CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. G. FEDERICO MANCINI, PRÉSENTÉES LE 11 AVRIL 1984 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Cette affaire préjudicielle vous oblige à interpréter l'article 21 de la convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (27 septembre 1968). Vous devrez établir selon quels critères doit être déterminée la juridiction saisie en premier lieu lorsque, dans la même affaire, les parties s'adressent à deux juridictions appartenant à des États membres différents. Plus spécialement, il vous est demandé de définir le concept de litispendance admis par la convention et, par conséquent, de choisir entre deux interprétations possibles de son article 21: celle qui lui reconnaît la valeur d'une règle uniforme pour la définition de la litispendance et celle qui y voit une norme de conflit, c'est-à-dire une disposition qui renvoie à l'ordre juridique de l'une ou de l'autre juridiction pour établir chaque fois le concept de litispendance applicable dans chacune des procédures. Comme il est évident, la seconde thèse implique qu'il y ait autant de notions de litispendance que de systèmes des États contractants.

M. Siegfried Zelger, commerçant, propriétaire de l'entreprise du même nom, dont le siège est à Munich (République fédérale d'Allemagne) a cité devant le Landgericht de Munich I M. Sebastiano Salinitri, lui aussi commerçant et résidant à Mascali, en Italie. Il a demandé que M. Salinitri soit condamné à lui restituer le solde d'un prêt contracté au cours des années 1975 et 1976; et, pour justifier la compétence internationale de la juridiction allemande, il a allégué que, par une clause stipulée verbalement, les contractants avaient choisi Munich comme lieu d'accomplissement de l'obligation de restitution. De son côté, le défendeur a nié tant l'obligation que l'existence de cette clause. Le Landgericht a repoussé la thèse du demandeur et s'est déclaré incompétent: la clause — a-t-il soutenu — a été stipulée, mais, n'étant pas revêtue de la forme écrite comme l'exige l'article 17 de la convention, elle ne peut pas déroger aux critères généraux en matière de juridiction. Ultérieurement, toutefois, le Bundesgerichtshof (auquel le demandeur s'est adressé après un appel demeuré infructueux devant l'Oberlandesgericht de Munich) a sursis à statuer et a demandé à notre Cour d'établir si, sur la base des articles 5, paragraphe 1, et 17 de ladite convention, un accord sur le lieu d'accomplissement d'une obligation, conclu sans observer les formes indiquées dans l'article 17, suffit à conférer la compétence territoriale à la juridiction de ce lieu.

Par un arrêt du 17 janvier 1980 (Recueil 1980, p. 89), la Cour a répondu que le problème consiste à savoir si la clause par laquelle les parties ont fixé le lieu d'accomplissement d'une obligation contractuelle est valide selon le droit interne applicable au contrat; si elle l'est,

1 — Traduit de l'italien.

l'article 5, paragraphe 1, rend la juridiction de ce lieu compétente pour connaître de l'affaire relative à l'obligation, indépendamment du respect des conditions de forme prévues par l'article 17. Puisque, pour le droit allemand, la clause litigieuse était valide, cette décision impliquait que la juridiction de Munich soit compétente dans le litige principal. En effet, le Bundesgerichtshof a cassé les décisions d'incompétence précédentes et lui a renvoyé l'affaire pour qu'il statue une nouvelle fois.

Toutefois, l'histoire ne se termine pas ici. Après avoir admis de nouvelles preuves et avoir demandé un avis à l'Institut de droit comparé de l'université de Munich, le Landgericht s'est encore déclaré incompétent. Mais cette fois, en se fondant sur le fait qu'une demande portant sur le même objet avait été introduite (et était encore pendante) devant le tribunal de Catane, tribunal de la partie défenderesse. En effet, selon le critère de l'ordre de priorité des juridictions saisies, la compétence doit être reconnue à la juridiction saisie en premier lieu; et il n'est pas douteux que, lorsque l'affaire a été portée devant le Landgericht, la juridiction italienne était déjà saisie, les citations respectives ayant été notifiées le 13 janvier 1977 et le 23 septembre 1976.

Le demandeur ne s'est pas soumis à cette décision ultérieure défavorable et a interjeté appel, en soutenant que, pour déterminer la juridiction compétente, le moment décisif n'est pas celui où la citation est notifiée, mais celui où la demande est introduite devant le juge. L'Oberlandesgericht a alors sursis à statuer et a soumis à notre Cour la question suivante: «Pour trancher la question de savoir quelle juridiction d'un État contractant a été saisie en premier d'une demande (article 21 de la convention de Bruxelles), est-ce le moment où la juridiction est saisie de la demande *(Anhängigkeit)* qui est déterminant ou celui où l'instance est introduite, par suite de la notification de la demande au défendeur *(Rechtshängigkeit)*?»

2. En prévoyant une pluralité de juridictions (générale et spéciales), la convention de Bruxelles permet un concours de différentes compétences internationales et, comme l'observe le rapport Jenard (JOCE C 59 du 5. 3. 1979, p. 41), cela rend nécessaire de régler la litispendance. L'article 21 y pourvoit en disposant que les tribunaux d'un État contractant doivent, même d'office, se dessaisir d'un litige porté devant eux lorsque ce litige est déjà pendant devant un tribunal d'un autre État. Le texte de la règle est clair: «Lorsque des demandes ayant le même objet ... sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États contractants différents, la juridiction saisie en second lieu doit ... se dessaisir».

Le problème posé par le juge *a quo* concerne la formule «juridiction saisie en second lieu». Il s'agit d'établir si la priorité à laquelle elle fait allusion se rattache au dépôt de la citation au greffe ou à la notification de la citation à la partie défenderesse. Le doute naît du fait que la version allemande de l'article 21 parle de «*Anhängigkeit*». Dans le langage de la doctrine en matière de droit de la procédure et de la jurisprudence allemandes, en effet, ce terme désigne la litispendance découlant du dépôt (et susceptible de certains effets: ainsi, l'interruption particulière de la prescription visée à l'ar-

ticle 270, alinéa 3, du code de procédure civile); tandis que la litispendance qui dérive de la notification et qui soustrait la compétence au juge saisi ultérieurement est définie *«Rechtshängigkeit»*. On pourrait en déduire — suggère le juge *a quo* — que l'article 21 a voulu faire dépendre l'ordre de priorité des juridictions saisies du simple dépôt de l'acte introductif.

Cette interprétation — qui, comme il est évident, voit dans la formule «juridiction saisie en second lieu» un concept de droit uniforme — serait ensuite confirmée par l'article 22, alinéa 1, qui régit la suspension du litige pendant devant le juge saisi en second lieu lorsque l'affaire est liée à une autre, introduite devant le juge d'un État différent. En effet, dans le texte allemand de cette règle, le participe passé «introduit» est rendu par *«erhoben»* qui, dans le langage de la procédure allemande, désigne l'introduction d'un litige par notification de l'acte initial *(Zustellung)*. L'emploi de deux termes différents — observe l'Oberlandesgericht — fait penser que, en modifiant des concepts propres au droit allemand, les auteurs de la convention ont admis deux modèles différents de litispendance: l'un dans l'article 21, fondé sur le dépôt de la citation, l'autre dans l'article 22, basé sur la notification du même acte à la partie adverse.

3. Disons tout de suite que l'article 21 ne peut pas être interprété comme le propose le juge de renvoi. Nous excluons en particulier que la règle identifie une notion de litispendance valable pour les systèmes des six États contractants et, d'autant plus, que cette notion se fonde sur un concept de début du procès coïncidant avec le dépôt de l'acte introductif. Laissons de côté, pour un moment, l'argument, évidemment marginal, que l'on tire du texte allemand de la convention. Un problème comme le nôtre ne peut être résolu que: a) en établissant ce que l'article 21 entend par litispendance; b) en examinant les six ordres juridiques pour vérifier s'ils contiennent une réglementation uniforme de notre institution et, de là, s'il est possible de reconnaître dans l'article 21 une règle de droit uniforme.

Commençons donc par a). Le concept de litispendance implique, d'une part, que des juridictions différentes soient saisies de la même affaire et, d'autre part, qu'il existe un critère pour établir laquelle des deux juridictions demeure *domina* du litige. Or, ces critères sont les plus variés. Aux tribunaux anglais, par exemple, il est permis «de ne pas tenir compte de la litispendance d'une procédure devant des tribunaux des pays étrangers» et même «exceptionnellement, de refuser d'engager une procédure ou de statuer sur le fond s'ils estiment préférable de porter l'affaire devant une juridiction également compétente d'un autre État ... au motif que cette juridiction serait mieux à même de traiter l'affaire et de mieux garantir l'égalité de traitement des parties en cause» (voir rapport Schlosser, JOCE C 59 du 5. 3. 1979, p. 97). Toutefois, comme nous l'avons vu, la convention de Bruxelles adopte le critère de la priorité de la première juridiction saisie, c'est-à-dire qu'elle résout le conflit *de quo* au désavantage de la juridiction «saisie en second lieu». Telle est donc la règle

à laquelle les juridictions nationales doivent s'en tenir.

Mais que signifie «juridiction saisie en second lieu»? La question suppose que l'on définisse le moment initial du procès et, pour accomplir cette tâche, il est possible, dans l'abstrait, de suivre deux voies: identifier ce moment sans tenir compte des nombreux effets de fond et de procédure que les différents ordres juridiques lui rattachent ou l'établir aux fins de la litispendance, c'est-à-dire pour dessaisir du procès le juge saisi ultérieurement.

A note avis, emprunter la première voie n'aboutit à rien. Elle vise à instituer un concept autonome et neutre de début du procès; mais, dans la source conventionnelle, on chercherait en vain des éléments utiles à cette fin. Le concept que l'article 21 rappelle en parlant de «juridiction saisie en second lieu» est au contraire celui, variable et décomposable selon les effets que l'on veut en obtenir, dont les droits nationaux nous offrent tant d'exemples. Que l'on prenne le droit allemand. Lorsqu'il s'agit d'interrompre la prescription, il y est fait référence au simple dépôt de l'acte introductif; lorsqu'il s'agit de déterminer la litispendance, c'est-à-dire de dire quelle juridiction demeure *domina* du litige, on y recourt à la notification du même acte. Deux effets, deux manières d'entendre le début du litige.

Nous avons rappelé que, de l'avis de l'Oberlandesgericht, une autre conclusion peut être tirée du texte allemand de l'article 21. En définissant le terme *«anhängig»* (c'est-à-dire pendant du fait du dépôt) ce que l'article 22 appelle *«erhoben»*, il pourrait constituer un concept autonome de début du procès. Nous ne sommes pas d'accord. Les auteurs de la Convention — estimons-nous — n'ont pas adopté les deux termes pour indiquer des réalités différentes; ils n'ont pas utilisé *«anhängig»* pour accréditer l'idée que, pour la litispendance, le procès doit toujours et de toute manière être considéré comme commencé par le dépôt de l'acte introductif. En effet, trois remarques militent contre les doutes du juge *a quo*. La première est que la distinction allemande n'a pas d'équivalent dans les versions française, italienne et néerlandaise. La deuxième est que, dans les cinq autres pays, la litispendance ne se rattache jamais à un moment qui précède l'instauration de la procédure contradictoire. La troisième est que le droit allemand la fait dépendre, comme nous venons de le dire, de la notification de la citation et il se fonde sur l'antériorité du dépôt pour des buts différents (ainsi, dans certains cas, pour interrompre la prescription).

4. Nous avons donc constaté ce que l'article 21 entend par litispendance. Passant à la seconde partie de notre programme, nous devons maintenant nous demander si la règle qu'il établit est de droit uniforme, c'est-à-dire commun à l'ensemble des États contractants, ou renvoie à la réglementation que les législateurs respectifs donnent de la litispendance. Comme nous le savons, l'une et l'autre possibilité sont ouvertes (voir en ce sens, pour toutes les notions juridiques de la convention, l'arrêt du 6 octobre 1976, affaire 12/76, Tessili/Dunlop, Recueil 1976, p. 1473); et pour choisir l'une ou l'autre, il suffit de passer en revue les six ordres juridiques.

Peut-on dire qu'ils contiennent un concept commun de litispendance? Mieux, peut-on dire qu'ils définissent de la même manière le moment du procès, décisif pour déterminer le juge compétent, lorsque la demande a été introduite à des dates différentes devant des juridictions différentes?

A la fin du paragraphe 3, nous avons observé qu'ils ont quelque chose de commun: *aucun* ne place ce moment dans la phase qui précède la notification de l'acte introductif à la partie défenderesse. Selon l'article 29 du code de procédure belge, le juge saisi en premier s'identifie par référence à la date d'inscription de l'affaire au rôle (acte — remarquons-le — qui suit et implique l'instauration de la procédure contradictoire). Nous avons parlé plusieurs fois de l'Allemagne (voir de toute manière les articles 253, alinéa 1, et 261, alinéa 1, du code de procédure civile). En France, l'article 100 du nouveau code de procédure civile dispose que «si le même litige est pendant devant deux juridictions ... également compétentes ..., la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir en faveur de l'autre». En outre, pour l'article 54, «la demande initiale» (qui sur la base de l'article 53 «est formée par assignation ou par remise d'une requête conjointe au secrétariat de la juridiction». Mais ce n'est pas la présentation simple et unilatérale de l'acte introductif au greffe qui fait naître la litispendance; pour qu'elle se produise — la Cour de cassation interprète ainsi l'article 100 — il est indispensable que la citation soit communiquée à la partie adverse (arrêt du 24. 4. 1981, Bull. Civ. II, n° 104).

Le droit italien est plus net. Selon l'article 39, alinéa 3, du code de procédure civile, «l'ordre de priorité des juridictions saisies est déterminé par la notification de la citation»; tandis que l'inscription de l'affaire au rôle, qui a lieu après la notification et sur l'initiative des parties, n'a aucune incidence sur le phénomène. *Item* à Luxembourg: la litispendance naît de la notification (articles 61 à 171 du code de procédure civile) et comme le tribunal d'arrondissement de Luxembourg et la Cour supérieure de justice le mettent en lumière, elle n'est en aucune manière influencée par l'inscription de l'affaire au rôle (arrêts du 21. 11. 1957 et du 9. 11. 1964, Pas. Lux., vol. 17, p. 207 et vol. 19, p. 426). La réglementation néerlandaise n'est pas différente. Selon la jurisprudence dominante relative à l'article 158, paragraphe 1, du Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, il y a litispendance lorsque l'acte initial est communiqué au défenseur. L'inscription, qui doit avoir lieu au plus tard le jour précédant l'audience pour laquelle la citation est effectuée (article 135, paragraphe 1), n'a pas d'importance.

5. Tendances semblables, donc: mais non pas, toutefois, identité de régime. Cette absence d'identité — due surtout à la réglementation belge et à l'ambiguïté des règles françaises — nous semble la conclusion à laquelle aboutit l'examen comparé que nous avons effectué. Et s'il en est ainsi, il n'est pas possible de construire un concept de litispendance qui soit commun et valable pour tous les systèmes. C'est en ce sens, du reste, que

s'exprime le rapport Jenard. Le comité d'experts qui a élaboré le projet de convention — y lit-on — n'a pas estimé «qu'il y avait lieu de préciser dans le texte (de l'article 21) le moment à partir duquel un procès doit être considéré comme pendant» et il a décidé en conséquence, «d'abandonner cette question à chacun des droits nationaux».

Mais le résultat auquel nous sommes parvenus n'épuise pas la réponse que nous devons donner au juge de renvoi. Après avoir établi que la règle est une règle de conflit, il s'agit de constater si *n'importe quelle* réglementation nationale de la litispendance est légitime du point de vue communautaire et, par conséquent, de nature à rendre effectif le renvoi prévu par l'article 21. Eh bien, nous en doutons: par exemple, nous n'estimerions pas légitime un régime qui compromettrait les droits de la défense. En effet, la convention attache une importance particulière à ces droits lorsqu'elle cite, parmi les conditions qui interdisent la reconnaissance des décisions étrangères, le fait que la demande n'ait pas été notifiée au défendeur défaillant «régulièrement et en temps utile, pour qu'il puisse se défendre» (article 27, paragraphe 2).

Or, il nous semble que lier la litispendance à un acte de procédure précédant la notification de la citation risque d'affaiblir les possibilités de défense du défendeur à deux points de vue: tout d'abord parce que, en ignorant qu'une affaire a été introduite contre lui devant une autre juridiction, il ne pourrait pas soulever en temps utile l'exception de litispendance, et par conséquent, agir rapidement de manière que le juge cité en premier lieu soit définitivement saisi du litige; ensuite, parce que le simple dépôt de la citation par le demandeur l'empêcherait, avant même que la procédure contradictoire soit instaurée, de s'adresser à un juge différent et également compétent. L'article 21 autorise donc uniquement des solutions qui *ne* font *pas* tomber le délai initial de la litispendance avant la notification. En revanche, comme il est évident, il n'interdit pas que ce délai soit déplacé à une date ultérieure (pas exemple, à l'inscription de l'affaire au rôle: article 29 du code belge).

Ce n'est pas tout. A notre avis, sont seuls conformes aux objectifs de la convention les systèmes qui adoptent un critère automatique pour résoudre le conflit entre deux juridictions saisies de la même affaire. En effet, confier le choix à la discrétion des juridictions ou des parties elles-mêmes donnerait lieu à un état d'incertitude et de concurrence entre plusieurs autorités (*quid iuris,* par exemple, si deux juridictions d'États différents se reconnaissaient l'une et l'autre compétentes ou incompétentes?); c'est précisément à cette situation que l'institution de la litispendance se propose de faire face et que la convention a entendu remédier. Nous doutons par conséquent qu'une fois cette dernière ratifiée, les Anglais puissent maintenir en vigueur le système que nous avons mentionné dans le paragraphe 3.

6. Pour toutes les considérations qui précèdent, nous suggérons à la Cour de répondre de la manière suivante à la question qui lui a été posée par l'Oberlandesgericht de Munich par ordonnance du 22 juin 1983, dans l'affaire introduite par M. Siegfried Zelger contre M. Sebastiano Salinitri:

L'article 21 de la convention de Bruxelles concernant la compétence juridictionnelle et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (27 septembre 1968) doit être interprété en ce sens que le moment à partir duquel il y a litispendance selon la loi de la juridiction saisie est déterminant pour établir l'ordre de priorité entre deux ou plusieurs demandes ayant le même objet et le même titre, introduites devant des juridictions d'États contractants différents et entre les mêmes parties. Toutefois, ce moment doit pouvoir être déterminé selon des critères objectifs et il ne doit pas précéder la notification de l'acte introductif au défendeur.