

Quel est alors l'apport de l'arrêt ? Il est double. D'une part, il maintient le caractère facultatif de la compétence en précisant que cette compétence n'est pas impérative. D'autre part, il limite la portée de l'article 14 en cas de procédures parallèles en supprimant à la compétence directe tout caractère exclusif.

**Sur le premier point**, l'expression selon laquelle la compétence est facultative et non impérative laisse un peu perplexe. Il est normal que ce qui est facultatif soit impératif. La formulation est trop redondante pour être innocente. En fait, la question mérite d'être posée à l'égard de qui la compétence est facultative et à l'égard de qui la compétence n'est pas impérative.

C'est indubitablement à l'égard du demandeur français que la compétence est facultative. On a déjà vu qu'elle est subsidiaire, car elle ne pourra se réaliser qu'en l'absence de chef ordinaire de compétence territoriale se réalisant sur le territoire français. Le privilège est simplement offert au demandeur français lorsqu'aucun autre critère ne se réalise. Le demandeur français pourrait bien décider d'aller plaider à l'étranger, mais il peut aussi décider de plaider en France. En ce sens, la compétence est facultative et la jurisprudence admettait depuis longtemps la possibilité de renoncer à l'article 14 (par exemple, lorsque défendeur à l'étranger, le plaideur français ne se contente pas de conclure à l'incompétence étrangère mais en émettant des défenses au fond).

La précision alors faite selon laquelle la compétence facultative (pour le demandeur) n'est pas impérative s'entend à l'égard du juge cette fois-ci. La Cour de cassation entend donc dire ici que le juge ne pourrait relever d'office sa compétence internationale en relevant d'office le privilège de juridictions. Cela est compréhensible dans la mesure où c'est une règle exorbitante. Que le demandeur entende s'en prévaloir en supportant les conséquences est une chose (non reconnaissance du jugement français à l'étranger). Mais il n'appartient pas au juge de sauver son incompétence internationale en se fondant sur l'article 14. Cette interdiction faite au juge de relever d'office l'article 14 confirmerait des arrêts antérieurs (civ. 1, 26 mai 1999, *Bull. civ. I*, n° 171 ; Civ. 1, 14 mars 2006, *rev. dr. aff. internat.* 2006.551). Cela serait heureux car un arrêt de 1985 prônait la solution contraire (Civ. 1, 16 avril 1985, *Rev. crit.* 1987.584, note G. Khairallah). Si la solution nouvelle tempérant le privilège mérite d'être approuvée, l'arrêt *Fercométal* n'est pas tout à fait clair sur ce point, car cette interprétation repose sur l'idée de donner un sens à une redondance.

**Sur le second point**, l'apport de la jurisprudence *Fercométal* paraît mieux assuré. L'article 14 n'offre pas une compétence exclusive de la compétence indirecte d'un tribunal étranger déjà saisi et dont le choix n'est pas frauduleux. Cela vise deux séries d'hypothèses.

La première hypothèse est celle où un plaideur invoque l'article 14 du Code civil alors que le juge français est saisi de la question de la compétence indirecte d'un juge étranger au cours d'une instance de reconnaissance ou d'exequatur du jugement étranger. Il est vrai que jusque récemment, la Cour de cassation affirmait que « les articles 14 et 15 du code civil édictent en toute matière une règle de compétence qui, dans la mesure où son bénéficiaire n'y pas renoncé et où elle n'est pas écartée par un Traité international, est exclusive de compétence concurrente d'une juridiction étrangère » (Civ. 1, 6 déc. 2005, cité in GA n° 87, p. 759). Ce n'est donc plus le cas aujourd'hui. En fait, l'avancée de l'arrêt *Fercométal* correspondait à très peu de cas. Lorsque un français entend s'opposer à la reconnaissance d'un jugement étranger en se fondant sur sa nationalité française, il se fonde généralement sur l'article 15, qui est le privilège offert au défendeur français à l'instance en reconnaissance ou d'exequatur. Il est rare de répliquer grâce à l'article 14. Pour que l'article 14 ait un rôle à jouer, il faut que l'action exercée à l'étranger par le Français ne soit pas considérée comme une renonciation à son privilège de juridiction et que le français n'ait pas d'ores et déjà intenté une nouvelle action en France.

C'est donc la seconde série d'hypothèses qui est visée par l'arrêt *Fercométal*, lorsqu'il y a une situation de litispendance internationale. Sur ce point, l'arrêt *Prieur* supprimant l'exclusivité de l'article 15 dans le cadre de l'effet du jugement étranger où le français est défendeur à l'instance indirecte ne disait rien de l'effet du privilège en cas de simple litispendance, lorsque le français est demandeur à l'instance directe sur la base de l'article 14. Or, les deux cas sont très proches puisque c'est toujours la compétence fondée sur la nationalité qui permet dans un cas de s'opposer à la reconnaissance d'un jugement étranger et, dans l'autre cas, de s'opposer au dessaisissement du juge français dans l'attente de la reconnaissance du jugement étranger. Il faut rappeler qu'en l'occurrence, aucune situation de litispendance n'existait de sorte que c'est par un *obiter dictum* que la Cour estime désormais que l'article 14 ne permet plus de torpiller une procédure engagée à l'étranger en initiant une procédure en France.

Il s'agit purement et simplement de prolonger la règle de l'arrêt *Prieur* en permettant au juge français compétent en application de l'article 14 de se dessaisir au profit du juge étranger premier saisi dont la décision satisfait au pronostic de régularité internationale. A cet égard, la solution de l'arrêt *Fercométal* ne semble apporter aucun changement dans le régime de l'exception de litispendance internationale. Mais une hésitation est permise car l'arrêt ne parle pas d'un juge étranger premier saisi mais d'un juge étranger déjà saisi. Faudrait-il comprendre que l'accueil de l'exception ne serait plus subordonnée au fait que le juge étranger ait été premier saisi et que le juge français saisi en premier pourrait se dessaisir malgré son antériorité chronologique ? La question se pose en cas de saisines des deux juges très proches dans le temps. Cela serait en effet l'avènement d'un véritable principe régulateur de la compétence exorbitante. Néanmoins, l'arrêt ne précise pas quels seraient alors les critères permettant au juge français de se dessaisir au profit d'un juge étranger second saisi.

Ce serait sans doute sur la base d'une appréciation de l'étroitesse des liens entre le juge étranger et le litige. La solution serait certainement favorable au juge étranger puisque si le juge français est saisi sur la base de l'article 14, c'est qu'aucun autre chef de compétence n'ait réalisé en France, de sorte que le litige entretiendra sans doute des liens plus étroits avec le juge étranger qu'avec le juge français. Mais cela reviendrait à modérer la compétence de l'article 14 au regard de la notion de liens caractérisés, dans le seul cas de procédures parallèles. Il n'est pas sûr que telle ait été la volonté de la Cour d'aller aussi loin dans la consécration d'un principe régulateur proche du *forum non conveniens*. Faut-il alors comprendre que la solution chronologique du règlement de la litispendance serait écartée dans le cas où le juge étranger serait déjà saisi au moment où l'exception de litispendance est invoquée devant le juge français, peu important quel le juge premier saisi soit le juge français. Cela permettrait de tempérer un règlement purement chronologique de l'exception de litispendance internationale. Ce serait alors un mécanisme comparable au *forum non conveniens*, mais temporellement limité entre le moment où la juridiction française est saisie et celui où l'exception est soulevée.

#### b. La faveur donnée aux clauses attributives de juridictions.

De longue date, les clauses attributives de juridictions sont admises au plan international. Des arrêts les avait admises dès les années 1930 (Civ. 19 fév. 1930, Mardelé ; 27 janv. 1931, Dambriecourt). Leur licéité a été réaffirmée après l'entrée en vigueur du NCPC en 1976. Cela était rendu nécessaire par le nouvel article 48 réputant non écrite « Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale ». Un arrêt Cie des signaux du 17 décembre 1985 est venu affirmer que : « Les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international et que la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française. La désignation globale des juridictions d'un Etat dans une clause de prorogation de compétence est licite si le droit interne de cet Etat permet de déterminer le Tribunal spécialement compétent. L'article 48 du NCPC doit s'interpréter en ce sens que doivent être exclues de la prohibition qu'il édicte les clauses qui ne modifient la compétence territoriale interne qu'en conséquence d'une modification de la compétence internationale ».

Cette solution favorable aux clauses attributives de juridiction va-t-elle de soi si une loi de police française est applicable au litige ? Définissons d'abord la notion de loi de police avant d'examiner l'arrêt *Monster cable* du 22 octobre 2008 (Civ. 1, 22 oct. 2008, *Monster cable*, D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », *Rev. crit.* 2009.1).

Déjà identifié par Savigny, le mécanisme désigne des lois d'application immédiate selon la terminologie employée par Francescakis : « est constitutive d'une loi de police la disposition nationale dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de

l'organisation politique, sociale ou économique d'un pays au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci ». Cette définition a été adoptée bien des années plus tard par la CJCE dans l'affaire *Arblade* (CJCE, 23 nov. 1999, *Rev. crit.* 2000.710, note M. Fallon). On retrouve une définition quasi identique à l'article 9 § 1 du Règlement Rome I. Au plan axiologique, ces règles marquent la volonté de l'Etat de s'immiscer dans les relations interindividuelles en imposant une restriction à la liberté contractuelle. Au plan méthodologique, les lois de police sont d'application immédiate dans le sens où elles forcent leur application à une situation internationale pour un motif lié à leur contenu en évinçant la règle de conflit de lois en principe bilatérale. A cet égard, les lois de police présentent une impérativité particulière et dérogent au règlement prétendument neutre de la mécanique bilatéraliste classique.

La question posée par l'arrêt *Monster cable* est de savoir si l'on peut admettre la validité de la clause de juridictions et permettre ainsi au juge étranger de statuer alors que celui-ci n'appliquera probablement pas la loi de police du for, mais son système de règle de conflit de lois.