

A. Mattera
directeur éditorial

Universitas Bruxellensis
4CDE

Revue du
DROIT
de
L'UNION
européenne



CJ

EDITIONS CLÉMENT JUGLAR

2-2009

Le juge communautaire face au « Common Law »

Réflexions autour de l'arrêt « Allianz »

Arnaud Van Waeyenberge
Chercheur au Centre Perelman de philosophie du droit, Université Libre de Bruxelles (ULB)

SOMMAIRE

- I. L'arrêt « Allianz » et son contexte
 - A. Mise en perspective
 - B. Synthèse de la décision de la Cour
 - II. Compatibilité des particularités du « Common law » avec les fondements du droit communautaire
 - A. « Common Law » Vs Droit civil ?
 - B. Ni l'un ni l'autre
 - C. Conséquences pratiques
- Conclusion

L'arrêt *Allianz*¹ récemment prononcé, sur base d'une question préjudicielle, par la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après la 'Cour') porte sur la compatibilité d'une « *anti-suit injunction* » formulée par la *High Court of Justice (England & Wales)* avec le règlement 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en

1. CJCE, 10 février 2009, *Allianz*, C-185/07, non encore publié au Recueil.

matière civile et commerciale². Plus précisément la question était de savoir si le juge britannique pouvait prononcer une « *anti-suit injunction* » à l'appui d'une procédure d'arbitrage à l'encontre d'une partie ayant introduit une action dans un autre Etat membre en violation de ladite clause d'arbitrage.

Pour rappel, une « *anti-suit injunction* »³ est une notion bien connue du « *Common Law* » et peut se définir comme étant une injonction par laquelle une juridiction interdit à une partie d'introduire ou de poursuivre une procédure en justice devant une juridiction étrangère. Ce type d'instrument procédural à la disposition du juge, découlant de la théorie du *forum non conveniens*⁴, est adressé *ad personam*, c'est-à-dire directement à la partie défenderesse et non pas à la juridiction étrangère. Cette création du *Common Law* est fondée sur le *Supreme Court Act* britannique de 1981⁵ et peut être utilisée, entre autres, lorsqu'une procédure est introduite devant un for étranger en violation d'une clause d'élection de for ou d'une clause d'arbitrage. En cas de non-respect, une action en *Contempt of Court* (outrage au Tribunal) est

2. Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Journal officiel* n° L 012 du 16/01/2001, pp. 1-23.

3. Pour un aperçu général des *anti suit injunctions*, voir, entre autres, G.A. Bermann, « The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigations », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1990, pp. 589 à 591; G. Born, *Internationale Commercial Arbitration*, Den Haag, Kluwer, 2001, pp. 380 et s.; R. Carrier, « L'anti-suit injunction », *Droit Maritime Français*, juin 2002, pp. 502 et s.; S. Clavel, « Anti-suit injunctions et Arbitrage », *Revue de l'Arbitrage*, 2001, n° 4, pp. 669 et s.; Drey et Morris, *The Conflict of Laws*, London, Sweet & Maxwell, 2000, n° 12-057 à 12-069; R. Feintman, « Comity and anti-suit injunctions », *The Cambridge Law Journal*, 1998, pp. 467 et s.; R. Feintman, « Anti-suit injunctions and the Brussels Convention », *The Cambridge Law Journal*, 2000, pp. 45 et s.; J. Forner Delavigna, « Choice of court clauses: two recent developments », *International Company and Commercial Law Review*, 2004, volume 15, pp. 288 et s.; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, 15-24, pp. 363 et s.; T. Hartley, « Comity and the use of anti-suit injunction in International Litigation », *American Journal of Comparative Law*, volume 35, 1987, pp. 487 et s.; E. Gaillard, « Il est interdit d'interdire : Réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international », *Revue de l'Arbitrage*, n° 1, 2004, pp. 47 et s.; A. Layton et H. Mercer, *European Civil Practice*, London, Thompson/Sweet & Maxwell, 2004, vol. 1, n° 6 017-026; A. Lowenfeld, « Forum Shopping, Anti-suit Injunctions, Negative Declaration and Related Tools of International Litigation », *The American Journal of International Law*, 1997, pp. 314 à 320; E. Peel, « Anti-suit Injunctions: The House of Lords declines to act as International policeman », *The Law Quarterly Review*, n° 114, 1998, pp. 543 et s.; A. Sheppard, « Anti-suit injunctions in support of arbitration », *International Arbitration Law Review*, 2005, pp. 20 et s.; P. Thery, « Heurs et malheurs des injonctions in personam », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2004, pp. 54 et s.

4. T. Kruger, « De Engelse anti-suit injunction en de Europese juridictie ruimte », *TBI*, 2004, pp. 804 et 805 et H. Gaudemet-Tailon, « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : Forum non conveniens - Etude de droit international privé comparé », Bruxelles, Bruylant/LGDJ, 2002.

5. Mais remonte en réalité au Moyen-âge où ce type d'injonction était octroyé par le Chancelier pour empêcher un plaideur d'aller devant les tribunaux de Common Law.

envisageable et peut aboutir à des sanctions civiles et/ou pénales⁶ particulièrement sévères⁷. Cette injonction connaît ces dernières années, « *un très grand essor dans la pratique judiciaire anglo-saxonne, qui a été séduite pas sa très grande efficacité dans la lutte contre les excès du forum shopping* »⁸ mais pose un certain nombre de questions en termes d'effet utile du règlement et de confiance mutuelle entre juridictions d'Etats membres. Une vive controverse doctrinale existe d'ailleurs sur la question.⁹

Le présent article n'a pas pour ambition d'analyser en profondeur le système des *anti suit injunctions* ou de faire une chronique jurisprudentielle concernant les relations entre l'arbitrage et le Règlement. L'objectif est beaucoup plus modeste et désire simplement apporter un commentaire constructif de l'arrêt *Allianz*, au moyen d'un plan en deux parties. Le premier temps est celui de la mise en perspective de l'affaire *Allianz* et de la synthèse du raisonnement de la Cour. Le deuxième temps montre combien cette décision (et tout particulièrement le sort réservé aux *anti-suit injunctions*) qui semble être au cœur de la lutte qui oppose le *Common Law* au *Droit civil* sur le terrain du droit communautaire n'est en fait qu'une application convaincante de la législation en vigueur et n'aura que peu de conséquences négatives pour la place arbitrale londonienne.

6. H. Tagaras, « Chronique de jurisprudence de la Cour de Justice relative à la Convention de Bruxelles - Année judiciaire 2002-2003 et 2003-2004 », *CDE*, 2005, p. 563; T. Berger, « Affaire West tankers - Conclusions défavorables aux 'anti-suit injunctions' », *Le Revue*, www.larevue.hammondt.fr.

7. La formule utilisée dans l'injonction est éloquent : « *if you disobey this order you may be found guilty of Contempt of Court; in the case of a Corporate Defendant, it may be fined, its Directors may be sent to prison or fined or its assets may be seized* ».

8. A. Nuyts, « La fin des injonctions anti-suit dans l'espace judiciaire européen », *JT*, 2005, p. 32.
9. Voir, entre autres, C. Ambrose, « Arbitration and the Free Movement of Judgments, Arbitration International », Vol. 19, 2003, pp. 3 et s.; C. Ambrose, « Can Anti-suit Injunctions Survive European Community Law? », *ICLQ*, 2003, pp. 401 et s. (cité par A. Nuyts, *Op. Cit.*, p. 32); A. Bell, « Anti-suit injunctions and the Brussels Convention », *The Law Quarterly Review*, volume 110, 1994, pp. 207 et s.; Carrier, « Anti-suit injunction : la CJCE met fin à un anachronisme », *Droit Maritime Français*, 2004, pp. 403 et s.; R. Feintman, « Anti-suit Injunctions and the Brussels Convention », *CLJ*, 2000, pp. 45 et s.; J. Harris, « Use and abuse of the Brussels Convention », *The Law Quarterly Review*, volume 115, pp. 576 et s.; T. Hartley, « Anti-suit injunctions and the Brussels Convention », *The Law Quarterly Review*, volume 115, pp. 166 et s.; M. Karrai et D. Holloway, « Commercial options open after Europe kills anti-suit injunctions », *Lloyd's List*, 2004, pp. 6 et s.; A. Mourre et Y. Lahlou, « L'incompatibilité avec la Convention de Bruxelles des anti-suit injunctions », *RDAL*, 2004, pp. 553 et s.; H. Tagaras, *Op. Cit.*, pp. 561 à 567; A. Nuyts, *Op. Cit.*, pp. 32 à 35; H. Van Houtte, « A propos des injonctions anti-suit et d'autres torpilles pour couler les actions étrangères » in M.-T. Capuin et G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Bruxelles, Larcier, pp. 147 et s. (cité par A. Nuyts, *Op. Cit.*, p. 32); M. Wilson, « Let go of that case ! British anti-suit injunctions against Brussels Convention Members », *Cornell International Law Journal*, 2003, pp. 207 à 225.

I. L'arrêt « Allianz » et son contexte

Afin d'être en mesure de bien cerner les enseignements précis de l'arrêt *Allianz* ainsi que sa portée vis-à-vis du règlement et de l'arbitrage, une mise en perspective s'avère nécessaire (A) pour apprécier au mieux l'argumentation et le raisonnement de la Cour dans cette affaire (B).

A. Mise en perspective

La mise en perspective de cet arrêt doit revenir sur au moins deux aspects de la jurisprudence communautaire.

Il faut tout d'abord rappeler les arrêts *Marc Rich*¹⁰ et *Van Uden*¹¹ qui traitent des relations entre arbitrage et la Convention de Bruxelles (qui a précédé le règlement)¹². Ceux-ci sont très respectueux de l'arbitrage et confirment que tout litige porté devant les juridictions des États membres et dont l'objet principal relève de l'arbitrage (telles la désignation d'un arbitre, l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage, ...) est exclu du champ d'application du règlement conformément à son article 1 paragraphes 2 (d).

Le second aspect est contenu dans les arrêts *Gasser*¹³ et *Turner*¹⁴ dans lesquels la Cour a clairement jugé de la non-conformité des *anti-suit injunctions* prononcées au support d'une clause d'élection de juridiction compétente au regard de la Convention de Bruxelles et du règlement dans la mesure où celles-ci auraient pour effet de rompre « la confiance que les institutions judiciaires de l'Union européenne doivent se manifester mutuellement ». Sans entrer dans les détails de l'affaire *Turner* – qui a d'ailleurs été largement commentée¹⁵ – rappelons toutefois que la Cour a étendu la condamnation de ce type d'injonction à tous les cas d'espèces (même en cas de mauvaise foi) pouvant se produire au sein de l'espace judiciaire européen.

10. CJCE, 25 juillet 1991, C-190/89, *Rich / Società Italiana Impianti*, Rec. 1991, p. I-3855.

11. CJCE, 17 novembre 1998, C-391/95, *Van Uden Maritime BV contre Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e.a.*, Rec. I-7091.

12. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale a été remplacée, depuis le 1er mars 2002, par le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit « Bruxelles I »).

13. CJCE, 09 décembre 2008, *Gasser*, C-116/02, Rec. 2008, p. I-14659.

14. CJCE, 27 avril 2004, *Turner*, C-159/02, Rec. 2004, p. I-3664.

15. Voir, entre autres, P. Delébecq, « 'Anti-suit injunction' et arbitrage : quels remèdes ? », *Gazette de la Chambre*, n° 12, 2006-2007, pp. 1 à 3 ; H. Taggaras, « Chronique de jurisprudences de la Cour de justice relative à la Convention de Bruxelles - Année judiciaire 2002-2003 et 2003-2004 », *CJCE*, 2005, pp. 561 à 567 ; A. Mourre et Y. Lahlou, *Op. Cit.*, pp. 553 et s. ; A. Mourre, « Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage ? », *RAE-LEA*, 2005/2, pp. 205 et s. ; A. Nuyts, *Op. Cit.*, 2005, pp. 32 à 35.

L'affaire *Allianz* se pose en des termes différents dans la mesure où l'injonction prononcée par la High Court avait pour but de protéger une clause d'arbitrage et non pas à une clause d'élection de for judiciaire. Or l'arbitrage est exclu expressément du champ d'application du règlement¹⁶. Dès lors l'applicabilité de ce dernier, et *a fortiori* la condamnation des *anti-suit injunctions*, n'est *a priori* pas acquise lorsqu'il s'agit d'une demande ayant pour objet d'exécuter une clause d'arbitrage¹⁷ par voie d'injonction.¹⁸

Ces remarques liminaires ayant été faites, abordons maintenant les faits ayant conduit au jugement de la Cour dans l'affaire C-185/07. Un navire appartenant à West Tanker, affrété par une compagnie (Erg Petroli SpA), a heurté un embarcadere appartenant à l'affrèteur dans le port de Syracuse en Italie. Le contrat d'affrètement précisait le choix du droit anglais et stipulait une clause d'arbitrage en faveur d'un tribunal arbitral situé à Londres. Les assureurs de l'affrèteur (*Allianz et Generali*) ont indemnisé leur client à hauteur du risque assuré. Ce dernier a ensuite engagé une procédure d'arbitrage à Londres contre le propriétaire du navire pour récupérer aussi le montant non couvert par la police d'assurance. Les assureurs, subrogés dans les droits de leur client, ont engagé une action en justice devant le tribunal de Syracuse afin de recouvrer auprès de propriétaire du navire les montants versés à l'affrèteur. Le propriétaire du navire a, en réaction à cette action judiciaire des assureurs, demandé à la *High Court of Justice (England & Wales)* qu'elle prononce une *anti-suit injunction* interdisant aux assureurs de recourir à une procédure autre que l'arbitrage prévue contractuellement. Le Tribunal anglais (*High Court*) saisi a délivré l'injonction souhaitée qui a fait l'objet d'un appel devant la *House of Lords* par les assureurs en invoquant que l'injonction était contraire au règlement. La haute juridiction britannique saisie du recours s'interroge sur la possibilité de transposer la jurisprudence *Gasser* et *Turner* dans le cadre d'un litige normalement soumis à un tribunal arbitral et donc tombant, selon elle, sous l'exclusion prévue *expressis verbis* à l'article 1 (2) (d) du règlement. Elle a dès lors posé une question préjudicielle à la Cour.

16. Article 1 paragraphe 2 (d).

17. Le cœur même de l'arbitrage international réside dans le principe de la force obligatoire de la convention d'arbitrage. Les signataires doivent en respecter les termes et soumettre leurs différends au tribunal arbitral plutôt qu'aux juridictions étatiques. Ces dernières doivent, quant à elles, déclarer leur compétence au profit de l'arbitre choisi par les parties si elles sont saisies d'une demande. L'Angleterre, et plus particulièrement Londres, est un grand centre d'affaires européen et est doté d'un système d'arbitrage moderne et complet. À cet égard les *anti-suit injunctions* sont un précieux instrument vu qu'elles permettent de garantir efficacement l'efficacité de la convention d'arbitrage.

18. S. Cordomier, *L'anti-suit injunction au sein de l'espace judiciaire européen*, mémoire sous la direction de Christian Scapel, 2005, p. 42 disponible sur le site www.jurion.u-3urs.fr/ad210w00/memoires/2005/m05cso.pdf.

B. Synthèse de la décision de la Cour

Ayant globalement embrassé le point de vue exprimé dans les conclusions de l'avocat général Kokott, la Cour opère en quatre temps.

Le premier temps a pour objet de déterminer si la procédure anglaise tombe dans le champ d'application du règlement. La Cour considère que tel n'est pas le cas mais pondère cette conclusion en relevant qu'une procédure – même en dehors du champ d'application du règlement – peut néanmoins avoir des conséquences qui portent atteinte à son effet utile.¹⁹

Le second temps porte sur la question de savoir si la procédure engagée par l'assureur devant le tribunal italien relève du règlement. Afin de répondre à cette question, la Cour structure son argumentation en utilisant (i) les prescrits des arrêts *Rich* et *Van Uden a contrario*²⁰ et (ii) l'adage suivant lequel « l'accessoire suit le principal ». En effet la Cour décide que « ... si, par l'objet du litige, c'est-à-dire par la nature des droits à sauvegarder dans une procédure, telle qu'une demande en dommages-intérêts, cette procédure relève du champ d'application du règlement n° 44/2001, une question préalable portant sur l'applicabilité d'une convention d'arbitrage, y compris notamment sur sa validité, rentre également dans le champ d'application de ce règlement »²¹ et doit donc être tranchée, in casu, par le tribunal italien.

Des lors, et cela constitue le troisième temps, la question de la compatibilité d'une *anti-suit injunction* destinée, rappelons-le, à protéger l'arbitrage avec le règlement se pose. En d'autres termes, cette procédure injonctive anglaise porte-t-elle atteinte à l'effet utile du règlement ? À cet égard la Cour envisage l'hypothèse d'une application de l'injonction et constate que cela aurait pour effet d'ôter à la juridiction d'un État membre le pouvoir de statuer sur sa propre compétence.²² De ce constat, elle réfléchit aux conséquences auxquelles cela donnerait lieu.

La première serait une violation du principe général qui se dégage du règlement et de la jurisprudence de la Cour selon lequel chaque juridiction saisie détermine elle-même si elle est compétente pour trancher le litige. En effet, le règlement institue un mécanisme de répartition des compétences impératif et exclusif de toute ingérence entre juridictions d'États membres.²³ La deuxième conséquence serait une rupture de la confiance que les États membres s'accordent mutuellement.²⁴ Or ce principe est au cœur même de l'esprit du règlement²⁵ et a été rap-

19. Point 24.

20. Même si la référence à ces arrêts n'y est pas explicitement mentionnée.

21. Point 26.

22. Point 28.

23. Point 29 et le point 57 des conclusions de l'avocat général ; CJCE, 27 juin 1991, *Overseas Union Assurance e.a.*, C-351/89, Rec. 1991, p. I-3317 ; CJCE, 09 décembre 2003, *Gasser*, C-116/02, Rec. 2003, p. I-1469 ; S. Cordomier, *Op. Cit.*, p. 16.

24. Point 30.

25. Cf. sixième considérant du règlement.

pelé à de maintes reprises par la Cour.²⁶ Comme le note Arnaud Nuyts, « l'injonction *anti-suit* repose nécessairement sur la conviction du juge qui l'ordonne, même si elle n'est qu'implicite, que les moyens de droit disponibles à l'étranger sont – ou risquent d'être – insuffisants pour qu'il soit mis fin à ce qu'il estime être une saisine irrégulière, ou abusive. Une injonction *anti-suit* est donc, que son auteur le revendique ou non, l'expression judiciaire d'une certaine méfiance à l'égard de la justice étrangère. »²⁷ En outre, cette pratique anglaise peut être ressentie par un certain nombre de magistrats continentaux comme une sorte de condescendance à leur égard due à la position de plus en plus importante qu'occupe le *Common Law* au sein de la pratique du droit. En effet on imagine mal, *mutatis mutandis*, le juge de premier instance d'Ypres prononcer une injonction de ne pas entamer une procédure judiciaire à l'encontre d'un justiciable qui désire faire valoir ses droits devant la High Court of Justice ...

La dernière conséquence, plus générale, porte sur l'éventuelle violation du droit à une protection juridictionnelle effective – ou du droit au juge – si une partie arrivait à s'exempter de la convention d'arbitrage pour une quelconque raison.²⁸ Vu l'importance croissante accordée à cette protection,²⁹ il n'est dès lors pas étonnant que la Cour juge le système des *anti-suit injunctions* incompatible avec le règlement.

Enfin, en guise de dernier temps, et après avoir épuisé les questions relatives au droit communautaire, la Cour confronte les *anti-suit injunctions* au regard du droit international et plus particulièrement à l'aune de la convention de New York (article II, paragraphe 3)³⁰. Elle en conclut très (trop ?) rapidement à la confirmation de son analyse et referme le volet international de l'affaire. Cette dernière partie³¹ semble avoir été dictée par le souhait de la Cour d'établir une violation de droit international également, vu que l'exception prévue pour l'arbitrage dans le règlement provenait directement de la Convention de New York.

26. Et particulièrement dans l'affaire *Turner* (CJCE, 27 avril 2004, *Turner*, C-159/02, Rec. 2004, p. I-9564).

27. A. Nuyts, *Op. Cit.*, 2005, p. 35.

28. Point 31.

29. La Cour considère cette protection comme un principe général qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH et qui a également été réaffirmé à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice. Cf. CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, Rec. p. 2271, point 37 ; pour une analyse de cet arrêt et des enseignements qu'il apporte cf. A. Van Waeyenbergh et P. Peñón, « L'arrêt Unibet et le traité de Lisbonne – un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective », *CDE*, 2008, pp. 121 et s. (particulièrement les pages 141 et 153) ; L. Lebeau, « CJCE, 13 mars 2007, *Unibet* (London) Ltd et *Unibet* (International) Ltd/Justitiekanslern », *Revue des Affaires Européennes*, 2007/2008, pp. 135 à 151. Cf. aussi O. De Schutter, « Protection juridictionnelle provisoire et droit à un recours effectif », *JDE*, 2006, pp. 97 à 104.

30. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York le 10 juin 1958, *Recueil des traités des Nations unies*, Vol. 330, p. 3.

31. Point 33.

En conclusion, la Cour décide que l'adoption, par une juridiction d'un État membre, d'une injonction visant à interdire une personne d'engager ou de poursuivre une procédure devant les juridictions d'un autre État membre, au motif qu'une telle procédure serait contraire à une convention d'arbitrage, est incompatible avec le règlement.

II. Compatibilité des particularités du « Common Law » avec les fondements du droit communautaire

Au-delà des précieux enseignements qu'apporte cette décision au regard de l'interprétation du champ d'application du règlement vis-à-vis de l'arbitrage, c'est plus particulièrement de la valeur des *anti-suit-injunctions* qu'il sera question dans ce second titre. En effet ce type de procédure est un exemple emblématique du conflit de valeurs existant entre systèmes de *Common law* et de tradition civiliste.

A. Common Law Vs Droit civil ?

En guise de remarque liminaire, soulignons que les juridictions britanniques n'hésitent jamais à poser des questions réellement périlleuses et ne craignent pas de confronter le *Common Law* avec le droit communautaire. Une telle démarche est à saluer et à apprécier.

En schématisant quelque peu les positions, on peut dire que, pour les juristes issus d'une tradition de *Common Law*, le pouvoir injonctif incarne une « police légitime de l'ordre conventionnel », inspirée de l'*Equity*, et protège la compétence contractuelle résultant d'une clause d'élection de for ou d'une clause d'arbitrage. Ce mécanisme permettrait donc de prévenir les actions dilatoires ou intempestives tel le harcèlement procédural et apporterait une réponse pertinente au *forum shopping*. En outre, vu que les injonctions sont émises *in personam*, elles ne constitueraient en rien une immixtion dans le pouvoir judiciaire d'un autre État.³² Enfin, elles seraient un moyen efficace pour favoriser la sécurité juridique car elles réduiraient les possibilités de conflits entre une sentence arbitrale et un jugement d'une juridiction nationale.³³

32. S. Cordonnier, *Op. Cit.*, p. 18.

33. P. Delébeque « Anti-suit injunction et arbitrage : quels remèdes ? », *Gazette de la Chambre*, n° 12, 2006-2007, p. 2.

Pour les civilistes, le pouvoir injonctif des juridictions britannique constitue au contraire une ingérence dans le fonctionnement d'une justice étrangère doublée d'un « détournement des fors conventionnels »³⁴ représentant une entrave inacceptable et contraire à l'ordre public et au droit fondamental de chacun d'avoir accès à la justice.³⁵ Quant à l'argument selon lequel l'injonction est *in personam*, et ne limiterait en rien la souveraineté étrangère, les civilistes continuent à considérer au contraire que cela affecte la compétence juridictionnelle de l'État requis. En effet, au regard des menaces particulièrement importantes qui pèsent sur les épaules du destinataire de l'injonction et à la lumière du fait que toute décision étrangère prise en violation de cette injonction sera privée d'effet sur le sol anglais, il serait inexact, selon ce courant, de prétendre que cela ne gêne pas le plein exercice de la souveraineté de l'État qui a à juger d'une affaire mettant en présence le destinataire d'une *anti-suit injunction*. Pour reprendre les termes d'une auteure autorisée, un tel pouvoir injonctif « subvertit de manière inadmissible les principes régissant l'espace judiciaire européen »³⁶.

B. Ni l'un ni l'autre

Bien que particulièrement exemplatif du *Common Law*, il est évident que la Cour n'a clairement pas voulu entrer dans un rôle d'arbitre entre les deux grandes familles de droit en Europe³⁷ mais a uniquement vérifié si cette procédure injonctive répondait aux prescrits du droit communautaire.

Néanmoins, dans ce contexte tendu, le juge communautaire doit faire preuve de prudence et surtout de persuasion et ne peut se limiter à justifier sa décision par le strict respect des normes qui lui sont supérieures. Il doit déployer un raisonnement rationnel qui a surmonté l'épreuve de la discussion et qui s'accompagne d'une argumentation valide et bien étayée. En effet, pour être respectée ou appliquée dans les rapports sociaux, la décision doit pouvoir être comprise : si « *nil n'est censé ignorer la loi* », il faut que non seulement son contenu – la décision prise – soit manifeste, mais aussi que la légitimation – c'est-à-dire l'argumentation qui y

34. S. Cordonnier, *Op. Cit.* p. 15.

35. *Ibidem*

36. H. Muir-Wat, « Des conceptions divergentes du droit fondamental d'accéder à la justice dans l'espace conventionnel européen », *Rev. gen. proc.*, 1999, p. 747.

37. Rappelons de surcroît que la Cour a, par le passé, montré qu'elle était respectueuse de l'arbitrage (CJCE, 25 juillet 1991, *Rich*, et CJCE, 17 novembre 1986, *Van Uden*, *Op. Cit.*)

38. Et il est impensable qu'elle souhaite que sa jurisprudence conduise à rendre moins concurrentielle la place londonienne au bénéfice d'autres centres financiers en dehors du marché intérieur tels New York ou Singapour (pour reprendre la trainte exprimée par la House of Lords lorsqu'elle réitère la question préjudicielle).

mène – soit compréhensible et la plus convaincante possible.³⁹ En effet, la légitimité des juges et de leur pouvoir ne dépend plus d'un système formel qui habilite à juger, mais de la qualité des décisions rendues.⁴⁰ « C'est par la qualité de ses appréciations, la mesure de ses censures, l'acceptabilité de ses motifs que le pouvoir juridictionnel établit la légitimité de son contrôle ».⁴¹

In casu, la qualité de la décision rendue peut s'apprécier pour au moins deux raisons. D'abord en raison de son ouverture. En effet, la Cour a fait preuve d'ouverture car elle n'a pas a priori rejeté le mécanisme d'*anti-suit injunction* au nom d'une règle formelle mais a imaginé la situation en cas d'application concrète de cette injonction. De cette application la Cour a tiré trois conséquences, sous la forme de trois violations du droit communautaire et a donc jugé le système contraire à l'ordre juridique communautaire. La Cour n'a donc pas pris position a priori en faveur d'un système au détriment de l'autre. Elle a accepté la solution proposée par le juge britannique mais a dû se résoudre à la censurer au vu des conséquences inacceptables pour l'ordre juridique communautaire. En adoptant une argumentation qui tient réellement compte des points de vue des deux parties, le juge communautaire a prouvé l'impartialité de son jugement. En effet, « on accède à l'impartialité en tenant compte du point de vue des autres »⁴² car en intégrant le point de vue d'autrui à notre propre pensée, nous pouvons juger à distance nos propres convictions. Ainsi on leur fait passer une épreuve d'universalisation : on se met à imaginer nos propres évidences à l'aulne du regard critique de l'extérieur, on prend donc des distances à leur égard, on peut les juger. Cette distance donne de la valeur et de la légitimité au jugement car elle permet d'évaluer les raisons que nous avons d'aboutir à telle ou telle décision.⁴³ Ce processus de pensée élargie contribue à rendre acceptable le jugement, même pour le perdant.

Ensuite en raison de la cohérence de son argumentaire. Le juge a pris sa décision en fonction du système juridique auquel il appartient. Or le droit n'est pas qu'un ensemble de règles, il exprime également les valeurs et principes d'une communauté à l'égard de laquelle le juge a également une responsabilité. « Ses décisions devront en effet être cohérentes par rapport aux principes de cette communauté, par rapport à ce qui compte pour elle. Son interprétation du droit devra donc assurer une cohérence avec ces valeurs ».⁴⁴ Cette cohérence dont le juge est res-

39. P. Moor, « De l'argumentation dans les sciences de la société », *Revue européenne des sciences sociales*, 1997, n° 107, pp. 33 à 55.

40. J. Allard et A. Van Waeyenbergh, « De la bouche à l'oreille : dialogue des juges et montée en puissance de la fonction de juger », *RIEJ*, 2008/61, p. 123.

41. P. Martens, *Les juges ne gouvernent pas : ils gèrent tant bien que mal une démocratie du ressentiment, de la controverse et de la défiance*, <http://deurub.ac.be/~droitpub/Files/adm/telechargement/2/contributions/MARTENS-2-20070429.pdf>

42. H. Arendt, *Juger. Sur la philosophie politique de Kant*, Paris, Seuil, 1991, p. 70.

43. J. Allard et A. Van Waeyenbergh, *Op. Cit.*, p. 122.

44. J. Allard, A. Garapon, F. Gros, *Les vertus du juge. Une anthropologie philosophique*, Paris, Dalloz, 2008, p. 118.

pensable est particulièrement évidente dans l'affaire *Allizur* car les valeurs misent en avant dans cet arrêt correspondent, à notre avis, à certains principes cardinaux du système juridique européen. En effet, aussi bien la Convention de Bruxelles qu'ensuite le règlement ont toujours eu pour objet de promouvoir des règles uniformes et des solutions prévisibles en vue d'assurer une sécurité juridique solide. Le principe d'autonomie procédurale des États membres doit, dans ce contexte, être réduit à sa plus simple expression. Ce n'est pas un hasard que l'instrument législatif qui fut choisi a été le « règlement » qui, rappelons-le est directement applicable, et non pas la « directive », qui doit être transposée en droit interne et qui se caractérise par beaucoup plus de flexibilité. Dès lors le rôle de la Cour dans l'appréciation et l'application de la Convention de Bruxelles et du règlement fut de promouvoir une approche d'uniformisation et d'harmonisation. À cette fin les juges de Luxembourg ont utilisé les principes d'effet utile⁴⁵ et de confiance mutuelle afin de faire valoir les principes inhérents au système communautaire. Ces principes supérieurs, intimement liés à la loyauté communautaire, permettent de faire ressortir les valeurs enfouies dans la législation afin de leur donner un sens dans le cas qu'ils ont à trancher.

C. Conséquences pratiques

Vu les craintes évoquées par la *House of Lords* concernant les éventuelles atteintes à la compétitivité de la place londonienne⁴⁶, il paraît indispensable de faire le point sur les conséquences pratiques qui vont découler de cette décision. À ce stade-ci, trois conséquences peuvent d'ores et déjà être avancées.

La première conséquence pour Londres, et plus généralement pour l'espace européen, est la nouvelle arme de défense que cet arrêt de la Cour offrira à l'ensemble des juridictions des États membres. En effet, celles-ci pourraient désormais aisément refuser de donner une quelconque suite aux *anti-suit injunctions* émises par des tribunaux d'États-tiers⁴⁷ et les personnes sur lesquelles portent cette injonction pourraient désormais faire valoir leur droit devant les Cours et tribunaux des différents États membres. En revanche, vu la brièveté du raisonnement de la Cour sur la compatibilité de ce type d'injonction avec le droit international (Convention de New York), nous pensons qu'il faut rester très prudent quant à la réponse à apporter à la possibilité pour les juridictions britanniques de continuer à émettre des *anti-suit injunctions* pour protéger l'arbitrage en dehors de l'espace européen.

45. Point 24.

46. Cf. note de bas de page 37.

47. Cette possibilité n'est pas que théorique dans la mesure où les pays qui abritent les plus grandes places arbitrales internationales sont souvent issues d'une tradition de Common Law...

La deuxième remarque porte sur le coup porté à la compétitivité de la place arbitrale londonienne que cette interdiction impliquerait. Bien que les injonctions soient à n'en pas douter un atout supplémentaire pour assurer l'effectivité de l'arbitrage, rappelons que Paris, Vienne ou Athènes restent des places arbitrales internationales importantes malgré le fait qu'aucune de celles-ci ne dispose dans son ordre national d'un équivalent fonctionnel aux *anti-suit injunctions*.

Enfin, il est communément admis et reconnu que le *Common Law* est un droit créatif et flexible ; il va donc trouver très rapidement de nouvelles solutions pour garder l'attractivité de la place arbitrale londonienne. Ce constat est partagé par les plus grandes *Law Firms*⁴⁸ qui ne sont pas alarmistes sur la situation et qui ont d'ailleurs très rapidement rassuré leurs clients via leur site internet.

Conclusion

Cet arrêt, dont nous nous réjouissons qu'il remette en avant les concepts d'effet utile et de confiance mutuelle, n'est manifestement pas une application de la jurisprudence *Turner* mais constitue un nouveau cas de figure qui, tout comme l'arrêt *Turner*, condamne vertement le procédé des *anti-suit injunctions*. C'est donc plus en termes de complémentarité qu'en termes de conséquences que doit être compris cet arrêt.

La solution retenue par la Cour respecte l'autonomie des parties et ne met pas en cause le fonctionnement de l'arbitrage. En fait le seul cas de figure dans lequel une procédure judiciaire peut avoir lieu est celui où une partie remet en cause la validité ou l'applicabilité de la clause compromissoire. Une telle étape supplémentaire est en quelque sorte le prix à payer pour que la partie qui ne s'estime pas tenue par la clause compromissoire ait une réelle protection juridictionnelle.⁴⁹ Ce prix paraît justifié dans la mesure où l'arbitrage constitue un mode de justice privé principalement soutenu par les milieux économiques pour des raisons de rapidité et d'efficacité et ne présente pas les mêmes garanties d'impartialité et d'indépendance que les cours et tribunaux. Rappelons que l'arbitrage demeure une exception au regard de la compétence générale du pouvoir judiciaire au sens large et que, comme toute exception, elle doit s'interpréter de manière stricte.

Au-delà de cet apport, l'arrêt *Allianz* nous montre clairement que la Cour a pris les droits des justiciables au sérieux et que les valeurs qu'elle véhicule au travers de sa jurisprudence dépassent

sent largement la logique économique. La Cour a bien compris que l'union toujours plus étroite entre les peuples passe sans doute par un marché commun mais également par une confiance mutuelle entre les juges de ces peuples et les *anti-suit injunctions*, qui remettent en cause des solutions uniformes adoptées par les États membres, n'y ont manifestement par leur place.

En agissant de la sorte nous sommes persuadés que la Cour n'a absolument pas voulu faire prévaloir la conception civiliste du droit sur le *Common Law* dans le cadre communautaire mais a appliqué, au moyen d'une argumentation de qualité c'est-à-dire à la fois ouverte et cohérente, certains principes inscrits dans le code génétique communautaire.

48. Entre autres, les cabinets Clifford Chance, Osborne Clarke, Linklaters et Herbert Smith.

49. Conclusion de l'avocat général, points 67 et 68.