

ANNEXE D

FORUM NON CONVENIENS

Note soumise par la délégation du Royaume-Uni

NOTE SOUMISE PAR LA DÉLÉGATION DU ROYAUME-UNI

FORUM NON CONVENIENS *

[Jurisdiction qui ne convient pas]

INTRODUCTION

Ce document passe en revue la jurisprudence récente sur le *forum non conveniens* [jurisdiction qui ne convient pas] en Angleterre, mais tout d'abord il explore ses origines en Ecosse. Il s'agit sans doute de l'une des exportations¹ les plus couronnées de succès du système juridique écossais. On l'appelait à l'origine, en Ecosse, *forum non competens* [jurisdiction non compétente] mais dans la dernière moitié du dix-neuvième siècle, la formule moderne a été adoptée car elle reflétait mieux la véritable nature de l'exception². C'est aujourd'hui une exception d'application générale en Ecosse et en Angleterre sauf toutefois lorsque son application n'est pas conforme aux Conventions de Bruxelles et de Lugano³.

* Cette Note a été établie par M. Paul R. Beaumont, professeur de droit de l'Union européenne et de droit international privé, Faculté de droit, Université d'Aberdeen. Des versions précédentes des travaux de l'auteur sur le *forum non conveniens* ont été publiées comme faisant partie d'un traitement général des règlements pour décliner compétence au Royaume-Uni sous la forme du Rapport national du Royaume-Uni soumis au XIVème Congrès international de droit comparatif à Athènes en 1994 dans *United Kingdom Law in the Mid-1990s*, révisé par Bridge, Banakas, Gardner et Carey Miller (1994), 549-575 et dans *Declining Jurisdiction in Private International Law*, révisé par Fawcett (1995), 207-33.

¹ Voir par exemple son adoption aux Etats-Unis telle que discutée dans R. Braucher, «The Inconvenient Federal Forum» (1947) 60 *Harv. L. Rev.* 908, 909 et son adoption en Angleterre discutée dans le cadre du présent document. Sur le *forum non conveniens* en général, voir Barma et Elvin, «Forum non conveniens: Where do we go from Here?» (1985) 101 *LQR* 48; Slater, «Forum Non Conveniens: A View from the Shop Floor» (1988) *LQR* 554; Fawcett, «Trial in England or Abroad: The Underlying Policy Considerations» (1989) 9 *OJLS* 205; North & Fawcett, *Cheshire & North's Private International Law* (1992, 12ème éd.), 220-34; Dicey & Morris, *The Conflict of Laws* (1993, 12ème éd.) révisé par Collins, 395-419; Anton avec Beaumont, *Private International Law* (1990, 2ème éd.), 212-8.

² Voir, par exemple, Lord Deas dans *Longworth v. Hope* (1865) 3 M. 1049, 1058: «Bien que les questions telles que celle qui nous occupe soient classées dans nos livres sous le titre de «forum competens» ou de «forum non competens», l'exception est, à vrai dire, non pas qu'une juridiction saisie est incompétente, mais que l'autre juridiction devrait lui être préférée. Lorsqu'il y a deux juridictions compétentes, la question qui se pose est: les objectifs de la justice demandent-ils qu'une action introduite dans l'une soit entendue afin que les poursuites puissent être entamées ou portées devant l'autre?». Pour la première analyse approfondie de l'exception de *forum non conveniens* selon la législation écossaise, voir Anton, *Private International Law* (1967), 148-54.

³ Voir s. 49 de la *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* [Loi de 1982 sur la compétence en matière civile et sur les jugements]. L'étendue de l'application de l'exception est illustrée par son utilisation dans le contexte d'une demande de réexamen judiciaire dans *Sokha v. Secretary of State for the Home Department*, 1992 SLT 1049. *Forum non conveniens* s'applique aux conflits internes du Royaume-Uni qui relèvent de l'Annexe 4 de la *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, qui est modelée sur la Convention de Bruxelles, voir Drake J dans *Cumming v. Scottish Daily Record and Sunday Mail Ltd.*, *The Times*, 8 juin 1995, infirmant sa propre décision dans *Foxen v. Scotsman Publications Ltd.*, *The Times*, 17 février 1994 (relevé par Collins (1995) 111 *LQR* 541 et Beaumont (1995) 63 *SLG* 111). *Forum non conveniens* peut ne pas s'appliquer dans le contexte d'un litige qui est régi par une convention internationale, par exemple la Cour d'appel a récemment décidé qu'il ne s'applique pas aux questions qui relèvent de la Convention de Varsovie, voir *Milor SRL and Others v. British Airways plc*, *The Times*, 19 février 1996. S'agissant des cas où *forum non conveniens* est une exception compétente, il peut s'avérer possible de soutenir que seules certaines questions devraient être jugées devant une autre juridiction et non toute l'affaire, voir *Ashford Hotels Ltd. v. Higgins and others*, *The Independent*, 14 août 1995; jugement de la Cour d'appel du 21 juillet 1995 (compte rendu officiel de LEXIS), dans lequel Evans LJ a déclaré: «Il n'y a aucune raison en principe pour laquelle une partie, plutôt que la totalité d'une prétention, ne devrait pas être sursise en faveur de poursuites à l'étranger.»

LE CONTEXTE ÉCOSSAIS

La signification de l'exception n'a pas toujours été exempte de doute. Certains précédents seraient en faveur d'une portée très restreinte s'agissant du *forum non conveniens* d'après laquelle les tribunaux écossais ne suspendraient la procédure que s'il en résultait un «préjudice inéquitable»⁴ ou une «injustice réelle»⁵ pour le défendeur si le procès s'y déroulait. Une autre interprétation restrictive de l'exception est qu'elle ne s'applique que lorsqu'il est de «l'intérêt de toutes les parties» que l'affaire soit jugée devant une juridiction autre qu'en Ecosse⁶. A supposer que le demandeur ait élu d'intenter un procès en Ecosse, il est probable que cela ne sera jamais le cas et une telle approche en réalité ne donne au tribunal aucun pouvoir discrétionnaire pour décliner compétence⁷. A l'autre bout de la gamme l'on peut trouver quelque soutien pour la proposition selon laquelle le but de l'exception consiste à trouver «la juridiction la meilleure et la plus appropriée pour juger l'affaire» ce qui ne donne aucun poids à la juridiction choisie par le demandeur⁸.

Les précédents judiciaires les plus convaincants, cependant, préconisent un test des «objectifs de la justice» ou un test de «convenance» [*appropriateness*]. Il est possible de faire remonter le premier à un précepte du Lord President McNeill, président du tribunal, disant que l'exception s'appliquait dans:

«les cas dans lesquels le tribunal pourrait considérer qu'il est plus approprié pour les objectifs de la justice que les parties cherchent recours devant une autre juridiction»⁹.

L'idée de rechercher la juridiction qui a le plus de chances de satisfaire aux objectifs de la justice a été associée à la recherche des meilleurs intérêts de toutes les parties¹⁰; mais le dernier objectif a été mis en doute par Lord Sumner dans l'affaire écossaise de premier plan sur le *forum non conveniens*¹¹. Dans ladite affaire, la composante «*conveniens*» de

⁴ Voir les préceptes de Lord Deas dans *Longworth v. Hope*, n. 2 *supra*, à 1057 et l'approche de Lord Kissen dans *Balshaw v. Balshaw*, 1967 SC 63 à 73.

⁵ Lord Shaw of Dumfermline dans *Société du Gaz de Paris v. La Société anonyme de navigation «Les Armateurs Français»*, 1926 SC (HL) 13 à 20.

⁶ Voir le précepte de Lord Justice Clerk Inglis [Assesseur du président de la Cour de cassation] dans *Clements v. Macaulay* (1866) 4 M. 583 à 592 et la déclaration du très érudit magistrat à 593 selon laquelle «Dans les cas où la juridiction est établie avec compétence le tribunal ne jouit pas du pouvoir discrétionnaire d'avoir ou de décliner compétence». Lord Inglis a, par la suite, considérablement assoupli cette position, alors qu'il était Président du tribunal dans *Martin v. Stopford Blair's Executors* (1879) 7 R. 329 à 331, disant de *forum non conveniens* «l'exception signifie vraiment que, de deux tribunaux ayant compétence pour juger une question, il est plus opportun de la juger dans l'un que dans l'autre.» Il n'en reste pas moins que son approche de non jouissance du pouvoir discrétionnaire a été citée avec approbation par Lord Kinnear dans *Sim v. Robinow* (1892) 19 R. 665 à 668; par Lord Shaw of Dumfermline dans *Société du Gaz*, n. 5 *supra* à 19; et par Lord Avonside dans *Stenhouse London Ltd. v. Allwright*, 1971 SLT (Notes) 84 à 85.

⁷ Lord Sumner admettait qu'il était inutile d'essayer de satisfaire aux intérêts de toutes les parties dans la *Société du Gaz*, n. 5 *supra* à la p. 22.

⁸ Voir Lord Justice Clerk Moncrieff [Assesseur du président de la Cour de cassation] dans *Williamson v. North Eastern Railway Co.* (1884) 11 R. 596 à 598. Voir également Lord Justice Clerk Alness posant la question «où l'affaire peut-elle le mieux être jugée?» dans *Sheaf Steamship Co. Ltd. v. The Compania Transmediterranea*, 1930 SC 660 à 667.

⁹ *Longworth v. Hope*, n. 2 *supra*, à 1053.

¹⁰ Voir les autorités citées à la n. 6 *supra*.

¹¹ Voir n. 7 *supra* et Lord Guthrie dans *Argyllshire Weavers Ltd. v. A. Macaulay (Tweeds) Ltd.*, 1962 SC 388 à 403. Lord Prosser a récemment cité le test global de décliner compétence en faveur d'un tribunal compétent dans une autre juridiction lorsqu'il est «de l'intérêt de toutes les parties et pour les objectifs de la justice» comme constituant encore une affirmation correcte du droit, *Sokha*, n. 3 *supra*, à 1052-1053. Il a poursuivi, cependant, en prenant acte que «Il ne me semble pas que les chances de l'une ou l'autre partie puissent déterminer quelle est la

l'exception a été interprétée comme signifiant «appropriée» par le Lord Chancelier Cave et par Lord Dunedin¹². La tentation visant à incorporer tous les éléments ensemble dans une définition composite se voit dans le point de vue exprimé par Lord Jauncey, selon lequel l'exception s'applique lorsque:

«les intérêts des parties peuvent être servis de manière plus appropriée et les objectifs de la justice peuvent être mieux garantis devant cet autre tribunal»¹³.

Dans ce contexte d'interprétations variées de l'exception de *forum non conveniens* en Ecosse, il est heureux que la Chambre des Lords, dans une série de jugements décisifs rendus au cours des années 70 et 80, se soit progressivement rapprochée de l'adoption de l'exception telle qu'on l'entend en droit écossais¹⁴. Il est indéniable qu'il est avantageux pour l'Ecosse de bénéficier d'un jugement très clair et qui fait autorité prononcé par Lord Goff dans le cas où la reconnaissance de l'adoption par l'Angleterre de la doctrine écossaise était réalisée¹⁵. Ce jugement se concentre sur les deux éléments essentiels qui sont la «convenance» et la «justice» et donne un cadre plus clair quant à leur corrélation.

juridiction qui convient, car tout avantage de cette nature en faveur de l'une des parties désavantage par conséquent l'autre.»

¹² *Ibid.* 17 et 18. Lord Dunedin a répété ceci dans *Robinson v. Robinson's trustees*, 1930 SC (HL) 20 à 24 et son opinion a été partagée par Lord Warrington et par Lord Tomlin. Voir également l'appui en faveur de cette idée des trois magistrats de l'Inner House dans l'affaire des *Argyllshire Weavers*, n. 11 *supra* à 400-401, 403 et 405. L'idée que même lorsque les tribunaux écossais ont compétence il se peut qu'il ne soit pas «approprié» que le tribunal ait juridiction a été suggérée par Lord Ardmillan dans *Longworth v. Hope*, n. 2 *supra*, à 1059.

¹³ *Crédit Chimique v. James Scott Engineering Group Ltd.*, 1979 SC 406 à 410.

¹⁴ *The Atlantic Star* [1974] AC 436; *MacShannon v. Rockware Glass Ltd.* [1978] AC 795; *The Abidin Daver* [1984] AC 398. Dans la foulée, les tribunaux anglais ont abandonné une position extrêmement pro-partie plaignante qui déclinait une compétence, établie d'une manière capable en Angleterre, seulement si elle se révélait «oppressive ou vexatoire» pour le défendeur, ou si elle constituait un méemploi du tribunal, et encore si une suspension ne causait pas «une injustice à l'égard de la partie plaignante», voir Scott LJ dans *St. Pierre v. South American Stores* [1936] 1 KB 382 à 398. Voir également les premières affaires de *McHenry v. Lewis* (1882) 22 ChD 397; *Peruvian Guano Co. v. Bockwoldt* (1883) 23 ChD 225; *Hyman v. Helm* (1883) 24 ChD 531 et *Thornton v. Thornton* (1886) 11 PD 176.

¹⁵ *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulkes Ltd.* [1987] AC 460. Le raisonnement de Lord Goff a été utile à l'application de *forum non conveniens* dans l'affaire *Morrison v. Panic Link Ltd.*, 1993 SLT 602, dans l'affaire *Sokha* n. 3 *supra*, et dans *PTKF Kontinent v. VMPTO Progress* 1994 SLT 235. De même, la décision connexe de la Chambre des Lords adoptant *forum non conveniens* dans le contexte de procédures dans les affaires de mariage, *De Dampierre v. De Dampierre* [1988] AC 92, a été suivie par l'Inner House dans *Mitchell v. Mitchell*, 1993 SLT 123.

L'AFFAIRE *SPILIADA*

Lord Goff a donné un résumé en six points de l'exception de *forum non conveniens*¹⁶.

a Une suspension de la procédure n'est accordée que lorsque le tribunal est convaincu qu'il existe quelque autre juridiction disponible, ayant compétence, qui est la juridiction appropriée pour l'audience de la cause.

b En général, la charge de la preuve incombe au défendeur de persuader le tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire visant à accorder une suspension. Cependant, une fois que le défendeur a fourni un commencement de preuve qu'une autre juridiction est plus appropriée, il incombe alors au plaignant de montrer que la justice demande que l'affaire soit jugée en Angleterre.

c Si la compétence est établie de plein droit en Angleterre, plutôt que d'exiger l'autorisation de présenter une sommation au défendeur hors du pays, le défendeur doit montrer qu'il existe une autre juridiction qui est manifestement ou incontestablement plus appropriée que la juridiction anglaise.

d En décidant de la convenance d'une juridiction, le tribunal déterminera dans quelle mesure il est réellement, et de façon importante, lié au différend. Ce faisant, il étudiera un certain nombre de critères de rattachement y compris la commodité pour les témoins, le droit qui régit la question et les endroits où sont domiciliées les parties ou encore où elles exercent leurs activités.

e S'il n'existe pas de juridiction manifestement plus appropriée, aucune suspension ne sera accordée.

f Si, toutefois, le tribunal décide qu'il existe une juridiction plus appropriée de prime abord, il accordera une suspension sauf si le plaignant peut faire ressortir qu'il existe des circonstances en raison desquelles la justice exige qu'une suspension ne soit malgré tout pas accordée.

Lord Goff a alors expliqué la différence dans l'application de l'exception dans les cas où le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire pour donner l'autorisation de présenter une sommation hors du pays. Dans ces cas-là, la charge de la preuve incombe au plaignant de persuader le tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour donner l'autorisation de présenter une sommation au défendeur hors du pays. Si la compétence ainsi exercée peut être considérée sur le plan international comme étant une «compétence excessive», alors la charge

¹⁶ N. 15 *supra*, à 476-478. Le présent document n'étudie pas la question controversée de savoir si l'exception de *forum non conveniens* est compétente lorsqu'un tribunal au Royaume-Uni a juridiction dans le cadre des dispositions de l'article 2 des Conventions de Bruxelles ou de Lugano. La Cour d'appel d'Angleterre considère que *forum non conveniens* est une exception compétente dans ces circonstances étant entendu que les parties sont étrangères à tout autre Etat contractant et que la juridiction de substitution est un Etat non contractant, voir *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd.* [1992] ch. 72 et *The Po* [1991] 2 Lloyd's Rep 206. La première affaire a été ultérieurement renvoyée devant la Cour européenne de Justice par la Chambre des Lords, voir Affaire C-314/92 *Ladenimor SA v. Intercomfinanz* mais elle a alors été réglée avant que la Cour ne puisse statuer. La décision de la Cour d'appel a été largement analysée: Briggs (1991) 107 *LQR* 180; Kaye (1992) *JBL* 47; Gaudemet-Tallon (1991) 80 *Rev. crit. dr. internat. privé* 491; et Duintjer Tebbens dans *Law and Reality*, révisé par Sumampouw *et al.* (1992), 47-61. Pour un examen créateur et très bien documenté de cette question voir Kennett, «*Forum non Conveniens in Europe*» (1995) 54 *CLJ* 552. Récemment, dans *Sarrjo SA v. Kuwait Investment Authority*, jugement du 12 octobre 1995 (compte rendu officiel de LEXIS), Mance J a décidé que *forum non conveniens* est une exception compétente dans les circonstances où les tribunaux anglais ont juridiction sur la base des dispositions de l'article 4 de la Convention de Bruxelles (c'est-à-dire lorsque le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat contractant et que l'une des règles nationales de juridiction s'applique) même lorsque la juridiction de substitution est un Etat contractant. Si la procédure a commencé dans l'autre Etat contractant, le tribunal devrait alors appliquer les articles 21 et 22 avant d'envisager l'exception de common law [droit commun coutumier] de *forum non conveniens*.

de la preuve incombe au plaignant de démontrer que l'Angleterre est manifestement la juridiction appropriée pour l'audience de la cause¹⁷.

L'avantage qu'offre l'approche de Lord Goff est une séparation nette de la considération de «convenance» par rapport à celle de «justice». Les magistrats sont instruits d'étudier la question de savoir si une autre juridiction compétente est plus appropriée pour connaître de l'affaire avant qu'ils n'envisagent si des raisons exceptionnelles de justice les contraignent à connaître de l'affaire en Angleterre. Bien que Lord Goff n'ait pas tenté de définir le terme «justice», il lui a donné un point de convergence relativement étroit en renvoyant à l'examen du mot par Lord Diplock dans *The Abidin Daver*¹⁸ et en refusant d'accepter que la perte d'un avantage juridique en Angleterre constitue une bonne raison de refuser une suspension. Le précepte de Lord Diplock vaut la peine d'être cité:

«L'on ne saurait exclure la possibilité qu'il existe encore des pays dans les tribunaux desquels un plaideur étranger court le risque de ne pas obtenir justice dans des types particuliers de poursuites, que ce soit pour des raisons idéologiques ou politiques, ou encore en raison de l'inexpérience ou de l'inefficacité de l'ordre judiciaire ou de délais excessifs dans le déroulement des activités des tribunaux, ou encore du manque de recours appropriés.»

L'accent ici est sur la prévention de préjugés, sur un niveau de base de compétence judiciaire, et sur la procédure judiciaire ne prenant pas un temps excessivement long. Il sera rare que le magistrat déclare que les tribunaux étrangers ne satisfont pas à ces critères fondamentaux de la justice élémentaire¹⁹. La question du manque de recours appropriés devant la juridiction plus appropriée à première vue semblerait donner un plus grand pouvoir discrétionnaire aux tribunaux anglais de conserver la compétence pour des raisons de justice. Cependant, Lord Goff dans l'affaire *Spiliada* a déclaré que le fait que les dommages-intérêts en Angleterre soient accordés sur une plus grande échelle, qu'il y ait une procédure plus complète de divulgation et que les intérêts puissent être adjugés alors qu'ils ne peuvent l'être dans l'autre juridiction ne constituent pas de bonnes raisons de conserver la compétence et de rejeter une exception de *forum non conveniens* en s'en remettant à l'exception «justice»²⁰.

¹⁷ Lord Goff, n. 15 *supra* à 481, ressentait de l'aversion pour le mot «excessif» et lui préférait «extraordinaire». Il a mis en garde contre le fait que les cas où le défendeur doit être notifié en dehors de la juridiction ne sont pas tous extraordinaires en tout état de cause, le lieu de résidence à l'étranger du défendeur peut n'être guère plus qu'un paradis fiscal. Toutefois, il semble que les tribunaux demandent systématiquement aux demandeurs de prouver que l'Angleterre est «manifestement» la juridiction appropriée dans les cas d'autorisation de présenter une sommation sans analyser si la juridiction à laquelle on fait appel pour qu'elle s'exerce en Angleterre est extraordinaire ou excessive, voir *Bank of Baroda v. Vysya Bank* [1994] 2 Lloyd's Rep. 87 à 96; *Trade Indemnity plc and others v. Forsakringsaktiebolaget Njord (in liq.)* [1995] 1 AllER 796 à 805-809; *Artlev AG v. Joint Stock Company Almazy Rossii-Sakha, The Times*, 22 mai 1995, jugement du 8 mars 1995 (compte rendu officiel de LEXIS) (C.A.) (dans ledit cas, la charge de la preuve revenait encore aux plaignants, en dépit du fait que les défendeurs eussent admis au départ, à tort, que la charge de la preuve leur incombait); *Agrafax Public Relations Ltd. trading as Abacus Communications v. United Scottish Society Inc., The Times*, 22 mai 1995, jugement du 11 mai 1995 (compte rendu officiel de LEXIS) (C.A.); et *Rowland v. Gulfpac Ltd.; Inoco plc and others v. Gulf USA Corporation and others*, jugement du 24 juillet 1995 (Rix J, compte rendu officiel de LEXIS).

¹⁸ La référence de Lord Goff se trouve à 478 de *Spiliada* au *The Abidin Daver*, n. 14 *supra*, à 411.

¹⁹ Un tel cas est *The "Al Battani"* [1993] 2 Lloyd's Rep 219, où Sheen J a décidé que l'Egypte était manifestement une juridiction plus appropriée pour l'audience de la cause que l'Angleterre mais a refusé de remettre la procédure pour des motifs «de justice». Il a décidé que «la charge financière d'engager un procès en Egypte» serait si «lourde que la justice demande qu'une suspension ne soit pas accordée» (224). Sheen J a souligné qu'il y aurait un délai de cinq ans dans le procès en Egypte, qu'aucun frais autre que les droits de justice ne pouvaient être recouverts dans ledit pays et que les intérêts sur les dommages ne sont adjugés qu'à compter de la date du jugement définitif en seconde instance. Il a également mentionné les frais élevés de traduction du contrat et des autres documents de l'anglais vers l'arabe.

²⁰ N. 15 *supra*, à 482-483. Cette approche restrictive à cet aspect de l'exception «justice» a été suivie par Lord Prosser dans *Sokha v. Secretary of State for the Home Department*, n. 3 *supra*, 1054. Sokha était détenu en prison en tant qu'immigrant clandestin en attendant la décision de le déporter. Il a soutenu qu'il était plus facile d'obtenir une mise en liberté provisoire en Ecosse qu'en Angleterre et que par conséquent il serait injuste que le tribunal écossais décline compétence sur la base de *forum non conveniens*. L'Angleterre était manifestement la juridiction plus

Lord Goff a admis que si le délai de prescription avait expiré dans la juridiction plus appropriée et que le plaignant agissait de manière raisonnable en intentant un procès en Angleterre et qu'il n'agissait pas de manière déraisonnable en n'engageant pas des poursuites dans la juridiction plus appropriée avant que le délai de prescription n'expire, la justice exigerait alors de permettre au plaignant de continuer son action en Angleterre ou d'exiger du défendeur qu'il renonce à faire valoir le délai de prescription dans la juridiction étrangère²¹.

Etant donné le point de convergence relativement étroit de l'exception «justice», il est essentiel d'établir quels sont les facteurs que les tribunaux prendront en considération en décidant de la convenance relative des diverses juridictions. Dans l'affaire *Spiliada*, Lord Templeman a fait observer que:

«Les facteurs que le tribunal est fondé à prendre en compte en examinant si une juridiction est plus appropriée sont légitimes. Les autorités ne donnent, peut-être ne peuvent-elles pas donner, des conseils clairs sur la façon dont ces facteurs doivent être évalués dans un cas particulier donné»²².

Avec cette mise en garde en tête, une tentative sera faite d'isoler quelques-uns des facteurs qui ont été déterminants dans la jurisprudence relative à *forum non conveniens* depuis l'affaire *Spiliada*.

A Le droit applicable

Dans plusieurs affaires, le droit applicable a constitué un facteur très important pour déterminer quelle était la juridiction appropriée. Dans l'affaire *Spiliada*, Lord Goff a considéré le fait que le droit anglais était le droit putatif qui régissait le contrat comme étant «loin d'être un facteur insignifiant»²³. La juridiction de substitution était une juridiction canadienne et il semblait que les magistrats de ce pays aient eu un point de vue différent s'agissant de l'effet du contrat relatif au connaissance et il y a eu contestation quant aux engagements découlant du contrat en ce qui concerne ce que l'on appelle habituellement des cargaisons dangereuses. Dans l'affaire *Banco Atlantico SA v. British Bank for the Middle East*²⁴, la Cour d'appel a cassé la décision du juge de première instance. Ce juge avait accordé une suspension de procédure afin que l'affaire soit instruite dans les Emirats arabes unis. La Cour d'appel a été particulièrement influencée par le fait qu'en vertu des normes anglaises régissant le conflit de lois, le droit espagnol s'appliquait à l'affaire. Dans les Emirats arabes unis, les tribunaux appliqueraient leur propre droit et le plaignant n'aurait eu aucune chance de réussir tandis que les tribunaux anglais appliqueraient le droit espagnol. Dans l'affaire *Charm Maritime v. Kyriakou*²⁵, la Cour d'appel n'avait pas

appropriée car Sokha n'avait aucun lien avec l'Ecosse et il était détenu en Angleterre. Lord Prosser était convaincu que même si Sokha était effectivement privé d'un avantage juridique si le tribunal écossais déclinait compétence, une justice réelle serait tout de même rendue en Angleterre. En revanche, il se peut qu'il ne soit pas possible d'obtenir «justice» dans une juridiction étrangère où les poursuivants n'ont pas leur affaire révisée par une instance judiciaire, voir *PTKF Kontinent v. VMPTO Progress*, n. 15 *supra*, à 239.

²¹ N. 15 *supra*, à 483-484.

²² *Ibid.* 465. Lord Templeman a également prononcé des mises en garde importantes sur le fait qu'il est nécessaire que le *forum non conveniens* soit décidé essentiellement par le juge de première instance, pour que les discussions juridiques sur la question demeurent brèves et qu'un «appel devrait être rare et que la juridiction saisie du recours devrait être lente à intervenir» (à 465). Pour un exemple d'une juridiction saisie du recours prenant sa mise en garde sérieusement et n'intervenant pas dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, voir l'affaire *Artlev AG*, n. 17 *supra*.

²³ *Ibid.* 486.

²⁴ [1990] 2 Lloyd's Rep. 504.

²⁵ [1987] 1 Lloyd's Rep. 433.

confiance que certaines questions du droit anglais des trusts soient traitées comme il convient en Grèce étant donné qu'il n'existe pas de droit des trusts dans ledit pays et étant donné les possibilités de déformations des faits lorsque deux parties présentent des témoignages contradictoires de ce qu'est réellement le droit étranger en question. Ainsi, bien que le plaignant et le premier défendeur fussent Grecs, le fait que le droit anglais était applicable et que le plaignant ne pût citer en justice que le second défendeur non grec en Angleterre, signifiait que la Grèce n'était pas manifestement et incontestablement une juridiction plus appropriée que l'Angleterre.

Dans l'affaire *Du Pont v. Agnew*²⁶, la Cour d'appel traitait d'un cas d'autorisation de présenter une sommation où il était nécessaire pour le plaignant de prouver que l'Angleterre était manifestement et incontestablement une juridiction plus appropriée que l'Illinois. Du Pont était une compagnie de Delaware qui avait versé des dommages-intérêts à titre de sanction à M. Chelos par suite de lui avoir administré une drogue en Illinois qui l'avait amené à devoir se faire amputer la jambe en dessous du genou. Du Pont a cherché à recouvrer les dommages-intérêts auprès de ses assureurs devant les tribunaux anglais. Les défendeurs américains ont cherché à obtenir que l'autorisation de les assigner hors de leur pays soit rejetée. Du Pont a choisi les tribunaux anglais car en vertu du droit de l'Illinois si les cadres supérieurs d'une société sont considérés comme étant personnellement fautifs, celle-ci ne peut recouvrer auprès de ses assureurs les dommages-intérêts à titre de sanction éventuels qu'elle a été tenue de payer. Ceci semblerait être un cas manifeste de recherche du tribunal le mieux-disant mis à part le fait que la Cour d'appel a interprété la police d'assurance principale comme étant une police de Lloyd's régie par le droit anglais. Ceci a constitué le facteur clef dans la décision que l'Angleterre était manifestement plus appropriée que l'Illinois car les tribunaux anglais auraient à se prononcer sur la question difficile, et apparemment nouvelle, de savoir si l'ordre public anglais allait refuser un dédommagement à une société à l'encontre de laquelle avait été prononcée une adjudication de dommages-intérêts à titre de sanction et dans l'affirmative, dans quelles circonstances. Cependant, ceci est peut-être un raisonnement circulaire. Les tribunaux de l'Illinois ont interprété la police d'assurance principale comme étant régie par le droit de l'Illinois et par conséquent les questions de droit et d'ordre public anglais étaient, de leur point de vue, étrangers à l'affaire.

Il y a des cas où les tribunaux ont donné relativement peu de poids au droit applicable dans leur décision concernant la juridiction appropriée. Dans *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd. (No 2)*²⁷, la Cour d'appel a admis qu'en vertu des normes anglaises régissant le conflit de lois, le droit anglais constituait le droit applicable car la compagnie était constituée en Angleterre. Une faible importance a été attachée à ce fait car la constitution en société en

²⁶ [1987] 2 Lloyd's Rep. 585. Dans *Bank of Baroda v. Vysya Bank*, n. 17 *supra*, un autre cas d'autorisation de présenter une sommation, le fait que le droit anglais régissait le contrat a constitué un facteur important pour déterminer que l'Angleterre était manifestement une juridiction plus appropriée que l'Inde, notamment en raison du fait que l'affaire faisait valoir des questions de droit avec peu de possibilités de preuve testimoniale (à 96-98). Dans l'affaire *Standard Steamship Owners' Protection and Indemnity Association (Bermuda) Ltd. v. Gann and Another* [1992] 2 Lloyd's Rep. 528 à 536, Hirst J a décidé que le fait que le droit anglais soit le droit applicable (cela avait été convenu par les parties dans une clause de conflit de lois) était un facteur important dans la décision que l'Angleterre était manifestement et incontestablement une juridiction plus appropriée que la Californie. Bien que cette affaire implique une clause attributive de juridiction exclusive et qu'elle fût par conséquent régie par des principes différents, Hirst J a fait comprendre (à 537) que même dans la mesure où il se serait agi d'un cas normal d'autorisation de présenter une sommation dans laquelle les principes *Spiliada* dominaient, il aurait trouvé que l'Angleterre était manifestement la juridiction plus appropriée.

²⁷ [1991] 4 AllER 348. Dans *The "Varna" (No 2)* [1994] 2 Lloyd's Rep. 41 à 48-9, Clark J n'a pas considéré le fait qu'en vertu des règles anglaises régissant le conflit de lois, le contrat était régi par le droit anglais comme constituant un facteur important pour décider quelle était la juridiction naturelle. Les plaignants auraient pu chercher à s'en remettre au droit anglais dans la procédure bulgare mais n'ont pas choisi de le faire, et il n'avait pas été prouvé qu'il y ait des différences entre le droit bulgare et le droit anglais relativement au fond de la prétention. Dans l'affaire *Trade Indemnity*, n. 17 *supra*, Rix J n'a pas considéré le fait que le contrat de réassurance soit régi par le droit anglais comme particulièrement important parce que le litige principal était «factuel avec son centre en Suède, à l'occasion duquel des témoins réels et experts suédois devront être appelés» (à 809).

Angleterre constituait un «vestige historique anormal»²⁸, la société avait le centre de ses opérations commerciales et sa direction en Argentine et, selon le droit argentin, c'était une société argentine. Bingham LJ a fait ressortir que la situation n'était pas «étroitement analogue à une situation où les parties à un contrat choisissent à dessein de soumettre leur transaction aux dispositions d'un droit donné»²⁹. Dans l'affaire *Morrison v. Panic Link Ltd.*³⁰, Lord Sutherland n'a pas considéré la juridiction anglaise comme étant manifestement et incontestablement plus appropriée en dépit du fait que dans leur accord de franchise les parties avaient donné aux tribunaux anglais une compétence non exclusive et qu'elles avaient rendu le droit anglais applicable. Le défendeur n'avait pas prouvé de quelle façon le droit anglais était différent du droit écossais et par conséquent il a été tenu comme établi que c'était la même chose. Lord Sutherland a été particulièrement influencé par le fait que l'accord se rapportait à l'exploitation d'une franchise en Ecosse et que la majorité des engagements contractuels qui faisaient l'objet des poursuites devaient être exécutés en Ecosse.

Si les parties ont choisi le droit qui régit leur différend ou que le même droit soit applicable à l'affaire devant l'une ou l'autre juridiction potentielle, c'est un facteur objectif qui devrait être évalué lors de la décision de la juridiction qui est la plus appropriée pour statuer sur l'affaire. Manifestement, si les questions juridiques sont complexes et contestables, ce sera un facteur puissant pour choisir la juridiction qui appliquerait son propre droit. La juridiction de substitution devrait décider ce qu'est le droit étranger. Si des dépositions d'experts sont présentées dans de tels cas, elles sont souvent contradictoires. Au Royaume-Uni et dans certains autres pays, la preuve du droit étranger est une question de fait et la décision du juge est inattaquable.

Si, cependant, le droit applicable n'a pas été convenu par les parties et que les juridictions potentielles sont susceptibles d'appliquer des droits différents, le droit applicable en vertu des normes écossaises et anglaises régissant le conflit de lois ne devrait pas être considéré comme étant un facteur important pour décider quelle est la juridiction appropriée. Il est peu judicieux de présumer que le droit applicable selon les normes anglaises ou écossaises régissant le conflit de lois est le droit qui convient pour régir le différend. Il peut s'avérer que, dans un cas extrême, le droit sélectionné par les normes régissant le conflit de lois de la juridiction de substitution soit si étranger à l'affaire qu'il serait incompatible avec la «justice» de suspendre la procédure. Des questions de cette nature devraient être envisagées dans le cadre de l'exception «justice» et non dans une analyse de la convenance.

B *Un litige est en instance devant un autre tribunal (litispendance)*

Lord Justice Bingham [juge de la Cour de cassation] a déclaré qu'en ce qui concernait des procédures simultanées entre les mêmes parties sur les mêmes questions dans différentes juridictions:

«La politique du droit doit (...) être de favoriser la mise en litige de questions une seule fois, devant la juridiction la plus appropriée»³¹.

La raison pour laquelle les tribunaux désapprouvent ces procédures simultanées a été énoncée par Lord Brandon dans *The Abidin Daver*:

²⁸ N. 27 *supra*, à 367.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ N. 15 *supra*.

³¹ *Du Pont v. Agnew*, n. 26 *supra*, à 589.

«il peut s'ensuivre l'une ou l'autre de deux conséquences indésirables: en premier lieu, il peut y avoir deux jugements contradictoires des deux tribunaux concernés; ou deuxièmement, il peut y avoir une urgence déplorable de faire décider une action avant l'autre, afin de créer une situation de chose jugée, ou une fin de non-recevoir dans la dernière»³².

Si les deux actions ont commencé environ en même temps, alors l'antériorité n'importera que peu pour déterminer quelle est la juridiction qui est appropriée. Dans *Du Pont*, Lord Justice Bingham ne pensait pas que le fait que la procédure anglaise ait commencé un mois avant la procédure en Illinois doive affecter l'issue de l'exception de *forum non conveniens*³³. En revanche, si les poursuites sont entamées dans deux juridictions presque simultanément mais qu'elles aient atteint un stade bien plus avancé dans l'une plutôt que dans l'autre, de sorte qu'elles ont eu un certain impact sur le différend entre les parties³⁴, ceci constitue alors un facteur favorable à ce que l'action soit autorisée à se poursuivre dans ladite juridiction. Ce n'est pas cependant déterminatif. C'est précisément ce qui s'est produit pour *Meadows v. ICI* où l'action en Irlande était bien plus proche d'être traduite en justice qu'en Angleterre mais où Hirst J a décidé que l'Irlande n'était pas manifestement et incontestablement la juridiction plus appropriée car, autrement, l'affaire n'avait aucun rapport avec l'Irlande; par contre, l'affaire avait une interdépendance réelle et étroite avec Guernsey et avec l'Angleterre, la commodité pour les témoins favorisait Guernsey et l'Angleterre, et, ce qui était encore plus important, l'Angleterre était la seule juridiction dans laquelle les trois parties, à savoir Meadows, ICI et ICB, comparaissaient devant le tribunal dans une seule et même action³⁵.

Dans l'affaire *Cleveland Museum of Art v. Capricorn Art*³⁶, Hirst J a été influencé d'accorder une suspension de la procédure en Angleterre en faveur d'une procédure en Ohio par le fait que cette dernière procédure avait été engagée un peu plus de 18 mois avant la première et était en état d'être jugée en Ohio. Si une suspension n'était pas accordée, des frais considérables seraient gaspillés dans la procédure d'Ohio et des délais considérables se produiraient avant que les tribunaux anglais ne puissent résoudre le différend. Dans cette affaire, la majorité des autres facteurs favorisait l'Ohio; c'était plus commode pour les

³² N. 14 *supra*, à 423. Cité avec approbation par Bingham LJ dans *Du Pont*, n. 26 *supra* à 589.

³³ N. 26 *supra* à 593. Dans l'affaire *Irish Shipping Ltd. v. Commercial Union* [1991] 2 QB 206 à 232, Sir John Megaw n'a accordé «aucun poids» au fait que les poursuites en Belgique avaient été engagées quatre mois avant des poursuites en Angleterre. Cependant, il a été influencé par le fait que les défendeurs qui exposaient les raisons pour que le cas soit entendu en Belgique n'avaient pas agi de bonne foi parce que, pendant longtemps, ils s'en étaient remis à une clause inexistante de confidentialité des contrats de l'assurance. Devant un tel manque de bonne foi, le fait que l'action en Belgique ait été entamée quatre mois plus tôt que l'action en Angleterre n'aurait eu que «peu de poids» pour déterminer où l'action devrait être entendue. Dans l'affaire de la *Banque Paribas v. Cargill International SA* [1992] 1 Lloyd's Rep 96, le fait que les poursuites en Suisse aient été entamées environ un mois plus tôt que les poursuites en Angleterre ne l'a pas emporté sur une variété de facteurs qui semblaient indiquer l'Angleterre comme étant manifestement et incontestablement une juridiction plus appropriée, y compris le fait que plusieurs questions essentielles étaient régies par le droit anglais. La décision a été confirmée par la Cour d'appel en [1992] 2 Lloyd's Rep 19 à 25. Dans l'affaire *Excess Insurance Company Ltd. and Others v. Allendale Mutual Insurance Company*, jugement du 8 mars 1995, (compte rendu officiel de Lexis), la Cour d'appel a décidé de ne pas donner l'autorisation de présenter une sommation hors du pays car l'Angleterre ne constituait pas manifestement la juridiction appropriée. Cette décision a été particulièrement influencée par le fait que des poursuites avaient déjà été engagées à Rhode Island, bien qu'elles aient «progressées dans une mesure limitée», et que les tribunaux là-bas aient clairement compétence en vertu d'une clause de juridiction non exclusive.

³⁴ Lord Goff dans *De Dampierre v. De Dampierre*, n. 15 *supra*, à 108, cité avec approbation par Hirst J dans *Meadows v. ICI* [1989] 1 Lloyd's Rep 181 à 189.

³⁵ N. 34 *supra* à 189-190. La décision de Hirst J a été confirmée par la Cour d'appel [1989] 2 Lloyd's Rep 298 à 305. Il a été statué sur cette affaire avant que l'Irlande n'adhère à la Convention de Bruxelles.

³⁶ [1990] 2 Lloyd's Rep 166. Dans *The Varna (No 2)*, n. 27 *supra*, les poursuites en Bulgarie en étaient déjà à un stade avancé et certaines des questions avaient été tranchées. Clarke J considérait ceci comme constituant un point particulièrement important pour considérer la Bulgarie comme étant la juridiction plus appropriée et il a ordonné la suspension de la procédure anglaise.

témoins et le droit de l'Ohio était le propre droit du contrat d'emprunt. Le principal facteur qui favorisait l'Angleterre était d'assurer la participation du deuxième défendeur, Rogers & Co., à la même procédure que les deux autres parties. Ceci était clairement dépassé par les nombreux autres facteurs qui favorisaient un procès en Ohio.

Les tribunaux anglais accordent un poids bien plus grand aux procédures simultanées commencées devant un autre tribunal lorsque la procédure anglaise ne constitue qu'une tentative d'obtenir une décision judiciaire négative. Ceci est désapprouvé comme étant un exemple de recherche du tribunal le mieux-disant³⁷. Le cas de *FNBB v. UBS* illustre ce point³⁸. La Cour d'appel a cassé la décision du tribunal de première instance et a accordé une suspension en faveur des poursuites à Genève. L'Union Bank of Switzerland (UBS) réclamait 5,3 millions de dollars des Etats-Unis (\$5,3 millions) auprès de la First National Bank of Boston (FNBB) dans des poursuites entamées à Genève, puis la FNBB a engagé des poursuites contre l'UBS à Londres en vue d'obtenir une déclaration selon laquelle elle n'était pas sous une telle obligation. Dans la procédure en Angleterre, la FNBB a poursuivi quatre autres défendeurs alléguant qu'il y avait conspiration entre eux pour extraire \$5,3 millions du système bancaire qui existait entre la FNBB et l'UBS, soit la somme que l'UBS réclamait auprès de la FNBB en Suisse. Le juge Steyn a été fortement influencé par le fait que les prétentions de la FNBB à l'encontre des quatre défendeurs autres que l'UBS ne pouvaient être amenées devant les tribunaux qu'en Angleterre et il a décidé de ne pas suspendre la procédure anglaise bien que Genève ait été la juridiction appropriée pour trancher le litige entre l'UBS et la FNBB. Les tribunaux suisses constituaient la juridiction appropriée parce que le droit suisse était applicable et que l'affaire avait un rapport plus étroit avec la Suisse qu'avec tout autre endroit. La Cour d'appel a formulé quelques observations importantes quant aux actions engagées en vue d'obtenir des déclarations négatives et s'en est remise au précepte de Lord Wilberforce dans *Camilla Cotton Oil Co. v. Granadex SA*, disant:

«La déclaration revendiquée est d'un caractère négatif et comme Lord Sterndale lui-même l'avait dit "une déclaration selon laquelle une personne n'est pas responsable dans une action en cours ou éventuelle est une déclaration qui ne sera presque jamais prononcée". Il a continué: "Presque jamais" n'est pas la même chose que "jamais" mais les mots nous mettent en garde que nous devons faire un examen très minutieux. Je demande donc si accorder une telle déclaration négative serait utile»³⁹.

³⁷ Voir *The Volvox Hollandia* [1988] 2 Lloyd's Rep 361 à 371; *Sohio Supply Co. v. Gatoil* [1989] 1 Lloyd's Rep 588 à 593; et *FNBB v. UBS* [1990] 1 Lloyd's Rep 32 à 38, 39. Collins offre un certain appui théorique à cette désapprobation dans *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws* (1994) à 274-288, bien qu'il indique que rechercher une décision judiciaire négative puisse se révéler approprié dans certains cas (à 287); Fentiman offre également un certain appui dans «Tactical Declarations and the Brussels Convention» (1995) 54 CLJ 261. Pour une approche plus neutre aux décisions judiciaires négatives, voir Bell, «The Negative Declaration in Transnational Litigation» (1995) 111 LQR 674 et Davenport, «Forum Shopping in the Market» (1995) 111 LQR 366 à 371. Bell souligne à juste titre qu'il est faux de présumer que les décisions judiciaires négatives constituent en soi un exemple de recherche de la meilleure juridiction (voir 685-690) car une telle décision judiciaire peut être recherchée dans la juridiction naturelle. Dans *Rowland v. Gulpac Ltd., etc.*, n. 17 *supra*, Rix J renvoyait aux affaires susvisées qui mettent en garde contre le caractère désirable des décisions judiciaires négatives, «notamment dans le contexte de la recherche du tribunal le mieux-disant» et ajoutait que l'action devant lui constituait en réalité une décision judiciaire négative et que, par conséquent, il n'exercerait une juridiction qu'avec «un soin extrême». Il était influencé par le fait que la procédure positive américaine (en matière de faillite) était déjà administrée en Idaho et que les questions essentielles étaient régies par le droit américain sur l'insolvabilité. Par conséquent les plaignants dans l'action en Angleterre se sont vu refuser l'autorisation de présenter une sommation parce qu'ils n'avaient pas prouvé que l'Angleterre était manifestement la juridiction la plus appropriée. Il faut espérer que le commentaire de Rix J selon lequel les décisions judiciaires négatives sont douteuses dans le contexte de la recherche du tribunal le mieux-disant constitue une manœuvre pour s'éloigner de l'idée simpliste selon laquelle rechercher une décision judiciaire négative est en soi un acte de recherche du tribunal le mieux-disant.

³⁸ N. 37 *supra*.

³⁹ [1976] 2 Lloyd's Rep 10 à 14. La citation de Lord Sterndale vient d'une décision prononcée alors qu'il était encore Lord Justice Pickford [juge de la Cour de cassation] dans *Guaranty Trust Company of New York v Hannay & Co.* [1915] 2 KB 536 à 564-565. Les citations ont été faites par Sir Michael Kerr dans *FNBB v. UBS*, n. 37 *supra*, à 36-37.

Dans le cas d'espèce, une déclaration négative à l'encontre de l'UBS n'aurait pas été utile car elle n'aurait pas empêché la continuation de la procédure suisse et tout jugement rendu dans ce pays-là en faveur de l'UBS aurait pu être exécuté à l'encontre de la FNBB en Suisse. Relativement à l'importance de pouvoir poursuivre les quatre autres défendeurs en même temps que l'UBS, la Cour d'appel a fait ressortir que si la FNBB devait obtenir sa déclaration négative à l'encontre de l'UBS, alors ses prétentions contre les quatre autres défendeurs échoueraient. Ces prétentions auraient eu une chance d'aboutir seulement s'il était découvert que la FNBB était tenue de donner \$5,3 millions à l'UBS. Par conséquent, permettre qu'une action en déclaration négative à l'encontre de l'UBS se poursuive en Angleterre n'aurait présenté aucune utilité par rapport à l'action contre les quatre autres défendeurs, sauf si elle échouait. Sir Michael Kerr a conclu que:

«Permettre que la prétention de la FNBB en vue d'une déclaration de non-responsabilité se poursuive à l'encontre de l'UBS serait contraire à l'esprit de courtoisie qui existe entre nos tribunaux et les tribunaux suisses.»⁴⁰

C *Commodité pour les témoins*

La commodité pour les témoins est habituellement un facteur pertinent pour déterminer quelle est la juridiction appropriée pour instruire une affaire mais elle n'est que rarement, sinon jamais, décisive. Lorsque le différend est essentiellement de faits plutôt que juridique, alors la commodité pour les témoins peut être un facteur important⁴¹; toutefois lorsque le différend concerne essentiellement des points de droit et qu'il n'y a que de faibles possibilités de déposition orale, alors la commodité pour les témoins est d'une pertinence négligeable⁴².

Dans *CMA v. Capriorn Art*⁴³, la commodité pour les témoins était l'un de plusieurs facteurs qui indiquaient l'Ohio comme étant la juridiction plus appropriée et la procédure entamée en Angleterre a été suspendue. Il semble probable que le fait que des délais et des dépenses considérables aient déjà été encourus relativement à l'action en Ohio et que le droit de l'Ohio régissait le contrat d'emprunt aient joué un rôle plus important que la commodité pour les témoins. Les voyages en jet réduisent le niveau de dérangement impliqués lorsque les témoins déposent devant une juridiction étrangère et, s'ils ne peuvent se déplacer, le témoignage peut habituellement être reçu par délégation. Certainement dans *Du Pont v. Agnew*⁴⁴ la Cour d'appel n'a pas considéré le fait que l'Illinois fût plus commode pour la plupart des témoins que Londres comme créant un avantage appréciable en faveur de l'Illinois comme étant la juridiction appropriée. En fait, cet avantage en faveur de l'Illinois a été dépassé par le point de vue de la Cour d'appel selon lequel les polices d'assurance étaient régies par le droit anglais.

Si les témoins présentent des dépositions orales dans une langue étrangère et que la plupart des preuves documentaires soit dans cette langue, cela constitue alors un facteur plus important en faveur de la suspension de la procédure en Angleterre. Dans l'affaire *re Harrods (Buenos Aires) Ltd. (No 2)*, Lord Justice Stocker a fait remarquer que la plupart des témoins déposeraient en espagnol, que les documents étaient en espagnol et que par conséquent il faudrait effectuer beaucoup de traduction. Il a conclu que:

⁴⁰ N. 37 *supra* à 38. Son raisonnement a été partagé par Russell LJ et Sir Stephen Brown, P.

⁴¹ Voir l'affaire *Trade Indemnity*, nn. 17 et 26 *supra*.

⁴² Voir *Bank of Baroda v. Vysya Bank*, nn. 17 et 26 *supra*, à 96.

⁴³ N. 36 *supra*, à 173.

⁴⁴ N. 26 *supra*, à 594. Disputée *infra* à nn. 31 et 64.

«Les difficultés que présenterait un procès dans ce pays sont telles qu'il n'est pas facile de voir comment un tel procès doit être mené. A tout le moins, cela présentera une tâche redoutable au juge du fond»⁴⁵.

D *La commodité pour les parties*

Souvent la commodité pour les parties est un facteur qui se neutralise en ce sens qu'une juridiction est plus commode pour une partie et que l'autre juridiction est plus commode pour l'autre. Cependant si le défendeur est poursuivi devant le tribunal de son domicile, ceci constitue alors un facteur contre l'octroi d'une suspension de la procédure. Lord Justice Bingham a déclaré que:

«Il doit être rare qu'une compagnie oppose de la résistance à une action judiciaire dans sa juridiction de domicile. Il serait rare que la présente Cour se déclare incompétente dans un tel cas»⁴⁶.

Lorsque la juridiction de substitution est située dans le lieu de domicile du plaignant, ceci constitue alors un facteur pour faire droit à une exception de *forum non conveniens*. Dans l'affaire *Cleveland Museum of Art v. Capricorn Art*, Hirst J a décidé que l'Ohio constituait une juridiction plus appropriée que l'Angleterre et il a été considérablement influencé par le fait que le Cleveland Museum of Art y est situé⁴⁷.

Les tribunaux peuvent être prêts à se tourner, au delà des parties nominales, vers les assureurs qui financent l'action en justice. Dans l'affaire *Spiliada*, Lord Goff a tenu compte du fait que les assureurs des armateurs, qui étaient gérés en Angleterre, finançaient l'action en justice et étaient *dominus litis* [mandant aux fins du litige], comme constituant un facteur défavorable à l'octroi d'une suspension de la procédure en Angleterre, bien que les parties nominales aient des rapports avec la Grèce, le Libéria et le Canada⁴⁸.

E *Rapport réel et étroit entre la juridiction et le différend*

Ce facteur peut être lié à la commodité pour les parties en ce sens qu'il est axé sur l'endroit où le différend entre les parties est centré et ceci est souvent où l'une ou les deux parties sont domiciliées. Dans *Meadows v. ICI*, Hirst J a conclu que Londres était le lieu qui avait le rapport le plus réel et le plus étroit avec le différend, en partie parce que les parties avaient des bureaux à Londres et que l'ensemble des transactions importantes s'y déroulaient⁴⁹. De même, dans l'affaire *Morrison v. Panic Link Ltd.*, Lord Sutherland a été influencé par le fait que l'Ecosse était:

«le pays qui a le rapport le plus manifeste avec l'objet de l'action»⁵⁰.

Il a atteint cette conclusion sur la base que la majorité des engagements contractuels devaient être exécutés en Ecosse parce que le contrat concernait l'exploitation d'une franchise

⁴⁵ N. 27 *supra*, à 364. Bingham LJ a fait ressortir que le fait que l'ensemble des témoins parle espagnol constituait une «question importante dans une action où la crédibilité est vraiment en discussion» (à 367).

⁴⁶ *Banco Atlantico*, n. 24 *supra*, à 510. Lord Justice Bingham pourrait prendre un point de vue différent lorsque la société est enregistrée en Angleterre mais y a simplement une «existence légale fantôme», exerçant toutes ses activités dans un autre pays, voir *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd. (No 2)*, n. 27 *supra* à 367.

⁴⁷ N. 36 *supra*, à 173.

⁴⁸ N. 15 *supra*, à 486. Il a cité à l'appui de cette approche Lord Sumner dans *Société du Gaz*, n. 5 *supra*, à 20.

⁴⁹ N. 34 *supra*, à 190.

⁵⁰ N. 15 *supra*, à 604. La décision a été confirmée par une Chambre supplémentaire, 1994 SLT 232.

dans ce pays. Ce rapport avec l'Écosse était renforcé par le fait que le demandeur y était domicilié.

A bien des égards, chercher la juridiction avec laquelle l'action a «son rapport le plus étroit et le plus réel» est une autre façon de dire que l'on est en train d'essayer d'identifier la «juridiction naturelle» ou la juridiction «la plus appropriée»⁵¹. Ce n'est pas vraiment un facteur pour déterminer la juridiction «appropriée» mais plutôt une autre façon de présenter l'objectif. En revanche, il peut être un facteur pertinent pour déterminer la juridiction appropriée si le point de convergence est étroit et axé sur l'endroit géographique avec lequel le différend est lié, comme par exemple l'endroit d'exécution de l'engagement contractuel en question⁵².

F *Actions en vue d'obtenir des déclarations négatives*

L'importance de ce facteur est examinée *supra* au point B. Un litige est en instance devant un autre tribunal (litispendance). Si une action est en instance devant un autre tribunal et que le défendeur dans ladite action engage une procédure en Angleterre en vue d'obtenir une déclaration négative, ceci est habituellement considéré comme étant une recherche du tribunal le mieux-disant et les tribunaux au Royaume-Uni pourraient décliner compétence⁵³. De même, si un plaignant engage une procédure en Angleterre en vue d'obtenir une déclaration négative pour tenter de devancer une action positive à son encontre dans une autre juridiction, les tribunaux anglais pourraient bien refuser d'accorder une telle déclaration⁵⁴.

Il y a de bonnes raisons de dire que les tribunaux anglais sont trop hostiles aux déclarations négatives et que la question de savoir si le demandeur recherche une déclaration négative plutôt qu'un recours positif devrait en soi être neutre dans la détermination de la juridiction appropriée⁵⁵.

G *Défendeurs tiers / multiples*

Si le demandeur peut poursuivre tous les défendeurs en Angleterre, ou appeler en cause un tiers dans ledit pays, mais que ceci ne soit pas possible dans la juridiction de substitution, ceci constitue alors un facteur important pour que le tribunal anglais conserve la compétence⁵⁶. Cela ne constitue pas, en revanche, un facteur décisif. Dans l'affaire *Cleveland Museum of Art*, les seconds défendeurs, T. Rogers & Co., ne pouvaient être poursuivis en même temps que les premiers défendeurs qu'en Angleterre et cependant Hirst J a décidé de suspendre l'action anglaise à l'encontre des premiers défendeurs, Capricorn Art,

⁵¹ Voir *Bank of Baroda v. Vysya Bank*, n. 17 *supra*, à 96 et l'affaire *Gann*, n. 26 *supra*, à 537.

⁵² Voir *Bank of Baroda v. Vysya Bank*, n. 17 *supra*, à 98.

⁵³ Voir nn. 37-40 *supra*.

⁵⁴ Nn. 37-40 *supra* et *Midland Bank Plc. v. Laker Airways Ltd.* [1986] QB 689. Si la décision judiciaire négative est recherchée dans la juridiction de substitution, ceci constitue alors un facteur contre la suspension de la procédure en Angleterre, voir *Sohio v. Gatoil*, n. 37 *supra*, 593.

⁵⁵ Voir les articles de Bell et de Davenport, n.37 *supra*. Bell (à 686) cite l'affaire *Gann*, n. 26 *supra* à 537, comme exemple où un tribunal anglais n'a pas présumé que chercher à obtenir une décision judiciaire négative auprès d'une juridiction étrangère était forcément une chose mauvaise. Cependant, l'affaire représente, dans le meilleur des cas, un faible appui pour le point de vue de Bell parce que le raisonnement de Hirst J sur l'importance d'une action en vue d'obtenir une décision judiciaire négative était bref et loin d'être clair. Pour d'autres raisons, c'était une affaire où l'Angleterre était manifestement la juridiction appropriée, voir n. 26 *supra*.

⁵⁶ Voir *Charm Maritime v. Kyriakou*, n. 25 *supra*, à 448 et 451; et *Meadows v. ICI*, n. 34 *supra*, à 190.

en faveur des procédures déjà en instance dans l'Ohio. Dans cette affaire, plusieurs facteurs favorisaient l'Ohio et seul le facteur «Rogers» indiquait l'Angleterre⁵⁷.

H *Les procédures connexes («le facteur Cambridgeshire»)*

Dans l'affaire *Spiliada*⁵⁸, une raison importante pour laquelle les tribunaux anglais ont refusé de suspendre la procédure était l'existence d'un litige connexe en Angleterre concernant *The Cambridgeshire* et impliquant les mêmes défendeurs, Cansulex Ltd. Quinze avocats ont été engagés dans l'affaire *The Cambridgeshire* et chacun avait 75 dossiers. Staughton J, qui connaissait des deux affaires, dans l'affaire *Spiliada* (ultérieurement appuyé par la Chambre des Lords) a pensé que ce serait un gaspillage extrême, en pure perte, de talent, d'efforts et d'argent si les parties à ladite affaire avaient à recommencer au Canada⁵⁹. Il est judicieux de tenir compte de la perte de la connaissance spécialisée obtenue par les juristes, les experts et les magistrats dans les poursuites connexes dans la même juridiction en décidant de l'opportunité de suspendre une procédure.

I *Force de chose jugée*

Si un jugement étranger peut avoir force de chose jugée relativement à des poursuites en instance au Royaume-Uni, ceci constitue alors un facteur pour suspendre la procédure pour permettre que la question de la force de chose jugée soit déterminée dans la juridiction étrangère⁶⁰. Dans *Charm Maritime v. Kyriakou*⁶¹, il n'était pas clair si le jugement grec avait force de chose jugée et résoudre cette question en Angleterre impliquerait beaucoup de preuves de la part des juristes grecs. Par conséquent, ceci constituait un facteur important pour que l'affaire soit instruite entendue en Grèce. Néanmoins, la Cour d'appel a accordé plus de poids à d'autres facteurs qui indiquaient l'Angleterre comme juridiction appropriée, et notamment la nécessité de déterminer les questions relatives au droit des trusts qui sont peu familières en Grèce⁶² de même que la capacité à poursuivre le deuxième défendeur, Mathias, devant les tribunaux anglais⁶³.

J *Ordre public*

Dans *Du Pont v. Agnew*⁶⁴, la Cour d'appel a décidé que le contrat était régi par le droit anglais et que la question de savoir si les plaignants pouvaient être dédommagés par les assureurs contre les dommages-intérêts à titre de sanction adjugés à leur encontre en Illinois était une question discutable qui devait être déterminée par l'ordre public anglais. Lord

⁵⁷ N. 36 *supra*.

⁵⁸ N. 15 *supra*.

⁵⁹ *Ibid.* 471. Voir les commentaires de Lord Goff à 485-486 sur la «courbe d'apprentissage» raide où les juristes et les experts se collètent avec des questions scientifiques difficiles dans des litiges qui traînent en longueur. Dans l'affaire *Bank of Baroda v. Vysya Bank*, n. 17 *supra*, Mance J, en décidant que l'Angleterre était la juridiction appropriée, a pris en compte le fait qu'il y avait eu des poursuites anglaises considérables découlant des problèmes qui affectaient la transaction fondamentale et que par conséquent Vysya Bank (qui souhaitait que l'action soit commencée en Inde) avait des juristes anglais qui étaient déjà bien au courant du contexte au moment où la présente action a été entamée (à 96-97).

⁶⁰ Voir *Charm Maritime v. Kyriakou*, n. 25 *supra*, à 447 et 451.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ Voir nn. 25 et 56 *supra*.

⁶⁴ Nn. 26, 21 et 44 *supra*.

Justice Bingham semblait dire que lorsqu'une nouvelle question d'ordre public anglais est en cause, les tribunaux anglais ne doivent pas décliner compétence:

«Si l'ordre public anglais doit être considéré comme refusant le droit à une indemnité dans ces circonstances, alors c'est cette Cour et nulle autre qui doit le faire. Je ne considère pas ce point comme étant une question passible d'être résolue de façon équitable dans un tribunal étranger, si distingué et bien instruit soit-il (...). La question qui se pose en premier, à mon avis, est l'effet de ce contrat en tant qu'affaire d'ordre public anglais, et ceci est une question que, à mon avis, aucun juge étranger ne pourrait résoudre en ayant confiance qu'il aboutirait à la bonne réponse»⁶⁵.

K *Les frais et les délais*

Le juge du fond dans l'affaire *Irish Shipping Ltd. v. Commercial Union*⁶⁶, a refusé d'accorder une suspension de la procédure en Angleterre. Il a décidé que les tribunaux anglais tout comme les tribunaux belges constituaient des juridictions appropriées mais:

«l'avantage que présente cette juridiction semble être qu'elle permettra probablement de résoudre plus rapidement le différend que ne le permettrait la procédure belge et à des frais moindres, parce que les questions portant sur le droit des plaignants d'actionner sont plus complexes en Belgique»⁶⁷.

Ce point de vue a été confirmé par la Cour d'appel.

Cependant, le fait qu'une autre juridiction risque de permettre un recouvrement moindre des frais et que l'action en justice risque de prendre plus longtemps qu'en Angleterre ne sera pris en compte que dans des circonstances exceptionnelles⁶⁸.

La disponibilité de l'aide judiciaire en Angleterre et le fait qu'elle n'existe pas dans la juridiction de substitution ne constitue pas un facteur pertinent pour déterminer quelle est la juridiction appropriée⁶⁹.

⁶⁵ *Ibid.* 594-595.

⁶⁶ [1991] 2 QB 206.

⁶⁷ *Ibid.* 246.

⁶⁸ Voir *Bank of Baroda v. Vysya Bank*, n. 17 *supra*, à 98. Le fait que la partie gagnante puisse recouvrer ses propres frais en Angleterre mais pas en Californie a été considéré comme important s'agissant de l'octroi de l'autorisation de présenter une sommation dans l'affaire *Agrafx Public Relations Ltd., etc.*, n. 17 *supra*, parce que les frais de l'action en justice étaient disproportionnés par rapport aux montants en jeu. Obtenir gain de cause mais ne pas être en mesure de rentrer dans ses frais serait une victoire désastreuse. Il n'est pas clair si Henri LJ invoquait ce point dans le contexte de l'évaluation de la convenance relative de la Californie et de l'Angleterre ou s'il s'en remettait à l'exception judiciaire.

⁶⁹ Voir *Connelly v. RTZ Corporation PLC and Another, The Independent*, 29 septembre 1995; *The Times*, 20 octobre 1995 (C.A). Le jugement a été rendu le 18 août 1995, voir le compte rendu officiel de LEXIS. La Cour d'appel a été unanime à dire que la disponibilité de l'aide judiciaire pour le plaignant en Angleterre et le fait qu'elle n'existait pas en Namibie ne constituait pas une bonne raison pour refuser l'exception de *forum non conveniens*. C'était un point d'accord entre les parties que la Namibie était la juridiction avec laquelle «l'action a le rapport le plus réel et le plus important» et que le plaignant dans l'action en Angleterre ne serait pas en mesure de poursuivre son action en Namibie en raison de son manque d'argent et du fait qu'il n'existait pas d'aide judiciaire dans ledit pays. L'avocat-conseil du plaignant a soutenu que la suspension ne pouvait pas être accordée parce que, dans ces circonstances, la Namibie n'est pas une juridiction «dans laquelle l'affaire peut être jugée plus convenablement pour les intérêts de toutes les parties et pour les objectifs de la justice». La majorité de la Cour d'appel (Swinton Thomas et Neill LJJ) a rejeté le raisonnement du plaignant au faible motif que s. 31(1) de la *Legal Aid Act 1988* [Loi de 1988 sur l'aide judiciaire] interdit aux tribunaux de tenir compte du fait qu'une partie aux poursuites bénéficie de l'aide judiciaire lorsqu'ils appliquent «les principes sur lesquels le pouvoir discrétionnaire de n'importe quelle cour ou de n'importe quel tribunal est normalement exercé». Ainsi en exerçant un pouvoir discrétionnaire pour décider de

L *Le manque de défense soutenable quant au fond*

Si le défendeur est incapable de présenter une défense soutenable sur le fond, alors il est très improbable qu'il lui sera accordé une suspension de la procédure⁷⁰.

CONCLUSION

Etant donné la propension des Etats à s'arroger une vaste compétence dans les affaires civiles et commerciales, il semble extrêmement approprié d'employer *forum non conveniens* comme moyen de refuser d'instruire les affaires qui seraient manifestement mieux instruites dans une autre juridiction. Le mécanisme de substitution de litispendance, employé dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano, ne s'occupe pas de savoir quelle est la juridiction plus appropriée pour connaître du litige mais plutôt quelle partie a lancé son action en premier. Une règle arbitraire selon laquelle les premiers venus sont les premiers servis pourrait être nécessaire et acceptable dans le contexte de ces Conventions où les raisons justifiant l'exercice de la compétence sont nettement délimitées et où un système presque automatique de reconnaissance et d'exécution des jugements est créé. Hors d'un cadre aussi uni, son arbitraire devient inacceptable. L'avantage que présente la certitude est dépassé par le fait qu'il encourage les parties à se précipiter pour être les premières à entamer la procédure, y compris des actions purement défensives en vue d'obtenir des déclarations négatives dans une juridiction qui est si incommode pour l'autre partie qu'elle est conçue pour dissuader ladite partie de poursuivre son recours positif⁷¹.

Il est vrai que la disponibilité de l'exception de *forum non conveniens* augmente l'incertitude sur l'intention éventuelle d'un tribunal particulier d'exercer ou non sa compétence. Ceci, à son tour, augmente le risque de vaines actions en justice pour essayer simplement d'établir si un tribunal va instruire l'affaire. Néanmoins, les solutions alternatives de toujours exercer même la plus excessive des compétences ou d'opérer une règle de litispendance créent trop d'occasions d'injustice. La règle de litispendance est assurée mais, contrairement aux normes régissant le conflit de lois qui sont assurés, cela n'a pas l'avantage de favoriser des règlements à l'amiable et, par là, de réduire les délais et les frais pour résoudre les litiges. Au contraire, cela encourage une personne impliquée dans un litige à se précipiter devant un tribunal particulier afin d'obtenir des avantages de procédure et/ou juridiques par rapport à l'autre partie. Ainsi la flexibilité de *forum non conveniens* ne s'obtient pas aux dépens d'encourager l'action en justice mais plutôt la certitude de la litispendance est obtenue à ces mêmes dépens.

Les développements récents survenus dans l'exception de *forum non conveniens*, et notamment son adoption par la Chambre des Lords dans l'affaire *Spiliada*, ont grandement mis au point sa portée et accru la certitude de son application dans un cas individuel. Une raison pour cette plus grande certitude est le grand nombre d'affaires décidées sur l'exception

confirmer une exception de *forum non conveniens* ou non, le fait qu'une partie bénéficie de l'aide judiciaire doit être traité de façon neutre. Le principe qui est à l'origine de cette disposition légale vise à empêcher que les plaideurs qui perçoivent une aide judiciaire ne fassent l'objet d'une discrimination ou ne soient favorisés par rapport aux autres plaideurs. Waite LJ a abouti à la même conclusion mais sur des motifs plutôt plus vastes: (a) cela ne serait pas conforme à la courtoisie internationale de permettre que les niveaux d'assistance de l'Etat pour une action en justice jouent un rôle décisif en matière de *forum non conveniens* et (b) il peut s'avérer difficile de comparer l'aide publique accordée dans diverses juridictions et ceci n'est pas approprié en décidant de l'exception de *forum non conveniens* au début d'une action en justice et souvent d'urgence.

⁷⁰ Voir *Bank of Credit & Commerce Hong Kong Ltd. (en liquidation) v. Sonali Bank* [1995] 1 Lloyd's Rep. 227 à 238, l'affaire non rapportée qui y est citée (*Adria Services Y.U. v. Grey Shipping Co. Ltd.*, jugement de Clarke J du 30 juillet 1993) et *Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corporation and others* [1995] 2 Lloyd's Rep. 365 à 378.

⁷¹ Pour une discussion de ces questions, voir les travaux de Bell, Collins, Davenport et Fentiman, n. 37 *supra*, et Herzog, «Brussels and Lugano, Should you Race to the Courthouse or Race for a Judgment?» (1995) 43 *AJCL* 379, esp. à 398.

depuis son adoption en Angleterre. Une telle quantité de précédents ne pourrait jamais être établie dans la juridiction beaucoup plus petite d'Écosse. Il faut reconnaître que l'analyse des divers facteurs examinés dans ces affaires pour déterminer quelle est la juridiction «appropriée» montre qu'un poids différent peut être donné aux différents facteurs dans des circonstances différentes. Un juge du fond peut trouver quelques indications dans ces affaires mais il jouit toujours d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour déterminer quelle est la juridiction appropriée. Il sera très rare que l'exception soit refusée pour des motifs de «justice» même s'il y a manifestement une juridiction plus appropriée.

Bien que la flexibilité de l'application judiciaire de *forum non conveniens* ne puisse être retirée, il peut s'avérer utile de dresser la liste des points qui se sont fait jour à partir de la jurisprudence au Royaume-Uni depuis l'affaire *Spiliada*, ou à partir de l'analyse théorique, quant à la détermination de la juridiction «appropriée».

1 Le droit applicable est un facteur pertinent chaque fois qu'il a été convenu par les parties ou qu'il serait le même dans la juridiction de substitution. C'est un facteur significatif en faveur de la juridiction qui applique son propre droit lorsque les questions de droit sont importantes pour déterminer l'issue de l'affaire et qu'elles sont complexes et contestables.

2 Le fait que l'action en justice soit en instance dans une autre juridiction est un facteur significatif si les poursuites dans ladite juridiction ont atteint un stade qui a exercé quelque impact sur le différend entre les parties.

3 La commodité pour les témoins est un facteur pertinent sauf dans le cas où le différend est essentiellement de droit et qu'il y ait peu de possibilité de déposition orale; toutefois elle constitue rarement un facteur significatif sauf dans le cas où le différend est essentiellement de fait plutôt que de droit ou encore qu'un volume considérable de preuves doit être donné dans une langue étrangère.

4 La commodité pour les témoins est un facteur pertinent en ce sens que cela rend difficile à un défendeur de s'opposer à être poursuivi dans sa propre juridiction (l'endroit où il est habituellement résident ou domicilié) ou à un plaignant de faire objection à la juridiction de substitution lorsqu'il s'agit de sa propre juridiction. Ce facteur a des échos de l'interprétation de la Convention de Bruxelles qui donne une interprétation stricte aux juridictions spéciales en faveur de la juridiction générale du domicile du défendeur dans l'article 2.

5 L'endroit géographique avec lequel le litige est étroitement lié, par exemple le lieu d'exécution de l'engagement contractuel en question, constitue un facteur pertinent.

6 Si une déclaration négative est recherchée dans une juridiction et un recours positif dans une autre juridiction, alors ceci constitue, à l'heure actuelle, un facteur en faveur de la dernière juridiction. Cependant, on peut soutenir que ceci devrait être un facteur neutre pour déterminer quelle est la juridiction appropriée.

7 Si des tiers ou d'autres défendeurs peuvent être appelés en cause dans une juridiction mais pas dans la juridiction de substitution, ceci constitue alors un facteur significatif en faveur de la première.

8 Si une action en justice connexe a déjà eu lieu dans une juridiction et pas dans la juridiction de substitution et que ceci ait permis aux juristes dans la première juridiction d'acquérir des connaissances qui sont pertinentes à l'action présente, ceci constitue alors un facteur pertinent en faveur de la première juridiction.

9 Une juridiction sera réticente à décliner compétence si cela nécessitait que la juridiction de substitution statue sur des questions d'ordre public de la première juridiction qui sont essentielles à la résolution de l'action en justice.

10 Les différences qui existent entre une juridiction et la juridiction de substitution sur le plan des frais, des dommages-intérêts et des délais sont peu, ou pas, pertinentes pour déterminer la convenance, toutefois, dans un cas extrême, elles peuvent être pertinentes à l'exception «justice».

11 Si le défendeur est incapable de présenter une défense soutenable sur le fond devant la juridiction ou devant la juridiction de substitution, ceci constitue alors un facteur significatif en faveur de la juridiction afin d'éviter une perte de temps.