas de compétence fédérale

Comme indiqué ci-dessus, un déplacement dans l'exercice de la compétence fédérale pourra se produire en renvoyant l'affaire vers un autre bureau du greffe de la Haute Cour, la Cour Fédérale ou la Cour aux Affaires Familiales d'Australie[53]. Le principe général est qu'un déplacement d'une zone de droit australienne vers une autre, avant de connaître du fond de l'affaire, affectera la loi applicable à l'égard à la fois du fond et de la procédure. Une juridiction exerçant une compétence fédérale pourra avoir à statuer sur des questions qui ne sont régies par aucune loi fédérale. Un tel vide doit être comblé par le droit d'état ou de territoire. En application des articles 79 et 80 de la *Judiciary Act* de 1903 (Cth), la *common law* et les lois d'un état ou territoire lient une juridiction exerçant une compétence fédérale dans cet état ou territoire. Ces dispositions s'appliquent également à la Haute Cour dans l'exercice de sa compétence en première instance. Le renvoi à un ressort différent au sein d'une juridiction fédérale aura donc un impact potentiel. Cependant, lorsqu'une juridiction fédérale engage l'audition au fond dans un lieu particulier et en change par la suite pour un motif de commodité, par exemple pour entendre des témoins ou rendre un jugement, il existe une jurisprudence à l'appui de la proposition selon laquelle le droit matériel n'en est pas modifié[54].

En outre, un déplacement dans l'exercice de la compétence fédérale pourra se produire par un transfert en application de l'article 44 de la *Judiciary Act* de 1903[55]. Même un déplacement au sein de la même zone de droit, d'une juridiction fédérale vers une juridiction d'état, pourra affecter les droits des parties, car il pourra rendre applicables des lois de procédure différentes[56].

b) Choix de loi en cas de compétence d'attribution croisée

Afin d'aider une juridiction à décider quelles lois appliquer, lorsqu'elle exerce une compétence reçue en application d'une attribution croisée[57], l'article 11(1) des lois fédérale et d'état prévoit une règle de choix de loi. Le point de départ est que la juridiction saisie doit appliquer son propre droit (y compris ses règles de choix de loi). Si une juridiction fédérale renvoie une procédure à une juridiction d'état en application du mécanisme d'attribution croisée au titre d'une question qui relèverait également de la compétence de cette dernière en application d'une disposition autre que l'attribution croisée, cette dernière juridiction n'exercera pas une compétence d'attribution croisée et appliquera donc sa propre loi. Cependant, dans le cas où la juridiction serait dépourvue de compétence en l'absence du mécanisme d'attribution croisée, ou si l'objet de l'instance est une action en justice survenant en application d'une loi écrite d'un autre état ou territoire, la juridiction doit appliquer le droit écrit et non écrit de cet autre état ou territoire.

---

[50] *KC Park Safe (SA) Pty Ltd c. Adelaide Terrance Investments Pty Ltd* [1998] FCA 601. Les parties avaient convenu par contrat que la procédure devrait être engagée dans le Bureau d'Australie Méridionale de la Cour Fédérale si elle était engagée devant la Cour Fédérale.
[51] Voir, par exemple, *Australian Cooperative Foods c. National Foods Milk Ltd* [1998] FCA 376.
[52] Par exemple, une clause stipulant que « les juridictions du Victoria auront compétence exclusive », selon le point de vue australien, ne règle pas la question de savoir si une telle procédure devrait être engagée devant une juridiction fédérale ou d'état au Victoria, alors qu'une clause stipulant que « la Cour Fédérale aura compétence exclusive » laisse sans réponse la question de savoir dans quel bureau du greffe la procédure devrait être engagée.
[53] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 97.
[54] *Parker c. Commonwealth* (1965) 112 CLR 295.
[55] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 97.
[56] *State Bank of New South Wales c. Commonwealth Savings Bank of Australia* (1984) 154 CLR 579.
[57] *Waterhouse c. Australian Broadcasting Corp* (1991) 25 NSWLR 519 ; *Re an Alleged Incapable Person F C C and The Protected Estates Act 1983* (1990) 19 NSWLR 541 ; *Re H and the Adoption Act* [1990] ACLD 1005.

En outre, dans les procédures d'attribution croisée, la juridiction connaissant de l'affaire n'applique pas nécessairement ses propres règles d'obtention de preuve et de procédure, mais peut les choisir, ainsi qu'elle le juge utile dans les circonstances, parmi celles applicables dans d'autres zones de droit australiennes. Il est probable que ce pouvoir, bien que potentiellement d'une très large portée, sera exercé avec une grande retenue.

B. Canada

1. Compétence fédérale contre compétence des provinces et territoires

a) Les principes élémentaires du droit judiciaire canadien

Au Canada, la compétence des tribunaux judiciaires est en grande partie réglée par la Constitution du Canada qui fixe la distribution des pouvoirs entre le Parlement fédéral et les pouvoirs des législatures provinciales. Chaque assemblée législative provinciale pourra exclusivement adopter des lois pour l'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant une compétence civile et criminelle, y compris la procédure civile applicable dans ces tribunaux[58]. Il existe, dans chaque province, des cours dites supérieures : au sommet, une cour d'appel et, immédiatement à un palier inférieur, une cour de première instance de juridiction générale. A un niveau encore inférieur, existent, dans chaque province, des tribunaux inférieurs tels que les cours provinciales, tribunaux de la famille, cours municipales et cours de petites créances.

En revanche, en vertu de l'article 101 de la Constitution du Canada[59], le Parlement du Canada peut adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada. C'est en vertu de cette disposition, que furent créées la Cour suprême du Canada – la Cour générale d'appel pour tout le Canada -, la Cour fédérale du Canada et la Cour canadienne de l'impôt.

Le système judiciaire canadien est, de façon générale, un système unitaire en vertu duquel les tribunaux provinciaux supérieurs et inférieurs, ayant compétence de façon générale en première instance et en appel, appliquent les lois tant fédérales que provinciales en vigueur dans la province selon une structure hiérarchisée ayant à son sommet la Cour suprême du Canada. La principale exception de ce système unitaire est la Cour fédérale du Canada[60].

Si les juridictions provinciales disposent d'une compétence générale, la compétence de la Cour fédérale est d'ordre spécialisé[61]. La Cour fédérale du Canada a été constituée le 1er juin 1971 par la *Loi sur la Cour fédérale*. Elle succédait à la Cour de l'Echiquier du Canada qui, elle, était déjà presque séculaire. La Cour fédérale est composée de Sections de Première Instance et d'Appel, et siège dans tout le Canada. Par l'intermédiaire de la Loi sur la Cour fédérale, la compétence de Cour de l'Echiquier a été attribuée à son successeur, la Cour fédérale, et étendue. Un amendement de 1992 a apporté de nouvelles modifications significatives. Aujourd'hui, la Cour fédérale dispose d'une large compétence comprenant les recours contre la Couronne, l'immigration, la citoyenneté, les affaires maritimes, les douanes, la propriété intellectuelle, la fiscalité, les relations de travail, les transports, les communications, les procédures relatives à la liberté conditionnelle et affaires pénitentiaires, ainsi qu'une compétence pénale limitée. La compétence est conférée à la Cour fédérale par des lois fédérales[62].

La présente recherche tient compte des lois et règlements en matière de procédure judiciaire des tribunaux de compétence générale – les cours supérieures – et de la jurisprudence dans 14 ressorts :

---

[58] Loi Constitutionnelle du Canada de 1867, article 92.14.
[59] Loi Constitutionnelle du Canada de 1867, article 101.
[60] *P.Q. Ontario c. Pembina Exploration Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, p. 215.
[61] Voir James J. McLeod, *The Conflict of Laws*, 1983 pp. 61, 63.
[62] Pour une liste de ces lois, voir < http://www.fct-cf.gc.ca/about/jurisdiction/jurisdiction_f.shtml >.

- le fédéral ;
- les dix provinces (Colombie-britannique, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario, Québec, Nouveau-Brunswick, Nouvelle-Ecosse, Ile-du-Prince-Edouard, Terre-Neuve et Labrador) ;
- les trois territoires (Yukon, Territoires du Nord-Ouest et Nunavut).

Les règles de procédure des juridictions inférieures (cours provinciales, cours des petites créances, etc.) ou spécialisées, provinciales et fédérales (Tribunal de la concurrence, etc.) n'ont pas été examinées étant donné que celles-ci n'ont pas reçu législativement la compétence *ratione materiae* leur permettant d'être saisies par une clause d'élection de for.

b) Chevauchement potentiel

Si les domaines de compétence fédérale ont été étendus de manière significative au fil des années, l'exclusivité a largement cédé la place à la compétence concurrente : aujourd'hui, dans la plupart des cas, y compris (depuis 1992) les recours contre la Couronne, la compétence fédérale n'est pas exclusive[63], à l'exception des domaines où des lois fédérales prévoient expressément l'exclusivité. Essentiellement, la compétence de la Cour fédérale n'est exclusive qu'en ce qui concerne la révision des décisions des tribunaux administratifs fédéraux[64], les domaines réservés par des lois fédérales spéciales, et le droit maritime. Dans les autres cas, la compétence de la Cour fédérale est partagée avec les cours supérieures provinciales.

2. Mécanismes de transfert

Tant la législation – principale ou déléguée – que la jurisprudence indiquent que les tribunaux disposent de trois[65] moyens principaux pour contrôler quelle juridiction le demandeur pourra saisir :

- le transfert d'instance ;
- la suspension de la procédure ;
- l'injonction pour interdiction de procéder[66].

Etant donné les principes d'attribution de compétence des tribunaux canadiens, il convient d'étudier les mécanismes de transfert des instances

- à l'intérieur des ressorts territoriaux (provinciaux et fédéral) ;
- entre les ressorts territoriaux (entre provinces, ou bien entre provinces et juridictions fédérales).

a) Transfert au sein du système judiciaire fédéral

Les transferts d'instance sont possibles tant au sein de la Cour fédérale, qui exerce ses fonctions dans tout le Canada, qu'entre les cours supérieures provinciales lorsque ces dernières exercent également des fonctions juridictionnelles pan-canadiennes par délégation d'autorité du Parlement fédéral. Ainsi, par exemple, les cours supérieures provinciales sont responsables de la mise en œuvre de la *Loi sur la faillite*, une loi fédérale, et leurs ordonnances en matière de faillite sont exécutoires dans le Canada tout entier[67].

---

[63] Voir < http://www.fct-cf.gc.ca/about/history/history_f.shtml >.
[64] Il existe une compétence fédérale exclusive, par exemple, pour le contrôle judiciaire des décisions de conseils, commissions ou autres organes juridictionnels fédéraux.
[65] Mais les tribunaux ont aussi utilisé des moyens détournés pour exercer ce contrôle. Ainsi, dans *Holo-Deck Adventures Ltd c. Orbotron Inc.* [1996] OJ 4417 (CS Ont. Div. Gén.), le défendeur a demandé et obtenu une ordonnance annulant la signification d'un acte introductif d'instance, en application de l'article 17 des *Règles de procédure* sur la signification en dehors de l'Ontario, au motif que le contrat dont la violation était plaidée contenait une clause d'élection de for.
[66] Cette dernière ne sera pas traitée dans la présente recherche.
[67] Art. 187 et 188 de la *Loi sur la faillite*.

Selon le paragraphe 49 des *Règles de la Cour fédérale*, un juge de cette Cour peut ordonner qu'une instance introduite dans une section de la Cour soit transférée à l'autre section.

Et dans les cours supérieures provinciales, une partie qui souhaite obtenir le transfert de son dossier de faillite dans une autre division territoriale de faillite doit prouver l'existence d'un « motif suffisant » pour l'obtenir. La nécessité d'appliquer les lois d'une autre province en tant que telle ne constitue pas un « motif suffisant »[68].

b) Transfert entre juridictions provinciales

i. Transfert à l'intérieur d'une province

Les transferts d'instance sont possibles à l'intérieur des provinces, soit entre ressorts du même tribunal, soit entre tribunaux de niveaux différents, sur ordonnance du juge saisi[69].

La source de cette compétence est

- soit la compétence générale et inhérente des tribunaux, selon la common law, pour régir leur propre procédure afin de diriger et de contrôler les débats,
- soit les *Règles de procédure* des tribunaux[70], lesquelles sont adoptées dans la plupart des cas en application d'une délégation de compétence de la législature provinciale au comité des *Règles* de la cour supérieure provinciale, au moyen de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* provinciale[71].

En règle générale, les tribunaux inférieurs ont des compétences inhérentes très limitées en comparaison avec les cours supérieures. Leurs pouvoirs en matière de transfert d'instance sont régis par leurs propres règles de procédure, sauf lorsque l'intérêt de la justice l'impose[72].

ii. Transfert d'une province à l'autre

Dans le contexte d'un transfert d'instance, il est intéressant de noter que la Saskatchewan est la seule province qui a adopté des règles de transfert d'instance dans ses *Règles de procédure* en application de la *Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* (qui a reçu la sanction royale le 28 avril 1997)[73]. Cette loi très détaillée va au-delà des compétences inhérentes des tribunaux et prévoit, notamment, le renvoi d'une province à l'autre, pourvu que le tribunal requis soit investi des compétences territoriale et matérielle nécessaires pour traiter l'affaire. Pour déterminer

---

[68] *Sam Levy & Associates c. Azco Mining Inc.* [2001] CSC 92 (CSC).

[69] La présente recherche traite uniquement des dispositions de portée générale et non pas des dispositions concernant les transferts d'instance en matière familiale.

[70] Au Québec, le *Code de procédure civile*. Sauf exception, les sources des dispositions citées ci-après sont les *Règles de procédure* en vigueur pour la cour supérieure de la province.

[71] Par exemple, les *Règles de procédure* d'Alberta, de la Colombie-britannique, de l'Ile-du-Prince-Edouard et de la Nouvelle-Ecosse contiennent des dispositions plus ou moins explicites permettant un transfert d'instance sans établir des conditions telles qu'une demande d'une des parties ou autre (Alberta, AR 390/68 Section 12 ; B.C. Reg. 149/99, s. 1, Règle 8A(2) ; Ile-du-Prince-Edouard, Règle 57.19 ; Nouvelle-Ecosse, Règle 39.01). D'autres Règles mentionnent explicitement le transfert sur demande du défendeur (Manitoba, Règles 14.08(1), (3) et (6) ; Québec, Règle 163). Seules les *Règles de procédure* du Manitoba, de la Nouvelle-Ecosse et de la Saskatchewan contiennent des critères à considérer : la Règle 14.08(1) du Manitoba mentionne l'endroit où, selon le cas, la cause d'action a pris naissance en totalité ou en partie ; le défendeur résidait au moment de l'introduction de l'instance ; ou le défendeur exerçait des activités commerciales au moment de l'introduction de l'instance. Pourtant, cette règle ne s'applique pas si l'action a déjà été renvoyée une fois (Règle 14.08(2)). Dans les *Règles de procédure* d'Alberta (Règle 229), du Nouveau-Brunswick (Règle 6.01), de la Nouvelle-Ecosse (Règle 39.02) et de la Saskatchewan (Règle 41(2)), une référence explicite est faite à la fusion de procédures parallèles liées en droit ou en fait.

[72] *Re Thompson et Beaulieu* (1987), 3 OR (2d) 171, C. Ont. (Div. prov.).

[73] Voir Annexe II. Cette loi est basée sur la loi uniforme du même nom qui a été rédigée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, dont le site Internet est à < www.ulcc.ca >. Le Yukon a adopté la même loi uniforme sous le titre *Compétence des tribunaux et le renvoi des instances*, L.Y. 2000, ch. 7, mais celle-ci n'était pas encore entrée en vigueur le 31 décembre 2000, la date la plus récente qui est documentée sur le site Internet < http://www.lex-yk.ca/ >.

si un tribunal à

l'extérieur de la Saskatchewan jouit de la compétence territoriale ou matérielle requise pour connaître de l'instance, la Cour du Banc de la Reine doit appliquer les lois de la province ou l'état où se trouve le tribunal visé.

Un tel renvoi est possible, soit dans des cas où la Cour saisie en premier possède elle-même la compétence territoriale et matérielle, soit dans des cas où un ou deux aspects de cette compétence lui manquent[74]. Pourtant, pour qu'un renvoi lui soit permis, lorsque la Cour saisie possède la compétence territoriale et matérielle elle-même et pourrait donc traiter de l'espèce, il faut qu'elle soit convaincue que le tribunal d'accueil constitue un ressort plus approprié : c'est la codification de la doctrine du *forum non conveniens*. En plus, dans l'ordonnance qu'elle rend pour demander à un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan d'accepter le renvoi, la Cour doit exposer les motifs de la demande[75]. Le tribunal auquel est faite la demande d'accepter un renvoi provenant d'une autre province reste libre de refuser d'accepter le renvoi pour tout motif qu'il estime juste, même s'il possède la compétence territoriale et matérielle pour connaître de l'instance[76].

c) Transfert entre juridictions provinciales et fédérale

Hors du champ de mise en œuvre de la loi uniforme qui permet le transfert d'instance d'une province à l'autre, il n'y existe aucune possibilité de transfert d'instance, soit entre des cours de différentes provinces, soit entre des cours provinciales et fédérales. Pourtant, le cas échéant, la juridiction saisie a la possibilité de suspendre la procédure au profit d'un ressort plus approprié selon les règles suivantes :

3. Transfert et suspension d'instance

a) La Cour fédérale

Les articles 50 et 50.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* (LCF) régissent la suspension d'instance. Notamment, le paragraphe 50(1) de la LCF porte attribution générale de compétence à la Cour pour la suspension d'instance au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal ou lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige[77]. Ces articles ne font aucune distinction entre la suspension au profit d'une juridiction provinciale ou étrangère.

La décision de la Cour fédérale est discrétionnaire[78]. Toutefois, la Cour fédérale fait droit à une demande de suspension fondée sur la mise en œuvre d'une clause d'élection de for, sauf si le demandeur est capable de prouver de manière convaincante qu'il ne serait pas juste ou raisonnable en l'espèce de mettre en œuvre cette clause[79]. La règle *prima facie* veut qu'un tribunal accorde le sursis d'une instance intentée contrairement à un

---

[74] Règle 13(1) et (2).
[75] Règle 14(1).
[76] Règle 15(1).
[77] En outre, le paragraphe 50(2) LCF prévoit comme suit : « Sur demande du procureur général du Canada, la Cour suspend les procédures dans toute affaire relative à une demande contre la Couronne s'il apparaît que le demandeur a intenté, devant un autre tribunal, une procédure relative à la même demande contre une personne qui, à la survenance du fait générateur allégué dans la procédure, agissait en l'occurrence de telle façon qu'elle engageait la responsabilité de la Couronne. » Tenant compte des fins de la présente recherche dans le contexte d'une possible Convention de La Haye portant sur les clauses d'élection de for dans des contrats entre professionnels, cette disposition ne sera pas discutée de façon approfondie.
[78] Par exemple, la Cour fédérale n'accordera pas de suspension d'instance si une cour provinciale est saisie concurremment dans une affaire sur laquelle la Cour fédérale exerce une compétence exclusive ; voir *Muchalat Indian Band c. Canada* (1992), 54 FTR 99 ; *Radil Bros. Fishing Co c. Canada (Dept of Fisheries and Oceans)* (2001), 207 DLR (4th) 82 (CAF).
[79] Voir la décision très récente de la Cour Suprême du Canada du 1er Mai 2003 dans l'affaire *ECU-Line N.V. c. Z.I. Pompey Industrie,* [2003] CSC 27 qui renforce les clauses d'élection de for. Voir aussi la discussion approfondie des décision des juridictions inférieures (*Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.* (2001), 268 N.R. 364, [2001] C.F.J. No. 96, [2001] 2 C.F. D-23 (C.A.)) ainsi que de la jurisprudence canadienne dans ce domaine chez Paul Michell, 36 Canadian Business Law Journal (2002), No. 453 ; également disponible à l'adresse < http://www.torytory.ca/publications/pdf/AR2002-5T.pdf >.

engagement contractuel[80]. Pour trancher, la Cour fédérale peut se fonder sur les faits suivants[81] :

- le pays dans lequel se trouve la preuve relative aux questions de fait, ainsi que les effets de cette situation en ce qui concerne la facilité et le coût du procès, tant en Cour fédérale que devant les autres juridictions concernées ;
- l'applicabilité du droit relatif à l'autre procédure ainsi que les différences entre ce droit et celui qui s'applique devant la Cour fédérale ;
- la nature et l'étroitesse des relations de chacune des parties avec chacun des tribunaux ;
- la nature authentique – par opposition à la recherche d'un avantage de nature procédurale - de l'intention du défendeur de saisir l'autre tribunal ;
- le préjudice subi par l'autre partie en raison de l'obligation dans laquelle celle-ci se retrouverait de saisir l'autre tribunal, du fait :
  - qu'elle serait privée de cautionnement ;
  - qu'elle serait incapable de faire mettre en œuvre un jugement étranger ;
  - que son action serait prescrite ;
  - qu'elle ne pourrait bénéficier d'un procès juste et équitable, pour des motifs politiques, raciaux, religieux ou autres.

b) Les cours supérieures provinciales

Hors du champ de mise en œuvre de la loi uniforme qui permet le transfert d'instance d'une province à l'autre, le principe de territorialité de la compétence des cours supérieures, sauf lorsqu'elles sont saisies en application de lois fédérales, interdit à celles-ci de transférer des instances en dehors de leur province.

Par conséquent, le justiciable peut souhaiter saisir plusieurs cours supérieures, soit *concurremment*, soit *successivement*[82]. Pour faciliter la procédure ou pour obtenir une décision préalable nécessaire à l'exercice de sa propre compétence, l'un des tribunaux saisis peut, de son propre chef ou à la demande de l'une des parties, ordonner la suspension de la procédure, à titre temporaire ou permanent, de manière à laisser à l'autre juridiction le temps nécessaire pour statuer. La source de cette compétence judiciaire de nature procédurale est double :

- la compétence inhérente des tribunaux pour régir leurs propres procédures ;et
- les *Règles de procédure* des cours supérieures.

La compétence inhérente des tribunaux permet à ceux-ci d'ordonner de leur propre chef la suspension d'une instance[83]. Quelques *Règles de procédure* provinciales contiennent des clauses déclaratoires générales à cet effet[84]. D'autres mentionnent une demande d'une des parties[85], ou notamment l'existence de procédures parallèles qui pourra donner lieu à une suspension[86]. Une cour supérieure provinciale peut aussi suspendre

---

[80] *Seapearl c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Co* [1982] 2 CF 161 (CAF) (sursis à statuer prononcé en appel en présence d'une clause d'arbitrage).

[81] *Burrard-Yarrows Co. c. Hoegh Merchant* [1982] 1 CF 248 (1ère inst.) (sursis à statuer prononcé par la Cour fédérale du Canada en présence d'une clause non-exclusive d'élection de for qui désignait les juridictions norvégiennes ; confirmé en appel, [1982] F.C.J. No 822) ; *Seapearl c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Co* [1982] 2 CF 161 (CAF) (voir note précédente). Voir aussi *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerlines (Trustee of)* [1997] 3 CF 187 (CF 1ère inst.) ; confirmé en appel, [2001] CSC 90, où ces règles ont été appliquées à la relation entre la Cour fédérale et une juridiction provinciale ainsi qu'à la relation entre la Cour fédérale et une juridiction étrangère.

[82] Voir, par exemple, *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerlines (Trustee of)* [1997] 3 CF 187 (CF 1ère inst.) ; confirmé en appel, [2001] CSC 90.

[83] *Mackin, PCJ c. New* Brunswick *(Minister of Justice)* (1997), 187 NBR (2d) 224 (CA).

[84] L'Alberta (Règle 80(5) ; l'Ontario (Règle 106 ; voir *Empire-Universal Films Ltd c. Rank* [1947] OR 775 (HC)).

[85] Ile-du-Prince-Edouard (Règle 17.06).

[86] Dans les *Règles de procédure* d'Alberta (Règle 229), du Nouveau-Brunswick (Règle 6.01), de la Nouvelle-Ecosse (Règle 39.02) et de la Saskatchewan (Règle 41(2)), une référence explicite est faite à la suspension

22

une

d’une des procédures parallèles liées en droit ou en fait.

procédure en attendant le sort d'une action intentée auparavant devant la Cour fédérale[87]. En somme, il faut constater que la discrétion des tribunaux paraît à peine restreinte. Les considérations de commodité semblent prédominantes[88].

En général, dans le cadre d'une requête pour suspension d'instance au motif de la désignation contractuelle d'une cour *étrangère* par une clause exclusive d'élection de for, la cour respectera la clause sauf si le requérant la convainc – selon un fardeau de preuve très élevé - que l'élection de for ne devrait pas être respectée pour les motifs invoqués dans l'arrêt *The Eleftheria*[89]. Bien qu'il ne paraisse pas clair s'il s'agit là d'une application de la doctrine du *forum non conveniens*, il est quand même clair qu'en présence d'une clause exclusive d'élection de for, le *demandeur* qui cherche à saisir un tribunal autre que le tribunal choisi demeure chargé du fardeau de convaincre le premier tribunal de l'opportunité de sa demande de saisine[90]. Dans une situation de *forum non conveniens* en l'absence d'une clause d'élection de for, par contre, la charge de la preuve reste sur le *défendeur*.

Dans les affaires *internes* devant être examinées dans la présente note, cependant, les juridictions canadiennes - de même que les juridictions australiennes - semblent parfois accorder moins de poids à une clause d'élection de for visant les juridictions d'une autre province. Lorsque les décisions respectent un accord d'élection de for bien que la juridiction saisie et la juridiction choisie soient toutes deux situées au Canada, mais dans des provinces différentes, ceci résulte parfois de circonstances extérieures à la clause d'élection de for, par exemple, la courtoisie[91]. L'affaire *Avenue Properties c. First City Development Corp.* (1986)[92], par contre, impliquait un choix de for convenu en Ontario et des circonstances qui créaient un lien étroit entre les parties et la Colombie-britannique, où la procédure fut engagée. En dépit de la clause d'élection de for désignant les juridictions de l'Ontario, la juridiction de la Colombie-britannique a imposé au défendeur la charge de la preuve pour une suspension, et l'a refusée. Dans le même esprit, la Cour supérieure de l'Ontario a refusé de suspendre au bénéfice de la Cour fédérale des procédures dont elle était saisie, parce qu'elle avait conclu qu'elle était mieux à même que la Cour fédérale de régler un différend découlant d'un compromis devant la Cour canadienne de l'impôt[93].

---

[87] *Brick's Fine Furniture Ltd c. Brick Warehouse Co* (1988), 19 CIPR 258 (CA Man.).

[88] Voir Ile-du-Prince-Edouard, Règle 17.06(2)(c) ; *Dudnik c. Canada (CRTC)* (1995), 41 CPC (3d) 336, 61 CBR (3d) 129 (C. Ont., Div. Gén.) (Lorsque la Cour fédérale exerce une juridiction concurrente, la Division générale peut suspendre une instance si elle conclut que la Cour fédérale est le forum le mieux adapté).

[89] *The Eleftheria* [1970] 94, p. 100 *par* Brandon J. Au Canada, le tribunal tient donc compte de l'ensemble des circonstances, et notamment du situs de la preuve des faits et des effets de cette situation sur la facilité et le coût de la procédure ; de l'applicabilité de la loi étrangère et des différences importantes entre celle-ci et les lois du for ; de la nature et de l'importance des points de contact entre les parties et les pays concernés ; du caractère volontaire de l'élection de for par le défendeur ; du préjudice que subirait le demandeur s'il devait poursuivre devant un tribunal étranger en raison de l'incapacité d'obtenir l'exécution du jugement obtenu, de la perte d'une sûreté à l'égard de la demande, de la prescription devant la juridiction étrangère, de l'incapacité d'être jugé de manière équitable en raison de motifs politiques, raciaux, religieux ou autres (*Crockett c. Society of Lloyd's* [2000] PEIJ No 54 (Div. 1ère inst., CS de l'I.P-E)). La Cour suprême de l'Ile-du-Prince-Edouard a prononcé une suspension d'instance en faveur d'une procédure à entamer devant les tribunaux anglais, désignés dans une clause exclusive d'élection de for.
Voir également *Sarabia c. Oceanic Mindoro (The)* [1996] BCJ No 2154 (CA CB) ; *Morrison c. Society of Lloyd's* [1999] NBJ No 2 (CBR du N.-B.) (le tribunal peut suspendre sous condition une instance lorsque les parties sont convenues contractuellement de saisir un tribunal étranger) ; *Ash et al. c. Corp. of Lloyd's et al.* (1991), 6 OR (3d) 235) (suspension d'instance accordée en cas de clause contractuelle exclusive d'élection de for).

[90] *Crockett c. Society of Lloyd's* [2000] PEIJ No 54 (Div. 1ère inst., CS de l'I.P-E.). La Cour a pourtant laissé explicitement en suspens la question de l'applicabilité de la doctrine du *forum non conveniens* en présence d'une clause d'élection de for, en faisant référence à des décisions contradictoires d'autres juridictions canadiennes.

[91] Voir *472900BC Ltd c. Thrifty Canada Ltd* [1998] BCJ N0 2944 (CA CB) : mise en œuvre, par la Cour d'Appel de la Colombie-britannique, d'une clause non-exclusive d'élection de for en faveur des tribunaux de l'Ontario ainsi que d'une décision de la cour supérieure de l'Ontario reconnaissant également cette clause. Cette dernière casse une décision de la cour supérieure de la Colombie-britannique qui donnait la priorité au choix de for unilatéral d'une des parties sur leur clause contractuelle d'élection de for. Pour accorder une suspension, la Cour de la Colombie-britannique s'est cependant fondée dans une moindre mesure sur la clause d'élection de for. Les considérations de courtoisie, et notamment le fait qu'une procédure était déjà pendante devant la juridiction choisie, et que celle-ci avait déjà refusé de surseoir à statuer, ont été déterminantes.

[92] *Avenue Properties c. First City Development Corp.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45 (CA C-B).

[93] *Ho-A-Shoo c. Canada (PG),* 47 OR (3d) 115, [2000] 2 CTC 155. Dans le même esprit, la Cour supérieure du Québec a refusé de surseoir à statuer en faveur d'une clause contractuelle d'élection de for qu'elle considérait sans effet parce que la décision du tribunal étranger choisi par les parties aurait été sans effet au Québec en

Il semble donc qu'il ne soit pas nécessaire d'examiner ici plus avant l'aspect du rejet de compétence en application du principe du *forum non conveniens* à l'égard des juridictions étrangères, parce que (i) il a été débattu en profondeur au cours des négociations antérieures sur le Projet des Jugements ; et (2) tant que la Convention est composée d'un unique chef de compétence en liste blanche, à savoir une clause exclusive d'élection de for dans une affaire entre professionnels, l'avis qui domine largement au sein du groupe de travail informel sur le Projet des Jugements[94] a été qu'en pareil cas, l'exercice de la discrétion découlant du droit interne de décliner sa compétence, en faveur de juridictions étrangères, devrait être exclu.

Il sera cependant nécessaire de discuter de la manière de traiter les situations dans lesquelles la juridiction choisie et saisie souhaite surseoir à statuer au bénéfice de la compétence d'une autre province ou territoire canadien (ou de la lui transférer) pour l'un des motifs décrits dans la présente note, ainsi que le permet actuellement le droit interne du Canada.

4. Loi applicable en cas de transfert ou de sursis à statuer

Le droit procédural est toujours le droit de la juridiction connaissant effectivement de l'affaire[95]. En cas de transfert de l'instance, le droit procédural applicable serait donc modifié.

En ce qui concerne le droit matériel, là encore, la juridiction connaissant effectivement de l'affaire appliquerait ses propres règles de droit international privé (et de ce fait, dans la plupart des cas, son propre droit matériel également[96]). Les considérations de courtoisie peuvent cependant pousser une juridiction à éventuellement prendre en considération la loi d'une autre province[97].

C. Etats-Unis d'Amérique

1. Compétence fédérale contre compétence d'état

Aux Etats-Unis, il existe un système fédéral de cours, même si chaque état est libre d'établir son propre système judiciaire à sa convenance. Au niveau fédéral, les Tribunaux Fédéraux de District sont des juridictions de première instance, et il y en a au moins un dans chaque état[98]. Les juridictions d'appel fédérales sont les treize Cours d'Appel de Circuit existantes[99]. La Cour Suprême des Etats-Unis est la plus haute juridiction du pays. De plus, il existe un certain nombre de juridictions fédérales spécialisées, notamment le Tribunal du commerce international (Court of International Trade) et les tribunaux traitant de l'insolvabilité (bankruptcy courts). L'organisation judiciaire individuelle des états, par contre, varie. Généralement, les états ont deux degrés de juridiction, d'autres trois.

Les juridictions fédérales sont des juridictions dotées d'une compétence *ratione materiae* limitée, définie par la Constitution. Les juridictions de première instance de chaque état

---

raison du fait que la législation québécoise reconnaîtrait dans ce cas (action personnelle à caractère patrimonial) une compétence exclusive aux tribunaux québécois en application du principe dit « du miroir » (*Opron Inc. c. Aero System Engineering Inc.* [1999] JQ No 420 (CS Qué. Chambre civile)). Ceci démontre que, même sous le régime d'une Convention de la Haye sur les jugements prévoyant le respect des clauses d'élection de for et assurant la reconnaissance et l'exécution des jugements basés sur ce chef de compétence, il sera nécessaire de régler la relation entre la Convention et les règles internes de compétence exclusive des Etats contractants pour éviter qu'une telle décision se répète.

[94] Ceci reflète également l'avis des Commissions Spéciales antérieures sur le Projet des Jugements à l'égard de l'article 4 des projets de 1999 et 2001, voir articles 21(1) et 22(1) de ces textes. Voir également Doc. prél. No 22, p. 6 et 16-18.

[95] Voir J.-G. Castel, Canadian Conflict of Laws (1994), 3 éd., p. 119.

[96] Voir J.-G. Castel (*supra* note 95), p. 5.

[97] Voir J.-G. Castel (*supra* note 95), p. 13 *et s.*

[98] 28 U.S.C. § 133.

[99] Parmi ces treize cours, on compte la Cour d'appel pour le Circuit fédéral qui, entre autres, est la cour d'appel nationale de la « United States Court of Federal Claims », du Tribunal du commerce international (United States Court of International Trade) et connaît également des appels dont l'action de base relève du droit fédéral des brevets. 28 U.S.C. § 1295. Les douze autres « Circuit Courts » sont des juridictions régionales qui traitent des appels des Tribunaux fédéraux de District (Federal District Courts) situées dans leur « circuit » respectif mais également des appels des organismes administratifs fédéraux.

disposent collectivement d'une compétence *ratione materiae* générale. Elles peuvent connaître de toute demande admissible à de rares exceptions près (les exceptions comprennent certains domaines de compétence fédérale exclusive : certaines procédures maritimes, les questions de faillite, les réclamations en matière de contrefaçon de brevets et de droit d'auteur, et les affaires relevant du droit fédéral de la concurrence et des valeurs mobilières). En d'autres termes, la juridiction d'état est présumée être compétente *ratione materiae*.

Cependant, il existe deux moyens de soumettre une affaire à une juridiction fédérale aux Etats-Unis : par l'intermédiaire d'une « question fédérale », et en cas de « diversité ».

a) Compétence pour les questions fédérales

Une « question fédérale » est une question dans laquelle la demande fait valoir un droit ou une obligation « survenant en application » de la Constitution des Etats-Unis, d'un traité fédéral ou d'une loi fédérale[100]. La Cour Suprême a jugé que pour qu'il existe une question fédérale, « soit le droit fédéral crée la cause de la demande, soit le droit du demandeur à une mesure dépend nécessairement de la résolution d'une question de fond de droit fédéral »[101]. La « question fédérale » est en grande partie établie par la réclamation du demandeur en application de la règle dite « de la demande bien plaidée » (*well-pleaded complaint*). Certains lois permettent un dessaisissement d'une juridiction d'état sur le fondement d'une défense fédérale. Cependant ce dessaisissement fondé sur une défense fédérale ne peut pas en général être invoqué par les deux parties.

Il existe deux types de questions fédérales : (1) celles pour lesquelles les juridictions fédérales ont compétence exclusive ; et (2) celles pour lesquelles les juridictions fédérales et d'état ont une compétence concurrente. Les domaines de compétence exclusive sont limités et énumérés par la loi ; ils comprennent les questions maritimes, de faillite, de propriété intellectuelle, de concurrence, les questions consulaires ou diplomatiques, et les confiscations[102]. Lorsque l'une de ces questions fédérales exclusives est le fondement de la cause, l'affaire ne peut être engagée que devant une juridiction fédérale. Les parties ne peuvent pas s'accorder pour porter l'affaire devant une juridiction d'état pour une question fédérale exclusive, et de fait si elle est engagée devant une juridiction d'état, celle-ci doit rejeter la demande ou la transférer à la juridiction fédérale[103].

Pour toutes les autres questions fédérales, la procédure peut être engagée devant une juridiction d'état ou fédérale.

Lorsque la juridiction fédérale est compétente à l'égard d'une réclamation concernant une question fédérale, elle a la possibilité (mais non l'obligation) de connaître de toute réclamation d'état inhérente à la réclamation fédérale en vertu d'une compétence accessoire[104].

b) Compétence en matière de diversité

Le second moyen d'atteindre les juridictions fédérales est la compétence en matière de « diversité ». Ici, le cœur de la demande *n'est pas* fondé sur le droit fédéral, mais plutôt sur le droit d'état. Comme elle est fondée sur le droit d'état, la demande *pourrait* être portée devant un tribunal d'état. Les deux éléments à réunir pour la compétence fédérale en matière de diversité sont que (1) les parties doivent être des citoyens d'états différents[105]

---

[100] 28 U.S.C. § 1331.
[101] *Franchise Tax Bd. c. Construction Laborers Vacation Trust*, 463 U.S. 1(1983).
[102] 28 U.S.C. §§ 1333, 1334, 1338, 1351, 1355, 1364.
[103] Si la défense ou une demande reconventionnelle fondée sur le droit fédéral n'est pas suffisamment bien plaidée pour établir une compétence fédérale, des domaines très spécialisés de droit fédéral, comme le droit des brevets, devront être examinés par les juridictions d'état.
[104] 28 U.S.C. § 1367.
[105] En 1990, cette loi a été modifiée pour disposer qu'un étranger admis aux Etats-Unis en vue d'une résidence permanente doit être considéré, à l'effet de la diversité, comme citoyen de l'état de son domicile. Dès lors, la compétence en matière de diversité ne serait pas applicable si un défendeur de nationalité étrangère était admis aux Etats-Unis en vue d'une résidence permanente et qu'il était domicilié dans le même état que le demandeur. En outre, si les deux parties à la procédure sont des citoyens d'un état étranger, il n'y a pas de compétence en matière de diversité.

et (2) le montant réclamé doit être raisonnablement allégué à plus de USD 75.000[106]. Les juridictions fédérales interprètent la diversité de citoyenneté très strictement pour admettre *uniquement* la « diversité complète » - un demandeur ne peut pas être citoyen du même état que l'un quelconque des défendeurs[107]. Il existe de nombreuses règles régissant la diversité de citoyenneté des aubains, Américains expatriés, étrangers, des demandes collectives, et personnes morales, mais les principes les plus importants sont ceux de la « diversité complète » et le fait que les demandes sont fondées sur le droit d'état.

c) Chevauchement potentiel

En résumé, il n'existe pas de chevauchement de compétence *ratione materiae* pour les questions fédérales relevant de la compétence exclusive des juridictions fédérales (à condition que la question fédérale soit soulevée devant une juridiction fédérale en conformité avec la règle dite « de la demande bien plaidée »), mais il existe un chevauchement pour les questions fédérales relevant de la compétence concurrente des juridictions fédérales et d'état, ainsi que pour les demandes relevant de la compétence accessoire survenant devant les juridictions fédérales en application du droit d'état. En outre, il existe un chevauchement pour la compétence en matière de diversité entre les juridictions d'état et fédérales. En d'autres termes, une juridiction fédérale peut connaître d'une demande fondée sur le droit d'état si l'affaire concerne des parties de différents états des EU, un citoyen des EU et un citoyen d'un Etat étranger, ou si la demande fondée sur le droit d'état est étroitement liée à une demande fondée sur le droit fédéral, alors que les juridictions d'état peuvent connaître de la plupart des demandes fondées sur le droit fédéral.

Pour les affaires civiles et commerciales courantes, les plus susceptibles de survenir en vertu de la Convention sur les Jugements, la diversité aura probablement la plus grande importance à moins que le gouvernement fédéral ne mette en œuvre la Convention sur les Jugements au moyen d'une législation créant une compétence *ratione materiae* auprès des juridictions fédérales par voie de compétence en matière de question fédérale applicable à toute procédure relevant du traité.

2. Mécanismes de renvoi

Aux Etats-Unis, il existe deux méthodes différentes permettant de renvoyer une affaire au sein du système judiciaire et qui sont pertinentes à la question en cause : (1) déplacement d'une juridiction fédérale située dans un état vers une juridiction fédérale située dans un autre état et (2) renvoi d'une juridiction d'état vers une juridiction fédérale[108]. Il existe également des instances où la juridiction fédérale se dessaisira au profit d'une juridiction d'état – on parlera d'« abstention ». Il importe de noter qu'une juridiction d'état qui conclut que l'instance qui lui est soumise devrait être plaidée dans un autre état ne peut renvoyer l'affaire à cet état directement. Elle doit rejeter l'affaire, et l'une des parties doit engager la procédure dans l'autre état. Cela pourrait résulter, par exemple, d'un défaut de compétence *ratione personae* à l'égard du défendeur ou du *forum non conveniens*[109].

a) Renvoi entre juridictions fédérales

Le Congrès a promulgué des lois en matière de compétence territoriale, qui indiquent les lieux dans lesquels certains types d'instances particuliers doivent être engagés au sein du système fédéral.

---

[106] 28 U.S.C. § 1332.
[107] *Strawbridge c. Curtis*, 3 Cranch 267 (1806).
[108] Un renvoi d'une juridiction à une autre dans un même état (de même que dans tout Etat doté d'un système de droit unitaire) serait fondé sur les règles de compétence territoriale ou de compétence *ratione materiae* (dont doit disposer la juridiction saisie dans les affaires examinées par la présente note), ou, si la juridiction saisie dispose des deux, un renvoi peut être fondé sur la commodité (l'incommodité). Il faudrait déterminer si de tels transferts seraient interdits par la Convention.
[109] Si la Convention sur les Jugements devait interdire l'application de tout principe national du forum *non conveniens* tout en créant une compétence *ratione personae* fondée sur une clause d'élection de for, il faudrait déterminer si les renvois internationaux mais également internes, fondés sur le *forum non conveniens*, seraient couverts par une telle interdiction.

Certaines lois fédérales permettent le renvoi d'affaires civiles d'un district fédéral à un autre[110]. L'article 1404, qui est le plus important pour la présente recherche, permet le renvoi d'une affaire vers tout district où l'affaire aurait pu être engagée (c'est à dire, qui dispose d'une compétence territoriale et *ratione materiae* valable). Cet article est pour l'essentiel un substitut légal au principe du *forum non conveniens*, bien que naturellement les juridictions fédérales continuent d'appliquer le principe du *forum non conveniens* aux affaires dans lesquelles le for alternatif est situé hors des Etats-Unis. L'article 1404 prévoit expressément que pour décider d'un éventuel renvoi d'une affaire vers un autre district, la juridiction doit prendre en considération la commodité des parties et des témoins, ainsi que l'intérêt de la justice. Les conditions d'un renvoi interne fondé sur l'article 1404 sont généralement plus souples que les conditions du *forum non conveniens* dans les affaires internationales.

b) Renvoi d'une juridiction d'état vers une juridiction fédérale

De nombreuses affaires satisferont au critère de compétence *ratione materiae* des juridictions à la fois fédérales et d'état. Si les deux se chevauchent, un demandeur pourra choisir devant quelle juridiction engager sa procédure. S'il choisit la juridiction d'état, le défendeur aura la possibilité de déposer une requête tendant au renvoi de l'affaire vers une juridiction fédérale au motif de la diversité des parties ou d'une question fédérale. Si une affaire ne peut être déplacée d'une juridiction d'état que vers un tribunal fédéral de district dans un district dans lequel se trouve le lieu où l'instance était en cours devant la juridiction d'état, le tribunal fédéral de district peut par la suite renvoyer l'affaire à un autre tribunal fédéral de district en application des règles fédérales de procédure civile[111].

i. Compétence sur les questions fédérales et renvoi

Pour toutes les questions fédérales, à l'exception de celles pour lesquelles les juridictions fédérales sont compétentes à titre exclusif, l'instance peut être engagée devant une juridiction d'état ou fédérale. Si le demandeur engage la procédure devant une juridiction d'état, le défendeur peut demander son transfert vers le tribunal fédéral de district ; si le demandeur engage la procédure devant le tribunal fédéral, le défendeur ne peut obtenir son transfert vers le tribunal d'état (le transfert est une opération « à sens unique »)[112]. Une fois l'affaire déplacée de la juridiction d'état à la juridiction fédérale, cette dernière a le pouvoir discrétionnaire de renvoyer à la juridiction d'état toute partie de l'affaire dans laquelle le droit d'état est prépondérant[113].

En outre, une juridiction fédérale a la *possibilité* de décliner l'exercice de sa compétence accessoire sur les réclamations liées, fondées sur le droit d'état, en application de 28 U.S.C. § 1367(c) si cette réclamation soulève des questions nouvelles ou complexes de droit d'état, si la réclamation fondée sur le droit d'état est prépondérante, si les réclamations fondées sur le droit fédéral ont déjà été rejetées, ou dans d'autres cas exceptionnels[114]. En outre, il existe divers doctrines d'abstention selon lesquels les juridictions fédérales se dessaisissent[115] en faveur des juridictions d'état (abstention Pullman[116], abstention ou

---

[110] 28 U.S.C. §§ 1404, 1406, 1407.
[111] Voir *supra*, p. 23 *et s.*
[112] 28 U.S.C. § 1441.
[113] 28 U.S.C. § 1441(c).
[114] 28 U.S.C. § 1367(c).
[115] Si ces doctrines d'abstention sont souvent décrites comme obligatoires, il y a une incertitude quant à la question de savoir si la juridiction fédérale ne pouvait pas, dans une situation appropriée, conserver une discrétion à l'égard de l'abstention ou de l'exercice de sa compétence.
[116] L'abstention Pullman a été créée par la Cour Suprême dans l'arrêt *Texas c. Pullman*, 314 US 496 (1941). Une affaire caractéristique concerne une situation où le demandeur fait valoir une violation de la Constitution et des demandes fondées sur le droit d'état, étroitement liées. Bien qu'il n'existe pas encore de procédure d'état parallèle, la juridiction fédérale s'abstient afin d'obtenir une décision définitive de la juridiction d'état sur les questions de droit d'état ambiguës, qui seraient susceptibles d'empêcher la juridiction fédérale de devoir statuer sur la question de droit constitutionnel. Le demandeur se réserve le droit de retourner devant la juridiction fédérale sur la question de droit constitutionnel si sa demande ne prospère pas devant la juridiction d'état.

sursis Colorado River[117], et abstentions Younger[118]). Ces doctrines ne sont pas souvent appliquées et traitent de situations inhabituelles dans lesquelles, par exemple, la résolution d'une question ambiguë de droit d'état pourrait éviter la nécessité de statuer sur une question de droit constitutionnel ; la juridiction fédérale décide que le dessaisissement en faveur d'un état favorise la courtoisie entre états et le respect d'importants intérêts de l'état ; ou qu'il serait de l'intérêt d'une bonne administration de la justice de s'abstenir de l'exercice de la compétence fédérale. Néanmoins, ces doctrines sont connues pour avoir été appliquées même dans des affaires relatives à une question fédérale. Par exemple, il y a eu quelques décisions relatives à la *Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* dans lesquelles les juridictions fédérales se sont abstenues au profit des juridictions d'état saisies des affaires relatives au droit de garde, utilisant soit la doctrine d'abstention de Colorado River[119], soit la doctrine d'abstention Younger[120].

ii. Compétence en matière de diversité et renvoi

Comme indiqué ci-dessus, si une affaire de diversité est engagée initialement devant une juridiction d'état, le défendeur peut demander le transfert de l'affaire vers une juridiction fédérale si les critères de compétence en matière de diversité sont remplis[121]. Cependant, même s'il existe une compétence fédérale fondée sur la diversité, la juridiction fédérale dispose d'un pouvoir discrétionnaire de décliner sa compétence en application du principe « d'abstention » (c'est à dire au motif de l'encombrement des tribunaux, de questions difficiles de droit d'état, ou d'un contentieux lié devant une juridiction d'état)[122].

3. Requête de déplacement d'une juridiction d'état vers une juridiction fédérale et clauses d'élection de for

Une requête tendant au déplacement peut être présentée par un défendeur qu'il y ait ou non un accord d'élection de for identifiant la juridiction d'état comme for choisi.

---

[117] Cette abstention s'applique également dans les affaires de diversité. Voir *infra* note 122 pour plus de précisions.

[118] Cette doctrine provient de l'arrêt *Younger c. Harris*, 401 US 37 (1971), mais a subi une évolution considérable depuis l'affaire initiale, dans laquelle la Cour Suprême a jugé qu'une juridiction fédérale ne devait pas interdire une poursuite pénale d'état en cours sans preuve que la poursuite avait été engagée de mauvaise foi, dans un but de harcèlement, ou que la juridiction d'état serait inappropriée pour traiter des demandes constitutionnelles des plaideurs. Autrefois, la doctrine Younger ne concernait que les procédures pénales, mais il s'applique désormais également aux procédures civiles. Une affaire caractéristique concerne une procédure d'état en cours, impliquant un important intérêt de l'état, ainsi que la possibilité de contester la constitutionnalité de la loi d'état, et un demandeur demandant une mesure discrétionnaire restreignant la procédure d'état. La juridiction fédérale s'abstient sur le fondement de principes de courtoisie entre états et de fédéralisme, afin de ne pas interférer avec la procédure d'état.

[119] *Copeland c. Copeland*, No. 97-1665, 1998 U.S. App. LEXIS 1670 (4th Cir. Feb. 6, 1998) (per curiam).

[120] *Bouvagnet c. Bouvagnet*, 2001 WL 1263497 (N.D. Ill. Oct. 22, 2001).

[121] 28 U.S.C. § 1441.

[122] Le principe dit d'abstention Burford est généralement invoqué dans les affaires de diversité. Il a été établi dans l'affaire *Burford c. Sun Oil*, 319 US 315 (1942). Une affaire caractéristique implique une situation où un demandeur présente une demande fondée sur le droit d'état, des questions importantes de droit réglementaire d'état sont en cause, les juridictions d'état font partie du processus réglementaire, et la juridiction fédérale s'abstient donc pour un motif de courtoisie entre états et de respect des intérêts prépondérants de l'état. Par exemple, dans l'arrêt *Law Enforcement Ins. Co. c. Corcoran*, 807 F.2d 38, 42 (2nd. Cir. 1986), rejet, 481 U.S. 1017, 107 S. Ct. 1896, 95 L.Ed.2d 503 (1987), le demandeur faisait valoir une réclamation à l'encontre d'une compagnie d'assurance défunte dirigée par un « redresseur » désigné par une juridiction d'état sur demande du département de l'assurance de l'état. Constatant que les juridictions d'état étaient des « partenaires actifs » du processus réglementaire, la juridiction fédérale a confirmé le rejet de la demande, déclarant que « la structure du système de New York sert le fort intérêt de l'état pour la centralisation des réclamations à l'encontre d'un assureur défaillant dans un for unique où elles peuvent être traitées efficacement et de manière cohérente. »

Dans cette affaire, il est intéressant de noter que la Cour a également jugé qu'une abstention Colorado River était justifiée. Cette abstention se fonde sur les « considérations d'une sage administration de la justice » et a été développée dans l'affaire *Colorado River Water Conservation Dist. c. United States*, 424 US 800 (1976). Une affaire caractéristique implique une procédure d'état en cours, une affaire fédérale en réaction impliquant des parties et réclamations semblables (identiques ou semblables dans leurs effets), et aucun problème constitutionnel ou de fédéralisme soulevé.

4. Loi applicable en cas de renvoi

En général, si le motif de compétence de la juridiction fédérale est la diversité, le droit d'état s'appliquera aux questions de droit matériel, bien que le droit procédural fédéral continue de s'appliquer devant les juridictions fédérales[123]. Un renvoi d'une juridiction d'état vers une juridiction fédérale n'aurait donc, dans ces cas, aucun effet sur le droit matériel applicable à l'affaire, mais uniquement sur le droit procédural (fédéral et non d'état). Si la compétence fédérale est fondée sur une question fédérale, le droit fédéral devra être appliqué en tout état de cause, de sorte que là encore, un renvoi d'une juridiction d'état vers une juridiction fédérale ne changerait pas le droit matériel applicable.

Si une affaire dans laquelle la compétence est fondée par la diversité est renvoyée d'un tribunal fédéral de district à un autre en application de 28 U.S.C. § 1404, le tribunal destinataire doit appliquer le droit qui aurait été appliqué par la juridiction d'origine, y compris ses règles de choix de loi. En d'autres termes, si par exemple un demandeur de New York poursuit un défendeur indien devant une juridiction d'état de New York, et que le défendeur indien déplace l'affaire vers un tribunal de district de New York (juridiction fédérale) sur le fondement de la compétence en matière de diversité, et que l'affaire est ensuite renvoyée à un tribunal de district du Kentucky en application de 28 U.S.C. § 1404 (p. ex., dans le cas d'une demande délictuelle dans laquelle le dommage matériel est subi au Kentucky, les faits donnant lieu au dommage ont eu lieu au Kentucky, et tous les témoins pertinents sont au Kentucky), la loi appliquée par le tribunal de district du Kentucky sera le droit de New York, y compris ses règles de choix de loi.

En somme, le renvoi d'une juridiction fédérale vers une autre ne change ni le droit matériel ni le droit procédural applicables. Le droit matériel sera le droit d'état (en cas de diversité) ou le droit fédéral (en cas de question fédérale), et le droit procédural sera fédéral.

III. CONCLUSION

En introduction de cette étude, il était indiqué que des principes communs devraient pouvoir se dégager de l'analyse des trois systèmes juridiques développés ci-dessus. En réalité, la conduite de cette recherche a révélé des traits à la fois communs et distincts. Les caractéristiques communes sont les suivantes :

- Dans les Etats fédéraux ayant un système juridique non unifié, des chevauchements de compétence apparaissent toujours entre l'Etat fédéral, d'une part, et ses unités territoriales, d'autre part.
- Dans tous les systèmes juridiques étudiés, il existe des possibilités de « vrai » renvoi d'affaires d'une juridiction à une autre[124]. Ces renvois se fondent en principe sur des règles écrites telles que des lois ou Règles d'organisation judiciaires.
- Dans la plupart des affaires, la juridiction saisie a aussi ou alternativement, la possibilité soit de rejeter l'affaire, soit de surseoir à statuer et d'inviter les parties à se pourvoir devant un for plus approprié. Normalement, il s'agirait d'une application du principe du *forum non conveniens*. Mais les règles écrites, mentionnées précédemment, constituent généralement un substitut codifié à ce principe de *common law*.

---

[123] Voir en outre sur cette question, la note 63 au Doc. prél. No 18 et le texte correspondant.

[124] Outre ces traits communs, des différences existent aussi. Ainsi, dans un Etat, un renvoi peut ne fonctionner que d'une juridiction d'état à une juridiction fédérale, ainsi qu'entre les juridictions fédérales. Dans un autre Etat, un renvoi peut aussi être possible d'une juridiction fédérale vers une juridiction d'état sous certaines conditions, et il peut en outre y avoir une possibilité de renvoi d'affaire d'une juridiction d'état ou province directement vers une autre. Si cette dernière possibilité n'est pas envisageable en raison de l'absence de loi écrite permettant de surmonter l'obstacle de la territorialité entre des juridictions distinctes, le rejet de la procédure ou le sursis à statuer devant une juridiction conduirait à un résultat similaire au cas où la juridiction invite les parties à porter leur affaire dans un autre état.

- Les systèmes juridiques examinés confèrent généralement à la juridiction un plus large pouvoir discrétionnaire dans les affaires où le for le plus approprié est situé dans le même Etat, que dans des affaires internationales impliquant un for étranger éventuellement plus approprié.
- Une clause d'élection de for constitue en principe un élément important à prendre en considération lors de l'appréciation du caractère approprié du for saisi, notamment lorsque la clause est exclusive -, mais ce n'est pas nécessairement un élément décisif.
- Le renvoi aura dans la plupart des affaires un impact sur le droit procédural qui gouverne les procédures ; mais aussi très souvent sur le droit matériel applicable.

Afin d'être le plus complet possible, il est nécessaire de mentionner que les systèmes de droit civil ne possèdent normalement pas de dispositions juridiques permettant le renvoi d'une juridiction disposant d'une compétence *ratione personae* et *ratione materiae* ainsi que territoriale, au profit d'une autre juridiction. Le concept d'une juridiction exerçant une discrétion dans une telle hypothèse leur est encore plus étranger : dans de nombreux Etats de droit civil, il semble que la notion de « juge naturel »[125] implique de façon inhérente qu'une juridiction qui est saisie et compétente (*ratione materia*e, *ratione personae* et territorialement) en vertu de la loi, doit connaître de l'affaire et ne devrait pas pouvoir s'en abstenir ni la renvoyer à d'autres. Ainsi les priorités sont différentes dans les systèmes de droit civil et de *common law* en trouvant le juste milieu entre la prévisibilité générale et l'adaptation aux cas individuels.

[125] En Allemagne, par exemple, ce concept constitue même un principe constitutionnel, protégé et exigé en vertu de l'article 101 de la Loi fondamentale.

A N N E X E S

Annexe I

Australie - La Constitution

Chapitre I Titre V - Pouvoirs du Parlement

Article 51 - Pouvoirs législatifs du Parlement

Le Parlement, sous réserve de la présente Constitution, aura le pouvoir de légiférer en vue de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement du Commonwealth à l'égard :

(i) du commerce et du négoce avec les autres pays, et entre les Etats ;

(ii) de la fiscalité ; mais pas de manière à créer une discrimination entre les Etats ou parties des Etats ;

(iii) des primes à la production ou l'exportation de marchandises, mais de telle sorte que les primes soient uniformes dans tout le Commonwealth ;

(iv) de l'emprunt de fonds sur le crédit public du Commonwealth ;

(v) des services postaux, télégraphiques, téléphoniques et autres semblables ;

(vi) de la défense navale et militaire du Commonwealth et des différents Etats, et de la direction des forces pour l'application et le maintien des lois du Commonwealth ;

(vii) des phares, bateaux-feux, balises et bouées ;

(viii) des observations astronomiques et météorologiques ;

(ix) de la quarantaine ;

(x) des pêches dans les eaux australiennes au-delà des limites territoriales ;

(xi) du recensement et des statistiques ;

(xii) de la monnaie, de la monnaie métallique, et de la monnaie légale ;

(xiii) de la banque, autre que la banque des Etats ; également de la banque des Etats s'étendant au-delà des limites de l'Etat concerné, de la constitution de banques, et de l'émission de papier-monnaie ;

(xiv) de l'assurance, autre que l'assurance des Etats ; également de l'assurance des Etats s'étendant au-delà des limites de l'Etat concerné ;

(xv) des poids et mesures ;

(xvi) des effets de commerce et billets à ordre ;

(xvii) de la faillite et de l'insolvabilité ;

(xviii) des droits d'auteur, des brevets d'invention et modèles, et des marques ;

(xix) de la naturalisation et des étrangers ;

(xx) des personnes morales étrangères, et des personnes morales de négoce ou financières constituées dans les limites du Commonwealth ;

(xxi) du mariage ;

(xxii) des affaires de divorce et matrimoniales ; et corrélativement, des droits parentaux et de la garde et de la tutelle des mineurs ;

(xxiii) des pensions d'invalidité et de retraite ;

(xxiiiA) de la fourniture de prestations de maternité, de pensions de veuvage, d'allocations de naissance, de chômage, de frais de pharmacie, de maladie et d'hospitalisation, services médicaux et dentaires (mais pas de manière à autoriser une forme quelconque de conscription civile), avantages aux étudiants et prestations aux familles ;

(xxiv) de la signification et de l'exécution dans tout le Commonwealth des actes de procédure civile et pénale, et des décisions des juridictions des Etats ;

(xxv) de la reconnaissance dans tout le Commonwealth des lois, registres et Lois publics, et des procédures judiciaires des Etats ;

(xxvi) des peuples de toute race, pour lesquels il est jugé nécessaire de légiférer en particulier ;

(xxvii) de l'immigration et de l'émigration ;

(xxviii) de l'entrée de délinquants ;

(xxix) des affaires étrangères ;

(xxx) des relations du Commonwealth avec les îles du Pacifique ;

(xxxi) de l'acquisition de biens selon des modalités équitables auprès de tout Etat ou personne pour tout objet à l'égard duquel le Parlement a le pouvoir de légiférer ;

(xxxii) de la direction des chemins de fer à l'égard du transport dans les buts navals et militaires du Commonwealth ;

(xxxiii) de l'acquisition, avec le consentement d'un Etat, de tout chemin de fer de l'Etat selon des modalités convenues entre le Commonwealth et l'Etat ;

(xxxiv) de la construction et de l'extension de chemins de fer dans tout Etat, avec le consentement de cet Etat ;

(xxxv) de la conciliation et de l'arbitrage pour la prévention et le règlement de conflits du travail s'étendant au-delà des limites d'un Etat unique ;

(xxxvi) des questions à l'égard desquelles la présente Constitution dispose jusqu'à ce que le Parlement en dispose autrement ;

(xxxvii) des questions soumises au Parlement du Commonwealth par le ou les Parlements de tous Etats, mais de sorte que la loi ne s'appliquera qu'aux Etats par le Parlement desquels la question a été soumise, ou qui adoptent la loi par la suite[126] ;

(xxxviii) l'exercice au sein du Commonwealth, à la demande ou avec le concours du Parlement de tous les Etats directement concernés, de tout pouvoir ne pouvant, lors de l'établissement de la présente Constitution, être exercé que par le Parlement du Royaume-Uni ou par le Conseil Fédéral d'Australasie ;

(xxxix) des questions incidentes à l'exercice de tout pouvoir conféré par la présente Constitution au Parlement ou à l'une de ses deux Chambres, ou au gouvernement du Commonwealth, ou à l'Autorité Judiciaire fédérale, ou à tout service ou agent du Commonwealth.

---

[126] Les Lois suivantes ont été adoptées par les Parlements des Etats pour la soumission de questions au Parlement en application de l'article 51 et sont encore en vigueur :
Nouvelle Galles du Sud : *No. 48, 1983 : Commonwealth Powers (Meat force inspection) Act 1983* ;
Victoria : *No. 4009 : Debt Conversion Agreement Act 1931 (No. 2)* ;
Queensland : *No. 2 : The Commonwealth Powers (Air Transport) Act 1950* ;
Australie Méridionale : *No. 2061, 1931 : Commonwealth Legislative Power Act 1931* ;
Tasmanie : *No. 46, 1952 : Commonwealth Powers (Air Transport) Act 1952*.

Annexe II

Canada - Saskatchewan

Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances , basée sur la loi uniforme du même nom :

Dispositions générales applicables aux renvois

12(1) La Cour du Banc de la Reine, conformément à la présente partie, peut :

a) renvoyer une instance à un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan ;

b) accepter le renvoi d'une instance par un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan.

(2) Le pouvoir conféré par la présente partie à la Cour du Banc de la Reine de renvoyer une instance à un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan comprend le pouvoir de n'en renvoyer qu'une partie à ce tribunal.

(3) Le pouvoir conféré par la présente partie à la Cour du Banc de la Reine d'accepter le renvoi d'une instance par un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan comprend le pouvoir de n'accepter qu'une partie de l'instance.

(4) Si une mesure concernant le renvoi d'une instance doit ou devrait être prise devant la Cour du Banc de la Reine ou devant un autre tribunal de la Saskatchewan en appel de la décision de la Cour du Banc de la Reine, la présente partie s'applique au renvoi.

(5) Si une mesure concernant le renvoi d'une instance doit ou devrait être prise devant un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan, la Cour du Banc de la Reine, malgré les différences qui peuvent exister entre la présente partie et les règles applicables devant le tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan, peut renvoyer l'instance ou en accepter le renvoi si elle juge que ces différences :

a) ne nuisent pas à l'efficacité du renvoi ;

b) n'empêchent pas la conduite juste et régulière de l'instance.

Motifs fondant l'ordonnance de renvoi

13(1) La Cour du Banc de la Reine peut, par ordonnance, demander à un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan d'accepter le renvoi d'une instance à l'égard de laquelle elle a la compétence territoriale et la compétence matérielle si elle est convaincue que :

a) d'une part, le tribunal d'accueil a la compétence matérielle requise pour entendre l'instance ;

b) d'autre part, le tribunal d'accueil constitue, aux termes de l'article 11[127], un ressort plus approprié que la Cour du Banc de la Reine pour entendre l'instance.

(2) La Cour du Banc de la Reine peut, par ordonnance, demander à un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan d'accepter le renvoi d'une instance à l'égard de laquelle elle n'a pas la compétence territoriale ou la compétence matérielle si elle est convaincue que le tribunal d'accueil a la compétence territoriale et la compétence matérielle requises pour entendre l'instance.

(3) Pour déterminer si un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan a la compétence territoriale ou la compétence matérielle requise pour entendre une instance, la Cour du Banc de la Reine doit appliquer les lois de l'État où est situé le tribunal visé.

---

[127] Dans la version officielle publiée en langue française à l'adresse < www.qp.gov.sk.ca/documents/archive/chaptes/1997/C41-1.pdf >, référence est en effet faite à l'article 11 pendant que la version anglaise, disponible à la même adresse, renvoie correctement à l'article 10.

Dispositions relatives à l'ordonnance de renvoi

14(1) Dans l'ordonnance qu'elle rend pour demander à un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan d'accepter le renvoi d'une instance, la Cour du Banc de la Reine doit exposer les motifs de la demande.

(2) L'ordonnance peut :

a) être rendue sur requête d'une partie à l'instance ;

b) imposer des conditions préalables au renvoi ;

c) prévoir des modalités concernant la poursuite de l'instance ;

d) prévoir que la Cour du Banc de la Reine sera à nouveau saisie de l'instance si des événements précis se produisent.

...

Pouvoir discrétionnaire de la Cour du Banc de la Reine d'accepter ou de refuser un renvoi

15(1) Après le dépôt par un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan d'une demande de renvoi à la Cour du Banc de la Reine d'une instance introduite contre une personne devant le tribunal qui effectue le renvoi, la Cour du Banc de la Reine peut, par ordonnance :

a) accepter le renvoi, sous réserve du paragraphe (4), s'il est satisfait aux conditions suivantes :

(i) soit la Cour du Banc de la Reine, soit le tribunal qui effectue le renvoi a la compétence territoriale requise pour entendre l'instance,

(ii) la Cour du Banc de la Reine a la compétence matérielle requise pour entendre l'instance ;

b) refuser d'accepter le renvoi pour tout motif que la Cour du Banc de la Reine estime juste, même s'il est satisfait aux conditions prévues à l'alinéa a).

(2) La Cour du Banc de la Reine doit exposer les motifs d'une ordonnance, rendue en vertu de l'alinéa (1) b), par laquelle elle refuse d'accepter le renvoi d'une instance.

(3) Toute partie à l'instance introduite devant le tribunal qui effectue le renvoi peut présenter une requête à la Cour du Banc de la Reine pour qu'elle rende une ordonnance portant acceptation ou refus du renvoi de l'instance à la Cour du Banc de la Reine.

(4) La Cour du Banc de la Reine ne peut pas rendre d'ordonnance portant acceptation du renvoi d'une instance s'il n'a pas été satisfait à une condition préalable au renvoi imposée par le tribunal qui effectue le renvoi.